

**Svensk och fransk
upphandlingsreglering**
**En jämförelse av annonseringsförfaranden under
tröskelvärdena**

Sofie Gavatin

Kandidatuppsats i Handelsrätt

HT2011

Handledare
Henrik Norinder



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	7
1.1 Offentlig upphandling under tröskelvärdena Bakgrund.....	7
1.2 Syfte Frågeställning.....	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	10
2. Offentlig upphandling – en introduktion	11
2.1 EU-direktivens påverkan på nationell upphandlingsreglering.....	11
2.2 EU-direktivens indirekta verkan på nationell upphandlingsreglering	12
3. Svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdena	13
3.1 Utvecklingen av svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdena ...	13
3.2 Lag (2007:1091) om offentlig upphandling	14
3.2.1 Direktupphandling	15
3.2.2 Förenklat förfarande	16
3.2.3 Urvalsförfarande	17
4. Fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena	19
4.1 Utvecklingen av fransk upphandlingsregering under tröskelvärdena	19
4.2 Procedure adaptée – anpassat upphandlingsförfarande.....	20
4.2.1 Värden mellan 0 euros och 4 000 euros.....	21
4.2.2 Värden mellan 4 000 euros och 90 000 euros.....	21
4.2.3 Värden mellan 90 000 euros och 193 000 euros.....	22
5. Komparativ analys	23
6. Slutsats	27
Bilaga 1	31

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att redogöra för annonseringsförfaranden i svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena och jämföra upphandlingsregleringarna med varandra utifrån dess materiella innehåll. Den mest framträdande likheten mellan den svenska och franska upphandlingsregleringen utgörs av att de grundar sig på EU-direktiv. Trots att den direkta effekten av ett direktiv inte har någon direkt verkan på nationell upphandlingsreglering under tröskelvärdena får inte EU:s principer om icke-diskriminering och transparens åsidosättas. Det bidrar till att den till synes största skillnaden i det materiella innehållet i de båda upphandlingsregleringarna under tröskelvärdena, nivån för direktupphandlingsvärde, inte medför någon större skillnad mellan svensk och fransk offentlig upphandling under tröskelvärdena gällande annonseringsförfaranden, oavsett reglerade annonseringsförfaranden i svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena.

Summary in English

The purpose of this thesis is to describe the Swedish and French national public procurement regulations concerning advertisement under threshold value and compare the procurement regulations under threshold value with one another from the basis of their material content. The most obvious resemblance between the Swedish and French procurement regulation is that they both are based on EU directives. Although the direct effect of a directive does not affect the national procurement regulations under threshold value, the EU principals of non discrimination and transparency cannot be neglected. This result in the fact that the most significant difference in the material content in the public procurement regulations under threshold value, the regulated level in the Swedish and French public procurement regulation under threshold value were public procurement may be executed without any restrictions, does not result in a larger difference between the Swedish and French regulation under threshold value concerning the advertisement procedure, regardless advertisement regulations in the Swedish and French public procurement regulation under threshold value.

Förkortningar

BOAMP	Bulletin officiel des annonces des marchés publics Elektronisk version av Tidskrift för offentlig upphandling
CE	Conseil d'Etat
CMP	Code des marchés publics
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
J.O.	Journal officiel de la République française Franska Republikens officiella tidning
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
MAPA	Marchés passés selon la procédure adaptée, anpassat upphandlingsförfarande i den franska upphandlingsregleringen
SFS	Svensk författningssamling
TED	Tenders Electronic Daily
ÄLOU	Äldre LOU, Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

Översättning av franska källor

Nedan följer en översättning av använda franska källor för att tydliggöra de franska begrepp som används i uppsatsen.

Arrêté, förordning¹, ett regeringsbeslut

Avis, kungörelse²

Code, kod, begreppet används för författningssamlingar inom vissa specialområden³ såsom *Code des marchés publics*, Koden för offentlig upphandling.

Conseil d'Etat, *CE*, det s.k. statsrådet, är den förvaltningsdomstol som står högst i hierarkin av de administrativa domstolarna. Statsrådet fungerar även som ett konsultationsorgan med uppgifter som kan jämföras med det svenska lagrådets.⁴

Conseil de la Concurrence, rådgivande organ i konkurrensrättsliga frågor.

Décret, dekret⁵, författning⁶.

Direction des Affaires Juridiques, DAJ, avdelningen för juridiska affärer.

Ett rådgivande organ inom den franska staten som skapades 1998 för att arbeta gentemot institutioner och upphandlande myndigheter/enheter i juridiska frågor.⁷

Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics:

Guide för praktisk tillämpning av offentlig upphandling framtagen av DAJ.

Journal officiel, *J.O.*, Frankrikes officiella författningssamling.⁸Hänvisning till *J.O.* i uppsatsen anger offentliggörandet i *J.O.* för den aktuella författningen.

Lettre, skrivelse⁹

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/activites/avis/rechcontroles.php>

Autorité de la Concurrence, Konkurrensmyndigheten, ansvarar för denna Internetsida. Här finns *avis*, kungörelser, från *Conseil de la Concurrence*.

<http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>

Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie,

Ekonomi-, finans- och industridepartementet, är ansvarig för denna Internetsida.

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

Denna sida nås via <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>

Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie är ansvarig för denna Internetsida

På denna Internetsida publiceras lagregleringar, *le service public de la diffusion du droit*, här finns *Code des marchés publics*, Koden för offentlig upphandling, publicerad.

¹ Norstedts Förlag, Norstedts fransk-svenska ordbok

² Norstedts Förlag, Norstedts fransk-svenska ordbok

³ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s157

⁴ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s154

⁵ Norstedts Förlag, Norstedts fransk-svenska ordbok

⁶ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s157

⁷ Dekret nr 98-975 *J.O.* nr 255 981103 s16573

⁸ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s157

⁹ Norstedts Förlag, Norstedts fransk-svenska ordbok

1. Inledning

1.1 Offentlig upphandling under tröskelvärdena | Bakgrund

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF, trädde i kraft den 1 december 2009.¹⁰ I detta fördrag definieras EU:s inre marknad vilken innebär fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital.¹¹ Det klassiska direktivet¹² som är det gällande direktivet för offentlig upphandling infördes med beaktande av det till FEUF föregående Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och specifikt dess Art 95, om tillnärmning av lagstiftning, som motsvarar nuvarande FEUF Art 114¹³.

Upphandlingsdirektiven reglerar inte offentliga upphandlingar under tröskelvärdena¹⁴ men EU-domstolen anser att offentliga upphandlingar under tröskelvärdena inte faller utanför EU-rättens tillämpningsområde, vilket innebär att EU:s grundprinciper, principen om icke-diskriminering, likabehandlingsprincipen, principen om transparens, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande, ska tas hänsyn till i offentlig upphandling.¹⁵ Det aktualiserar frågan om indirekt verkan av unionsrätten på nationell rätt.

Under 2010 annonserades drygt 19 000 upphandlingar i Sverige varav cirka en fjärdedel var upphandlingar över tröskelvärdena och resten uppskattades till upphandlingar under tröskelvärdena.¹⁶

1.2 Syfte | Frågeställning

Syftet med denna uppsats är att redogöra för annonseringsförfaranden i svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena och jämföra upphandlingsregleringarna med varandra utifrån dess materiella innehåll.

Anledningen till ämnesvalet är att lyfta frågan om EU-rättens påverkan på svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena.

Frågeställningen är således:

Vilka är de mest påfallande likheterna och skillnaderna mellan svensk och fransk upphandlingsreglering gällande annonseringsförfaranden under tröskelvärdena med utgångspunkt från deras materiella innehåll?

¹⁰ EUT 2010/ C83/01

¹¹ FEUF Art 26

¹² Direktiv 2004/18/EG

¹³ FEUF Art 114

¹⁴ Direktiv 2004/18/EG Art 7

¹⁵ Prop. 2009/10:180 s88-91

¹⁶ SOU 2011:73 s13

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen riktar sig till de som har grundkunskaper i EU-rätt och i svensk upphandlingsreglering. EU:s upphandlingsdirektiv 2004/18/EG hanteras i uppsatsen men det kommer inte göras en genomgång av EU:s generella upphandlingsreglering i uppsatsen. Uppsatsen behandlar upphandlingsförfaranden under tröskelvärdena. Upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena behandlas endast i de fall där reglerna under tröskelvärdena hänvisar till upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena.

Den nationella upphandlingsreglering som analyseras i uppsatsen är den svenska Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och den motsvarande franska regleringen Code de Marchés Publics, CMP¹⁷. Även andra versioner av LOU och CMP används i uppsatsen. Av CMP redogörs för den första och andra delen av regleringen, delar som reglerar upphandlingsförfarande för upphandlande myndigheter/enheter.¹⁸ Definitionen av upphandlande myndighet och upphandlande enhet hanteras som jämbördig i uppsatsen. Undersökningen utgår främst från de paragrafer i LOU och de artiklar i CMP som rör annonseringsförfaranden under tröskelvärdena och hanterar svensk och fransk upphandlingsreglering till och med tröskelvärdena för varor/tjänster 193 000 euros.

1.4 Metod och material

Jag har valt att använda rättsvetenskaplig metod, EU-rättslig metod och komparativ metod för att besvara frågeställningen i uppsatsen.

Rättsvetenskapen och dess definition är, enligt Claes Sandgren, mycket vid då discipliner som studerar rättens förutsättningar, rättens ställning i samhället och historiska utveckling definieras som rättsvetenskap. Rättsvetenskapens huvuduppgift är att finna och formulera väl underbyggda motiveringar till framlagda ställningstaganden.¹⁹

Sandgren redogör för tre metoder att tillgå beträffande juridiska studier: rättskälleläran, juridisk metod och rättsvetenskaplig metod.

Rättskälleläran är den mest strikta av de tre med prioritetsordning om vilka rättskällor som skall, bör och får användas. Rättskällorna ska användas i följande inbördes ordning; lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Rättskälleläran används ofta för att studera gällande rätt.²⁰

Juridisk metod kan bestå av rättskälleläran i kombination med andra moment av faktahantering, exempelvis att urskilja relevant fakta och kan även utgöra det praktiska arbetet i den juridiska studien.²¹ Den juridiska metoden sammanfaller delvis med den rättsvetenskapliga metoden²² och den juridiska metodens definition är därmed otydligare än rättskällelärans.

¹⁷ CMP édition 2006, dekret nr 2006-975 J.O. nr 179 060804 s11627

¹⁸ Den tredje, fjärde och femte delen av CMP reglerar upphandlingar för försvar och säkerhet, blandade marknader och för franska bosättningar utanför europeisk gräns, Outre-Mer.

¹⁹ Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap? Festskrift till Peter Seipel s530-531, s538-539

²⁰ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s36-37

²¹ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s38

²² Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap? Festskrift till Peter Seipel s540

Den rättsvetenskapliga metoden har fokus på argumentation och kan innehålla både delar av rättskällevärderna, delar av den juridiska metoden, andra discipliner samt empiriska metoder, såsom exempelvis intervjuer för att analysera rätten.²³

Den rättsvetenskapliga metoden ligger som grund för min argumentation då denna metod kan inkludera andra metoder och discipliner, som i uppsatsen utgörs av EU-rättslig metod och komparativ metod. Rättskällevärderna kommer att användas som en del av den rättsvetenskapliga metoden genom att jag studerar och undersöker rättskällorna lag och förarbeten, samt i begränsad omfattning rättspraxis och doktrin, för att kunna klargöra för svensk och fransk upphandlingsreglering gällande annonseringsförfaranden under tröskelvärdena.

Den EU-rättsliga metoden används i uppsatsen då EU-rätten tillämpas i EU:s medlemsstater. Det innebär att Sverige och Frankrike, trots sina nationella lagregleringar, ska tolka och tillämpa sina lagar, förordningar och föreskrifter i enlighet med den juridiska metod som EU-domstolen utvecklat.²⁴ EU-direktiv reglerar olika områden och de för uppsatsen aktuella upphandlingsdirektiven har en direkt verkan på Sveriges och Frankrikes utformning av deras nationella upphandlingsreglering över tröskelvärdena och en indirekt verkan på den nationella upphandlingsregleringen under tröskelvärdena. Det innebär att utgångspunkten av den nationella upphandlingsregleringen under tröskelvärdena är densamma för de båda länderna.

Att Sveriges och Frankrikes upphandlingsregleringar har det gemensamma draget att de båda grundar sig i unionsrätten gör den komparativa metoden mycket givande att använda för att besvara uppsatsens frågeställning.²⁵ Den komparativa metoden används för att kunna jämföra det inhämtade materialet och därmed besvara uppsatsens frågeställning. Den komparativa metoden används för att klargöra likheter och skillnader mellan olika rättsordningar av både nationell och internationell rätt.²⁶

Jämförelser utförs på fyra nivåer. För det första är jämförelsen nominalistisk: rättsreglerna som jämförs i uppsatsen har samma benämning. För det andra är den bilateral, mellan två rättsordningar: Sveriges och Frankrikes nationella upphandlingsregleringar av annonseringsförfarandet under gällande tröskelvärden. För det tredje är jämförelsen materiell: mellan de svenska och franska rättsordningarnas materiella innehåll vilket i analysen delas upp i grupper efter värdenivåer och förfaranden, och för det fjärde är den en mikrojämförelse: mellan enstaka rättsregler där uppsatsen inriktar sig på regleringen för annonseringsförfarande under tröskelvärdena i Sverige och i Frankrike.²⁷

Materialet som ligger till grund för uppsatsen utgörs främst av nationell lagreglering, förarbeten och EU-direktiv. Doktrin används i mycket begränsad omfattning i uppsatsen då det varit svårt att finna doktrin på forskningsnivå inom området för offentlig upphandling under tröskelvärdena. Däremot finns det litteratur av handbokscharakter i offentlig upphandling av exempelvis Jan-Erik Falk, Pernilla Gertéll, Kristian Pedersen och Andrea Sundstrand som tar upp och diskuterar offentlig upphandling²⁸. I uppsatsen

²³ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare s39

²⁴ Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel s30

²⁵ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s57

²⁶ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s20-21

²⁷ Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap s56-57

²⁸ Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, Gertéll, Pernilla, Nya lagen om offentlig upphandling: en handbok, Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling - LOU och LUF.

kommer det främst hänvisas till primärkällor såsom den svenska och den franska upphandlingsregleringen, förarbeten och EU-direktiv. Ett fåtal andra källor kommer att hanteras i uppsatsen såsom exempelvis *La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, vars rättsliga värde kan diskuteras, men vars innehåll styrker förståelsen för och bakgrunden till den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena, och därmed bidrar till att besvara uppsatsens frågeställning.

Då uppsatsen inriktar sig på att jämföra den svenska och franska upphandlingsregleringarnas materiella innehåll kommer inte någon rättspraxis att jämföras.

Översättningen från franska till svenska av fransk upphandlingsreglering, Code des marchés publics, samt övriga använda franska källor, har jag själv utfört. Lexikon har används i uppsatsens avsnitt: Översättning av franska källor. Översättningen ger läsaren en övergripande bild av den franska upphandlingsregleringens annonseringsförfaranden under tröskelvärdena. Dock reserverar jag mig för att partier i den franska lagtexten inte har översatts på grund av att de inte är relevanta för att besvara frågeställningen i uppsatsen. De artiklar som översatts i Code des marchés publics relaterar till *procedure adaptée*, anpassat upphandlingsförfarande.

Svagheten med uppsatsens avsnitt 4.1 är att jag inte kunnat finna någon exakt anledning till varför *procedure adaptée* infördes i den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena.²⁹ Uppsatsens redogörelse för införandet av *procedure adaptée* grundar sig på Conseil de la Concurrence kungörelse och motivering till förändringen av den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena.³⁰

Efter redogörelsen ovan anser jag de källor som främst används i uppsatsen, nationell upphandlingsreglering, förarbeten och EU-direktiv, som mycket pålitliga för att besvara frågeställningen i denna uppsats.

1.5 Disposition

I uppsatsens kapitel 2 genomförs en överskådlig redogörelse av unionsrättens påverkan på nationell upphandlingsreglering. I kapitel 3 presenteras de mest utmärkande dragen i utvecklingen av den svenska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena samt redogörs för den svenska upphandlingsregleringen av annonseringsförfaranden under gällande tröskelvärden. I kapitel 4 presenteras de mest utmärkande dragen i utvecklingen av den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena samt redogörs för den franska upphandlingsregleringens annonseringsförfaranden under tröskelvärdena. Syftet med denna indelning är att läsaren ska få en så tydlig bild som möjligt av de nationella upphandlingsregleringarnas annonseringsförfaranden under tröskelvärdena i Sverige och i Frankrike. I kapitel 5 genomförs en komparativ analys av dessa två upphandlingsregleringar utifrån materiellt innehåll och i kapitel 6 redogörs det för vad som framkommit i analysen och uppsatsens frågeställning besvaras.

²⁹ Skrivelsen, lettre 03/022 A, från Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie till Conseil de la Concurrence med önskan om en förändring av den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena är, efter kontakt med Direction des Affaires Juridiques, inte tillgängligt för allmänheten.

³⁰ Kungörelsen från Conseil de la Concurrence med hänvisning till lettre 03/022 A, i avis 03-A-05 s1, s7

2. Offentlig upphandling – en introduktion

2.1 EU-direktivens påverkan på nationell upphandlingsreglering

EU:s primärrätt utgörs av EU:s fördrag och EU:s sekundärrätt, som utfärdas med stöd av fördragen, utgörs av EU:s rättsakter förordningar, direktiv och beslut.³¹ Direktiven ska implementeras genom att medlemsstaterna vidtar nödvändiga åtgärder³² och innebär enligt Hettne att EU-rätten skall få full verkan eller genomslag på nationell nivå.³³ Med målet Van Gend & Loos³⁴ fastslogs direktivens direkta effekt. Definitionen för direkt effekt är att regeln ska vara klar, precis och ovillkorlig.³⁵ Vidare har EU-domstolen i målet Pretura di Susa fastställt att en nationell domstol inte får tillämpa en nationell lag som strider mot unionsrätten.³⁶

EU har inom ramen för de fyra friheterna reglerat för att förhindra diskriminering med en snedvriden konkurrens som följd.³⁷ Huvudregeln om denna affärsmässighet definierades som ”Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt.”³⁸ Denna huvudregel gäller fortfarande med grund i EU:s principer om icke-diskriminering och transparens. Därmed ska kravet om internationell annonsering uppfyllas av de upphandlande myndigheterna/enheterna.³⁹ För att styrka principen om icke-diskriminering kan även de offentliga upphandlingar som understiger tröskelvärdet annonseras på gemenskapsnivå.⁴⁰

³¹ Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel s43-44

³² FEUF Art 291

³³ Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel s23

³⁴ Mål 26/62 Van Gend & Loos mot Nederländerna, REG 1963, s. 00161

³⁵ Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel s200-201

³⁶ Mål 106/77 Pretura di Susa mot Italien, REG1978, s. 00075

³⁷ FEUF Art 3 1 b)

³⁸ Prop. 1992/93:88 s3

³⁹ Prop. 1992/93:88 s59

⁴⁰ Direktiv 2004/18/EG Art 37

Förbud mot kvantitativa importrestriktioner⁴¹ och etableringsrätt⁴² är andra centrala begrepp inom upphandlingsområdet som regleras i FEUF.

EU:s upphandlingsdirektiv⁴³ är tillämpligt för EU:s medlemsstater över ett satt värde, ett så kallat tröskelvärde. För varor och tjänster är gällande tröskelvärde för myndigheter 125 000 euros (1 243 375 sek) för övrigt upphandlande enheter 193 000 euros (1 919 771 sek).⁴⁴ Tröskelvärdet anges exklusive moms.⁴⁵

Med EU:s upphandlingsdirektiv från 2004 tillkom nya upphandlingsförfaranden såsom konkurrenspräglad dialog och dynamiska inköpssystem samt elektronisk auktion och reglering för ramavtal.⁴⁶

2.2 EU-direktivens indirekta verkan på nationell upphandlingsreglering

Med bakgrund till vad som presenterats ovan aktualiseras frågan om den indirekta effekt som EU:s upphandlingsdirektiv har på nationell upphandlingsreglering. Det vill säga lagregleringen under gällande tröskelvärden och som därmed inte direkt berörs av direktiven.

EU:s medlemsländer behöver inte ta hänsyn till EU-direktiv vid utformningen av regleringen för upphandlingar under tröskelvärdena⁴⁷, men den indirekta verkan som EU:s direktiv har på nationell lagstiftning är fastslagen i rättspraxis av EU-domstolen i målet Teleaustria⁴⁸. Det innebär att principen om icke-diskriminering och principen om transparens inte får åsidosättas vid offentlig upphandling under tröskelvärdena.

Tjänster som inte anses vara lämpade för konkurrensutsättning utanför nationell gräns, så kallade B-tjänster, lyder inte under EU:s direktiv.⁴⁹ Viss upphandling på försvarsområdet och upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet berörs även av detta undantag.⁵⁰

⁴¹ FEUF Art 34

⁴² FEUF Art 49

⁴³ Direktiv 2004/18/EG

⁴⁴ Kommissionens förordning nr 2083/2005

⁴⁵ SFS 2007:1091 3 Kap 1§ 3st

⁴⁶ Direktiv 2004/18/EG Art 28-29, Art 32-33, Art 54

⁴⁷ Direktiv 2004/18/EG Art 7

⁴⁸ Mål 324/98 Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, ECR 2000, s. 10745

⁴⁹ Direktiv 2004/18/EG Art 21

⁵⁰ Direktiv 2004/18/EG Art 14

3. Svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdena

3.1 Utvecklingen av svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdena

Den första versionen av Lagen om offentlig upphandling, ÄLOU⁵¹, infördes den 1 januari 1994. Anledningen till ändringen av Sveriges upphandlingsreglering berodde på Sveriges medlemskap i EES, Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Med EES-avtalet ställdes krav på Sverige att införa nationella regler som motsvarade EG:s regelverk för offentlig upphandling inom den inre marknaden. De mest utmärkande förändringarna med införandet av denna nya upphandlingsreglering var att en upphandling skulle kunna prövas i domstol och skadestånd skulle kunna utdömas, de upphandlande enheternas krets definierades om och blev större än tidigare, vilket innebar att fler enheter därmed löd under ÄLOU och NOU, Nämnden för offentlig upphandling, inrättades.⁵²

Upphandlingsregleringen från 1994 innehöll inte några bestämmelser om offentlig upphandling under EU:s tröskelvärden utan reglerade offentlig upphandling över tröskelvärdena.⁵³

Skälen till att införa upphandlingsreglering under tröskelvärden grundade sig enligt propositionen från 1992 på att offentlig upphandling under tröskelvärdena i sig inte uppgick till ett betydande belopp, men att offentlig upphandling under tröskelvärdena totalt sett utgjorde en viktig del av all offentlig upphandling. Vidare ansågs det inte finnas anledning till att detaljreglera den offentliga upphandlingen under tröskelvärdena då det gällande regelverket omfattade all offentlig upphandling oavsett värde samt att endast vissa regler i upphandlingsregleringen skulle gälla för offentlig upphandling under tröskelvärdena. Införandet av upphandlingsreglering innebar att offentlig upphandling under tröskelvärdena därmed kunde prövas i domstol.⁵⁴

Det ansågs i propositionen från 1993 att ÄLOU var för kortfattad och att samma myndigheter/enheter berördes av offentlig upphandling över tröskelvärdena som under tröskelvärdena. Därmed föreslogs att en lag skulle författas för upphandlingar över och under gällande tröskelvärden.⁵⁵

⁵¹ SFS 1992:1528

⁵² Prop. 1992/93:88 s1-2

⁵³ De svenska upphandlingsförfarandena över gällande tröskelvärde är öppet och selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog, SFS 2007:1091 4 Kap

⁵⁴ Prop. 1992/93:88 s41-42

⁵⁵ Prop. 1993/94:78 s14-15

Med förändringen i upphandlingsregleringen infördes Kap 6⁵⁶ som reglerade offentlig upphandling under tröskelvärdena, vilket motsvarar nuvarande LOU 15 kap. Därmed introducerades definitionerna direktupphandling och förenklad upphandling i den svenska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena.

Förfarandet direktupphandling presenterades som ett förfarande i propositionen från 1992 och dess innebörd förblev densamma men definitionen av direktupphandling förändrades något i samband med kompletteringen. Direktupphandling definierades innan förändringen som ett förfarande som ”sker genom köp eller beställning utan infordrade av anbud i särskild ordning”⁵⁷ och fick med ovan nämnda komplettering definitionen ”upphandling utan infordrande av skriftligt anbud”.⁵⁸

Förenklat förfarande definierades som ”upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare”⁵⁹. Det förenklade förfarandets definition markerade att förfarandet avvek från de detaljerade kraven i formella hänseenden som gällde för förfaranden över tröskelvärdena⁶⁰.

Förslaget om urvalsförfarande presenterades med propositionen från 2000.⁶¹ Urvalsförfarandet tillkom i svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdena på grund av avsaknaden i ÄLOU⁶² att ge en upphandlande myndighet/enhet möjlighet att avvisa leverantörer med hänvisning att det redan fanns ett tillräckligt antal anbudsgivare. Fördelen med denna förändring ansågs vara att utvärderingsprocessen annars kunde bli mycket tids- och resurskrävande eftersom alla anbud måste utvärderas. För att främja anbudskonkurrensen lades förslag om en minst tio dagars lång tidsfrist för intresserade leverantörer att lämna in sin anbudsansökan, tiden räknades från den dag då myndighetens/enhetens inbjudan att lämna in ansökan blev publicerad.⁶³

Förfarandet fick med propositionen från 2002 definitionen: att alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande myndigheten/enheten bjuder in vissa av de anbudssökande att lämna anbud samt får förhandla med en eller flera anbudsgivare.⁶⁴

Den svenska upphandlingsregleringen består idag av tre upphandlingsförfaranden under gällande tröskelvärden direktupphandling, förenklat förfarande och urvalsförfarande.⁶⁵

3.2 Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Den 1 januari 2008 ersattes ÄLOU av två nya lagar, den *klassiska lagen* om offentlig upphandling (SFS 2007:1091) och *försörjningslagen* om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (SFS 2007:1092).⁶⁶

⁵⁶ SFS 1992:1528 6 Kap

⁵⁷ Prop. 1992/93:88 s35

⁵⁸ Prop. 1993/94:78 s32

⁵⁹ Prop. 1993/94:78 s38

⁶⁰ Prop. 1993/94:78 s22

⁶¹ Prop. 1999/00:128 s1

⁶² SFS 1992:1528 6 Kap

⁶³ Prop. 1999/00:128 s23-24

⁶⁴ Prop. 2001/02:142 s8-9

⁶⁵ SFS 2007:1091 15 Kap 3§

Syftet med svensk upphandlingsreglering är att ”den offentliga upphandlingen ska vara effektiv och rättssäker och har till syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden så att skattemedlen används på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet”⁶⁷

I LOU finns numera de fem grundläggande principerna i EU-rätten inskrivna i en generalklausul vilket innebär att de även är tillämpliga på de upphandlingar som utförs under tröskelvärdena, vilka behandlas i denna uppsats. Generalklausulen lyder: ”Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas”.⁶⁸

Generellt gäller för annonsering av offentlig upphandling att en annons ska innehålla information om föremålet som ska upphandlas och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten/enheten.⁶⁹

3.2.1 Direktupphandling

LOU anger att direktupphandling är ett förfarande ”utan krav på anbud i viss form”⁷⁰ vilket innebär att det inte finns krav på ett skriftligt förfrågningsunderlag. Myndigheten/enheten kan ställa en direkt förfrågan till en eller flera utvalda leverantörer. I och med denna regel undantas direktupphandling från annonseringsplikten.⁷¹

Direktupphandlingen får användas vid offentlig upphandling under tröskelvärdena om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.⁷² Direktupphandling kan även användas vid oförutsedda händelser som myndigheten/enheten själv inte kunnat råda över eller vid exempelvis auktioner, där varor upphandlats under marknadsvärde.⁷³

Direktupphandlingens regel om lågt värde innebar att myndigheten/enheten beslutade om riktlinjerna för definitionen av lågt värde.⁷⁴ Denna regel är numera ersatt med ett värde för direktupphandling som uppgår till 15 % av gällande tröskelvärden⁷⁵ eller 287 000 sek.⁷⁶

Direktupphandlingar beträffande samma typ av vara/tjänst läggs ihop på ett räkenskapsår och upphandlande myndigheter/enheter får inte dela upp en upphandling i syfte att kringgå LOU:s reglering. Överstiger värdet under året direktupphandlingsgränsen ska upphandlingarna följa regleringen över tröskelvärdena i LOU.⁷⁷

Annonsering av upphandlingar ska ske så att så många leverantörer som möjligt kan lämna anbud vilket medför att regeln om synnerliga skäl⁷⁸, som är ett undantag från

⁶⁶ Prop. 2009/10:180 s88

⁶⁷ SOU 2011:73 s39

⁶⁸ SFS 2007:1091 1Kap 9§

⁶⁹ SFS 2007:1091 15 Kap 5§

⁷⁰ SFS 2007:1091 2 Kap 23§

⁷¹ SOU 2011:73 s91

⁷² Prop. 2009/10:180 s34

⁷³ SOU 2011:73 s91-92

⁷⁴ Prop. 2009/10:180 s97

⁷⁵ SFS 2007:1091 15 Kap 3§ 2st

⁷⁶ SOU 2011:73 s91

⁷⁷ SFS 2007:1091 15 Kap 3a§

⁷⁸ SFS 2007:1091 15 Kap 3§

annonseringsplikten, ska tillämpas strikt.⁷⁹ Därmed ska direktupphandling endast användas i undantagsfall.⁸⁰

I en situation där synnerliga skäl föreligger bör myndigheten/enheten ta hänsyn till den tid som det annars skulle tagit att upphandla varan/tjänsten. Ett synnerligt skäl kan vara brådskan orsakad av oförutsebara omständigheter som inte beror på den upphandlande myndigheten/enheten. Undantaget om synnerliga skäl är inte tillåtet att användas om brådskan varit förutsebar och den berott exempelvis på dålig planering från den upphandlande myndighetens/enhetens sida.⁸¹

3.2.2 Förenklat förfarande

Förenklat förfarande är ett av de förfaranden som ska användas vid offentlig upphandling under tröskelvärdena.⁸² Med propositionen från 2002⁸³ fick förenklat förfarande sin nuvarande definition: att alla leverantörer har rätt att delta, att deltagande leverantörer ska lämna anbud och att den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.⁸⁴

Förenklat förfarande motsvarar i princip öppet förfarande på det direktivstyrda upphandlingsområdet.⁸⁵ Ett förenklat förfarande ska annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller i en annan källa som säkerställer effektiv konkurrens.⁸⁶ Om något annat medium har tillräcklig täckning kan det anses vara tillräckligt att använda vid annonsering av förenklad upphandling, men det anses exempelvis inte tillräckligt att en upphandlande myndighet/enhet endast annonserar på sin egen hemsida.⁸⁷ Vid annonsering där ett förenklat förfarande används ska annonsen ange hur ett anbud får lämnas, det datum då anbudet senast ska ha kommit och ange slutdatum till vilken dag anbudet ska vara bindande.⁸⁸

En upphandlande myndighet/enhet får vid ett förenklat förfarande begära in anbud utan föregående annonsering om det i en tidigare upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, under förutsättning att kontraktsvillkoren inte förändras avsevärt i jämförelse med den tidigare upphandlingen. Offentlig upphandling till forsknings-, utvecklings-, experiment- eller studieändamål kan utföras utan föregående annonsering med förutsättning att det inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- eller utvecklingskostnader, eller att det som ska upphandlas av tekniska eller särskilda skäl, eller på grund av ensamrätt, endast kan levereras av en specifik leverantör. Ytterligare leveranser, som delersättning för tidigare leveranser eller tillägg till tidigare leveranser från en ursprunglig leverantör eller när ett byte av leverantör som skulle kunna innebära tekniska eller ekonomiska olägenheter kan också vara skäl till att inte annonsera den offentliga upphandlingen.⁸⁹

⁷⁹ SOU 2011:73 s91

⁸⁰ Prop. 2009/10:180 s97

⁸¹ Prop. 2009/10:180 s344

⁸² SFS 2007:1091 15 Kap 3§

⁸³ Prop. 2001/02:142 s8

⁸⁴ SFS 2007:1091 2 Kap 24§

⁸⁵ Prop. 2009/10:180 s251

⁸⁶ SFS 2007:1091 15 Kap 4§ 1st

⁸⁷ Prop. 2009/10:180 s97

⁸⁸ SFS 2007:1091 15 Kap 5§ 1st

⁸⁹ Prop. 2009/10:180 s67-68

Elektronisk auktion får användas vid förenklat förfarande⁹⁰, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, som en avslutande fas i offentlig upphandling⁹¹. Om elektronisk auktion används i upphandlingen ska detta framgå av den offentliga upphandlingens annons.⁹² Den upphandlande myndigheten/enheten ska innan auktionen inleds utföra en fullständig utvärdering av de inlämnade anbudena utifrån tilldelningskriterier och viktning för dessa kriterier.⁹³

3.2.3 Urvalsförfarande

Urvalsförfarande är ett av de förfaranden som ska användas vid offentlig upphandling under tröskelvärdena.⁹⁴ Definitionen för urvalsförfarande i LOU lyder: urvalsförfarandet ger alla leverantörer rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.⁹⁵ Urvalsförfarande motsvarar i princip selektivt upphandlingsförfarande på det direktivstyrda området.⁹⁶

Genom urvalsförfarandet har de upphandlande myndigheterna/enheterna möjlighet att begränsa antalet anbudsgivare efter att de intresserade leverantörerna för den aktuella upphandlingen, så kallade anbudssökande⁹⁷, ansökt om att få lämna anbud, en så kallad ansökningsinbjudan. Ansökningsinbjudan ska annonseras ut av den upphandlande myndigheten/enheten och ska annonseras i en elektronisk databas⁹⁸. Innehållet i annonsen ska ange hur anbudsansökan får lämnas och det ska finnas angivet den dag anbudet senast ska ha kommit in⁹⁹. Tiden för att lämna in anbudsansökningar är minst tio dagar för att ge skälig tid till de anbudssökande.¹⁰⁰

LOU reglerar inte minsta antal leverantörer som ska bjudas in till anbudsgivning vid en urvalsupphandling utan upphandlande myndighet/enhet får besluta om antalet leverantörer utifrån vad som upphandlas med fokus på att säkerställa effektiv konkurrens.¹⁰¹

Elektronisk auktion får användas vid urvalsförfarande¹⁰², om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, som en avslutande fas i offentlig upphandling¹⁰³. Om elektronisk auktion används i upphandlingen ska det framgå av den offentliga upphandlingens annons.¹⁰⁴ Den upphandlande myndigheten/enheten ska innan

⁹⁰ SFS 2007:1091 5a Kap 1§ 1st 5p

⁹¹ SFS 2007:1091 5a Kap 1§ 1st

⁹² SFS 2007:1091 5a Kap 3§

⁹³ Prop. 2009/10:180 s251

⁹⁴ SFS 2007:1091 15 Kap 3§

⁹⁵ SFS 2007:1091 2 Kap 25§

⁹⁶ Prop. 2009/10:180 s251

⁹⁷ Prop. 2009/10:180 s318

⁹⁸ SFS 2007:1091 15 Kap 4§ 2st

⁹⁹ SFS 2007:1091 15 Kap 5§ 2st

¹⁰⁰ SFS 2007:1091 15 Kap 9§

¹⁰¹ SFS 2007:1091 15 Kap 4 2st

¹⁰² SFS 2007:1091 5a Kap 1§ 6p

¹⁰³ SFS 2007:1091 5a Kap 1§

¹⁰⁴ SFS 2007:1091 5a Kap 3§

auktionen inleds utföra en fullständig utvärdering av de inlämnade anbuden utifrån tilldelningskriterier och viktning för dessa kriterier.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Prop. 2009/10:180 s251

4. Fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena

4.1 Utvecklingen av fransk upphandlingsregering under tröskelvärdena

EU:s principer om icke-diskriminering och transparens finns reglerade i Code des marchés publics, CMP, från 2006.¹⁰⁶ I CMP från 2004¹⁰⁷ infördes begreppet *procedure adaptée*, *Marchés passés selon la procedure adaptée*, MAPA, vilket är det anpassade förfarandet i fransk upphandlingsreglering. Med denna förändring ersattes CMP från 2001¹⁰⁸ och dess reglering *sans formalité préalable*, utan föregående formalitet, för offentlig upphandling under tröskelvärdena. Den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena består därmed av ett upphandlingsförfarande reglerat utifrån flera värdenivåer.

Fransk upphandlingsreglering är uppbyggd på proceduranpassade värdenivåer¹⁰⁹ för direktivstyrda upphandlingar och annonseringsanpassade värdenivåer för upphandlingar under tröskelvärdena med främsta hänvisning till artikel 28 i CMP¹¹⁰.

Ekonomi-, finans- och industridepartementet var initiativtagaren till förändringen av CMP från 2001 och lämnade över uppdraget till Conseil de la Concurrence den 21 mars 2003.¹¹¹ Det främsta skälet till förändringen av offentlig upphandling under tröskelvärdena och införandet av *procedure adaptée* var att den frihet i val av konkurrensutsättning, enligt den dåvarande upphandlingsregleringen, ledde till bristande konkurrensutsättning då möjligheten fanns för myndigheten/enheten att undvika effektiv konkurrensutsättning i upphandlingsarbetet. Det resulterade i att Conseil de la Concurrence förslog ökade medel för att uppnå en högre transparens i offentlig upphandling under tröskelvärdena och därmed säkerställa en effektiv konkurrensutsättning.¹¹²

Definitionen för anpassat upphandlingsförfarande är att den ansvarige upphandlaren själv avgör graden av annonseringsförfarande och konkurrensutsättning med hänseende till vad

¹⁰⁶ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 1

¹⁰⁷ CMP édition 2004, dekret 2004-15 J.O. nr 6 040108 s703

¹⁰⁸ CMP édition 2001, dekret 2001-210 J.O. nr 57 010308 s37003

¹⁰⁹ De formaliserade upphandlingsförfaranden i fransk lagreglering är *l'appel offre ouvert ou restreint*, *le marché négocié* och *le dialogue compétitif*, kan till svenska översättas med öppet och slutet förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog, CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 26

¹¹⁰ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 28

¹¹¹ Conseil de la Concurrence, Avis 03-A-05 s1

¹¹² Conseil de la Concurrence, Avis 03-A-05 s7

som ska upphandlas och värdet av upphandlingen.¹¹³ De annonseringsanpassade värdenivåerna kan anses ha den generella innebörden att ju högre värde upphandlingen uppgår till desto högre krav ställs det på annonseringsplikten.

De mest signifikativa förändringarna av CMP från 2001 är införandet av en värdenivå på 4 000 euros¹¹⁴ vilket innebär att annonsering inte är obligatorisk för offentlig upphandling under 4 000 euros, och förändringen av CMP från 2006¹¹⁵ med införandet av en värdenivå på 20 000 euros.

Elektronisk auktion, *Procédure de sélection des offres au moyen d'enchères électroniques*, infördes med EU-direktiv¹¹⁶ och är enligt CMP tillåtet över tröskelvärdena, men kan inte användas av den upphandlande myndigheten/enheten för offentlig upphandling under tröskelvärdena.¹¹⁷

4.2 Procedure adaptée – anpassat upphandlingsförfarande

Procédure adaptée, MAPA används under tröskelvärdena upp till och med 193 000 euros för varor/tjänster. I Frankrike gäller generellt att annonsering av upphandlingar som utförs under tröskelvärdena sker med den grad av annonsering och konkurrensutsättning som upphandlaren beslutar använda sig av utifrån det behov som ska fyllas, antalet enheter samt lokaliseringen av de antal enheter som berörs av upphandlingen och omständigheterna kring köpet.¹¹⁸

I den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena, CMP från 2006, finns det inte någon exakt reglering hur annonseringsförfaranden av offentlig upphandling under 4 000 euros ska genomföras. Precist reglerat hur annonsering av offentlig upphandling under tröskelvärdena ska utföras, av upphandlande myndigheter/enheter, anges i den franska upphandlingsregleringen, CMP från 2006 vid ett upphandlat värde av varor/tjänster vid 90 000 euros och belopp därutöver.¹¹⁹

En offentlig upphandling anses ha blivit korrekt utförd, med hänsyn tagen till principerna om transparens och icke-diskriminering, om de använda medlen för annonseringen, har gett alla intressenter för den aktuella upphandlingen information med en precis beskrivning av vad som ska upphandlas, oavsett nationalitet eller ekonomisk storlek, vilket har gett den upphandlande myndigheten/enheten ett tillfredsställande antal anbud och därmed kunnat säkerställa en effektiv konkurrensutsättning.¹²⁰

Vidare kan en upphandling som är utförd enligt ett anpassat förfarande anses vara otillräcklig i sin konkurrensutsättning om exempelvis anbudstiden i annonsen är för kort

¹¹³ La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics s35

¹¹⁴ CMP édition 2004, dekret 2004-1298 J.O. nr 278 041130 s20310

¹¹⁵ CMP édition 2006, dekret 2008-1356 J.O. nr 296 081220 s19548

¹¹⁶ Direktiv 2004/18/EG

¹¹⁷ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 54

¹¹⁸ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 28

¹¹⁹ La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics s35

¹²⁰ La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics s37

och om det därmed kan anses att principen om transparens och icke-diskriminering har åsidosatts.¹²¹

När upphandlaren ska besluta om villkoren i förfrågningsunderlaget kan denne ta stöd i de formaliserade upphandlingsförfaranden som finns. Om villkoren för den offentliga upphandlingen direkt överensstämmer med ett formaliserat upphandlingsförfarande ska upphandlingen utföras i enlighet med en formaliserad procedur. Upphandlaren har rätt att förhandla med leverantörer som offererat och kan i förhandlingen hänvisa till alla de olika kraven i förfrågningsunderlaget, inklusive priset.¹²²

4.2.1 Värdet mellan 0 euros och 4 000 euros

Gränsen för direkttilldelning av kontrakt i den franska regleringen är 4 000 euros.¹²³ När det upphandlande värdet understiger 4 000 euros gäller för alla upphandlingar att den upphandlande myndigheten/enheten ska respektera reglerna om annonsering och effektiv konkurrensutsättning utifrån anledningen till upphandlingen och marknadens karaktär. Regleringen innebär att den upphandlande myndigheten/enheten kan besluta att upphandlingen ska utföras utan annonsering. Det kan vara berättigat att inte annonsera en offentlig upphandling om konkurrensutsättning anses som onödig på grund av varans karaktär, värdet på upphandlingen eller på grund av en svag konkurrenssituation i den för upphandlingen aktuella sektorn.¹²⁴

4.2.2 Värdet mellan 4 000 euros och 90 000 euros

Vid upphandlingar med ett värde av varor/tjänster mellan 4 000 euros – 90 000 euros är det fastslaget i praxis av Conseil d'Etat, att den upphandlande myndigheten/enheten bestämmer villkoren för upphandlingen, utifrån marknadens karaktär, värdet för den upphandlade varan/tjänsten och vad som ska upphandlas.¹²⁵ Detta regleras även i CMP från 2006.¹²⁶ Därmed överläts bedömningen för hur annonsering ska utföras till upphandlarnas yrkeskunnande och ansvarsställning. Annonseringen kan ske i BOAMP, i dagspress eller i en facktidning.¹²⁷

När upphandlingens värde beräknas uppgå till mindre än 20 000 euros kan den upphandlande myndigheten/enheten välja att utföra upphandlingen utan annonsering¹²⁸ och om upphandlingens värde uppskattas till mellan 20 000 euros - 90 000 euros väljer den upphandlande myndigheten/enheten villkoren för annonseringen av upphandlingen anpassat till marknadens karaktär och värdet för varan/ tjänsten samt vad som ska upphandlas.¹²⁹

¹²¹ La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics s39

¹²² CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 28

¹²³ SOU 2011:73 s93

¹²⁴ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 28

¹²⁵ CE 7 octobre 2005, région Nord - Pas-de-Calais, nr 278732, Lebon, s. 423

¹²⁶ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 40

¹²⁷ La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics s37

¹²⁸ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 146

¹²⁹ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 150

4.2.3 Värdet mellan 90 000 euros och 193 000 euros

När värdet för upphandlingen är lika med 90 000 euros upp till gällande tröskelvärde¹³⁰ reglerar CMP¹³¹ hur annonseringsförfarandet ska utföras av myndighet/enhet för offentlig upphandling under tröskelvärdena. Upphandlande myndighet/enhet ska annonsera ett förfrågningsunderlag, enligt en s.k. ”*avis d’appel public à la concurrence*”. Kungörelsen, *avis*, och dess formalia, är framtagna och fastställda av franska ekonomiministern. Förfrågningsunderlaget ska annonseras i BOAMP eller i en juridisk tidskrift. Den upphandlande myndigheten/enheten behöver inte ange uppskattat värde för upphandlingen i annonsen.¹³²

Förutom ovan nämnd annonsering kan myndigheten/enheten annonsera förfrågningsunderlaget, med hänsyn till vad som ska upphandlas och värdet för upphandlingen, om det anses nödvändigt för att uppfylla principen om icke-diskriminering och transparens, i ytterligare en tidskrift relaterad till den vara/tjänst som ska upphandlas. Annonsens utformning är fastställd genom en förordning fattad av franska ekonomiministern.¹³³ Värdet för upphandlingen, varans/tjänstens komplexitet och tekniska sammansättning vägleder upphandlaren i valet av i vilka tidningar annonsering ska ske.¹³⁴

Inom sex dagar efter att myndighetens/enhetens förfrågningsunderlag inkommit till BOAMP ska det utannonseras. Dokumenten som annonseras i BOAMP publiceras både i pappersform och i elektronisk form.¹³⁵

¹³⁰ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 26

¹³¹ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 40, Art 150

¹³² CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 40, Art 150

¹³³ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 40, Art 150

¹³⁴ La Direction des affaires juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics s38

¹³⁵ CMP édition 2006, dekret 2006-975 Art 40, Art 150

5. Komparativ analys

Uppsatsens frågeställning består i att besvara vilka de mest påfallande likheterna och skillnaderna är mellan svensk och fransk upphandlingsreglering gällande annonseringsförfaranden under tröskelvärdena med utgångspunkt från dess materiella innehåll. Nedan utförs en jämförelse av likheterna och skillnaderna mellan annonseringsförfaranden i svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena.

Redogörelserna från Kap 2, 3 och 4 visar på två tydliga likheter mellan den svenska och den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena. Likheterna består i att de båda ländernas upphandlingsregleringar grundar sig på EU-rätten och därmed EU:s upphandlingsdirektiv, samt att upphandlingsregleringen under tröskelvärdena inte är direktivstyrd men att offentlig upphandling under tröskelvärdena trots detta ska ta hänsyn till EU:s principer om icke-diskriminering och transparens.

Som presenterats i metodavsnittet utgör likheten, med båda upphandlingsregleringarnas grund i EU-rätten, en givande utgångspunkt för denna komparativa analys av den svenska och franska upphandlingsregleringens annonseringsförfaranden under tröskelvärdena, utifrån dess materiella innehåll.¹³⁶

De båda regleringarna har EU:s principer om icke-diskriminering och transparens i fokus i sin utformning av upphandlingsreglering under gällande tröskelvärden. Den svenske och den franske upphandlaren har stor frihet att besluta om annonsering och konkurrensutsättning vid offentlig upphandling men inte utan att ta hänsyn till ovan nämnda principer. I Sverige tydliggörs det av generalklausulen i LOU 1 Kap 9§¹³⁷ och i fransk reglering i CMP Art 1¹³⁸.

Den svenska regleringen har tre förfaranden under tröskelvärdena, direktupphandling¹³⁹, förenklat förfarande¹⁴⁰ och urvalsförfarande¹⁴¹, som anger hur annonsering ska ske vid ett visst förfarande och den franska regleringen har ett förfarande *procedure adaptée*¹⁴² som anger hur annonsering ska ske utifrån värdet på det som ska upphandlas. Det kan tyda på en marginell skillnad mellan upphandlingsregleringarna. Det bör även noteras att regleringen för direktupphandling i den svenska upphandlingsregleringen har ett angivet värde.

Den nominalistiska jämförelsen, att regleringarna har samma benämning, utgörs i uppsatsen av att den svenska och franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena, jämförs i uppsatsen. Den bilaterala jämförelsen består i att de två ovan nämnda rättsordningarna jämförs. Mikrojämförelsen består i att det främst är annonseringsförfaranden under tröskelvärdena i den svenska och franska upphandlingsregleringen som jämförs. Den materiella jämförelsen kommer, i denna

¹³⁶ Se avsnitt 1.4

¹³⁷ Se avsnitt 3.2

¹³⁸ Se avsnitt 4.1

¹³⁹ Se avsnitt 3.2.1

¹⁴⁰ Se avsnitt 3.2.2

¹⁴¹ Se avsnitt 3.2.3

¹⁴² Se avsnitt 4.2

komparativ analys, för få en tydligare bas för jämförandet, delas upp i grupper efter värdenivåer och förfaranden.

Den första gruppen som jämförs är värdenivån 4 000 – 90 000 euros med de svenska upphandlingsförfarandena, direktupphandling, förenklat förfarande och urvalsförfarande, den andra gruppen som jämförs är 0 – 20 000 euros med det svenska upphandlingsförfarandet direktupphandling, den tredje gruppen som jämförs är 20 000 – 90 000 euros med förenklat förfarande och urvalsförfarande och den fjärde gruppen som jämförs är 90 000 – 193 000 euros med förenklat förfarande och urvalsförfarande.

På värdenivån 4 000 - 90 000 euros anger den svenska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena att alla tre upphandlingsförfaranden, direktupphandling, förenklat förfarande och urvalsförfarande, kan användas. Inom ramen för denna värdenivå kan upphandlaren upp till direktupphandlingsvärdet 287 000 sek¹⁴³ använda sig av direktupphandling, vilket innebär att upphandlaren inte har något krav på att begära in anbud och är undantagen annonseringsplikten, dock med LOU 1 Kap 9§ i åtanke. Den franske upphandlaren har rätt att avgöra vilken grad av konkurrensutsättning som ska användas och därmed även vilket annonseringsförfarande som ska användas vid upphandlingen, utifrån marknadens karaktär och värdet för det som ska upphandlas.

Vid upphandlingar över 287 000 sek gäller i svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdena att upphandlaren kan välja mellan förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Detta utgör en skillnad mot den franska regleringen då Sverige inte har någon sammantagen upphandlingsreglering mellan 4000 – 90 000 euros, utan den svenska upphandlaren är hänvisad att välja upphandlingsförfarande utifrån värdet på upphandlingen, om det finns anledning att förhandla, om det inte i en föregående upphandling lämnats anbud eller lämpliga anbud eller om karaktären för upphandlingen kräver ett urval för att förenkla upphandlingsprocessen, för att därefter ta hänsyn till hur annonsering ska ske utifrån valt upphandlingsförfarande.

Den svenske upphandlaren kan vid alla tre förfaranden förhandla med utvalda leverantörer något som även är möjligt för den franske upphandlaren¹⁴⁴.

Det kan därmed konstateras att den svenske upphandlaren har ett antal restriktioner för annonsering att följa på denna värdenivå medan den franske upphandlaren kan anses ha en större frihet i sitt upphandlingsarbete, utan att för den delen åsidosätta effektiv konkurrensutsättning i upphandlingsprocessen.

Värdenivån 0 – 20 000 euros skulle vid dess övre gräns 20 000 euros kunna jämföras med det svenska direktupphandlingsvärdet 287 000 sek.

Mellan 0 – 4 000 euros kan den svenske upphandlaren på jämförbar värdenivå för offentlig upphandling använda sig av direktupphandling. Upphandlaren kan därmed fritt anta anbud och undantas från annonseringsplikten och kan förhandla med utvalda leverantörer.

Den franske upphandlaren har på värdenivån upp till 4 000 euros rätt att direkttilldela en offentlig upphandling. Det krävs därmed ingen annonsering vid ett värde på upphandlingar under 4 000 euros. Angivet i den franska regleringen under tröskelvärdena finns dock en restriktion att vid ett upphandlat värde under 4 000 euros ska upphandlaren vid valet av konkurrensutsättning ska ta hänsyn till anledningen till upphandlingen och marknadens karaktär.¹⁴⁵ Denna reglering skulle därmed kunna signifiera att den franska

¹⁴³ Se avsnitt 3.2.1

¹⁴⁴ Se avsnitt 4.2

¹⁴⁵ Se avsnitt 4.2.1

regleringen är något mer nyanserad, med en reglering vid 4 000 euros och en vid 20 000 euros, än den svenska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena, med regleringen om direktupphandling på 287 000 sek.

Då den svenska upphandlingsregleringen på denna värdenivå ska använda sig av direktupphandling, men inte i överensstämmelse med den franska upphandlingsregleringen som reglerat vid värdenivån 4 000 euros, skulle det kunna antas att den franska upphandlingsregleringen härmed vill tydliggöra, såsom den svenska upphandlingsregleringen vid värdenivån 287 000 sek, hur den franske upphandlaren ska agera vid offentlig upphandling under direkttilldelningsbeloppet. Därmed påminner upphandlingsregleringen under tröskelvärdena om kraven på icke-diskriminering och transparens vid offentlig upphandling under direktupphandlingsvärdet.

Den franske upphandlaren har även på värdenivån 4 000 - 20 000 rätt att avgöra vilken grad av konkurrensutsättning samt vilket annonseringsförfarande som ska användas vid upphandlingen, utifrån marknadens karaktär och värdet för det som ska upphandlas¹⁴⁶, och den svenske upphandlaren kan välja att avstå från annonsering.¹⁴⁷ I jämförelse mellan den svenska och franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena är det en mycket obetydlig skillnad på denna värdenivå. En stor handlingsfrihet åligger både den svenska och franska upphandlaren i sitt val av konkurrensutsättning och annonsering. Dock får inte principen om icke-diskriminering och transparens åsidosättas.

På värdenivån 20 000 – 90 000 euros har den svenske upphandlaren regleringen för förenklat förfarande och urvalsförfarande att använda sig av.¹⁴⁸ I jämförelse med den svenska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena kan den franska myndigheten/enheten välja annonseringsförfarande utifrån marknadens karaktär och upphandlingens värde¹⁴⁹. Den svenska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena anger att valet av förfarande på denna värdenivå ska ske utifrån om alla intresserade leverantörer ska få lämna anbud eller om det föreligger orsak att välja ett antal leverantörer som får lämna anbud, då upphandlingsprocessen enligt den upphandlande myndigheten/enheten annars skulle kunna bli för tidskrävande. I annonsen för ett förenklat förfarande ska det anges hur anbud får lämnas, när anbud senast ska ha kommit in och till vilket datum anbudet är bindande. Vid urvalsförfarande ska en ansökningsinbjudan annonseras med information om hur anbudsansökan får lämnas och sista anbudsdag för ansökningsinbjudan. Båda förfarandena ska annonseras i en elektronisk databas.

I jämförelsen mellan den svenska och franska upphandlingsregleringen kan det förefalla att den franske upphandlaren har större frihet i sitt agerande på denna värdenivå än den svenske upphandlaren. Den franske upphandlaren handlingsfrihet ger denne rätt att utifrån marknadens karaktär och värdet av det som ska upphandlas besluta om annonsering och konkurrensutsättning, medan den svenske upphandlaren har flertalet angivelser som presenterats ovan, att ta hänsyn till i annonseringsförfarandet. Denna skillnad kan bero på att den franska regleringen är uppbyggd utifrån värdenivåer med en ökning av kravet på annonsering beroende på värdet av upphandlingen, och den svenska regleringen är uppdelad efter förfaranden, som reglerar annonseringsförfarandet, för offentlig upphandling över direktupphandlingsvärdet.

Ytterligare en reflektion kring skillnaderna på denna värdenivå mellan upphandlingsregleringarnas annonseringsförfaranden under tröskelvärdet, är att syftet

¹⁴⁶ Se avsnitt 4.2.2

¹⁴⁷ Se avsnitt 3.2.1

¹⁴⁸ Se avsnitt 3.1

¹⁴⁹ Se avsnitt 4.2.2

med urvalsförfarandet i svensk upphandlingsreglering under tröskelvärdet främst kan anses vara att gallra de leverantörer som får lämna anbud. Denna reglering har inte någon direkt motsvarighet i den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdet. Trots detta skulle det vara möjligt för den franske upphandlaren i sitt upphandlingsarbete, på grund av sin frihet i val av annonseringsförfaranden och konkurrensutsättning, att kunna utföra en liknande process utan att därmed ange upphandlingsprocessen som ett urvalsförfarande.

På värdenivån 90 000 – 193 000 euros kan den svenske upphandlaren vid motsvarande belopp i upphandlingsregleringen under tröskelvärdena använda sig av förenklat förfarande och urvalsförfarande. Annonsering ska ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, vilket gäller för både förenklat förfarande och för urvalsförfarande. Den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena anger att annonsering ska ske i BOAMP, juridisk tidskrift eller annan facktidsskrift sammanhörandes med upphandlaren, upphandlingsområde och upphandlingens värde¹⁵⁰.

Likheten mellan de båda upphandlingsregleringarna på denna värdenivå är att högre krav ställs på annonseringsplikten på denna värdenivå även i den franska upphandlingsregleringen. Skillnaden mellan ländernas upphandlingsregleringar under tröskelvärdena utgörs på denna värdenivå av den franske upphandlaren handlingsfrihet vid valet av konkurrensutsättning och var annonsering ska ske, gentemot den svenska upphandlingsregleringen om hur den offentliga upphandlingen ska utföras, med föregående förhandling och/eller med urval, och utifrån det förhålla sig till upphandlingsregleringen för varje enskilt upphandlingsförfarande och därmed angivet annonseringsförfarande.

I och med att elektronisk auktion införts genom upphandlingsdirektivet 2004/18/EG¹⁵¹ kan elektronisk auktion användas i svensk och fransk offentlig upphandling. Svensk upphandlingsreglering har valt att införa möjligheten att använda elektronisk auktion även för offentlig upphandling under tröskelvärdena, vid förenklat förfarande¹⁵² och vid urvalsförfarande¹⁵³, något som ännu inte är möjligt enligt den franska upphandlingsregleringen¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Se avsnitt 4.2.3

¹⁵¹ Se avsnitt 2.1

¹⁵² Se avsnitt 3.2.2

¹⁵³ Se avsnitt 3.2.3

¹⁵⁴ Se avsnitt 4.1

6. Slutsats

Likheterna som framkommit av analysen är att svensk och fransk upphandlingsreglering grundar sig på EU-rättens direktiv och att ländernas upphandlingsregleringar under tröskelvärdena därigenom indirekt blir berörda samt ska ta hänsyn till EU-rättens principer om icke-diskriminering och transparens vid annonsering av offentlig upphandling under tröskelvärdena.

Efter föregående analys kan jag göra bedömningen att resultatet av de presenterade skillnaderna mellan de båda upphandlingsregleringarnas materiella innehåll är mycket marginella. Trots skillnad i uppbyggnad vilket medför olika formuleringar och struktur i den svenska och franska upphandlingsregleringen, är syftet med upphandlingsregleringen densamma, att uppnå en så effektiv konkurrensutsättning som möjligt för offentlig upphandling under tröskelvärdena.

Vidare är upphandlarnas handlingsutrymme, trots upphandlingsregleringarnas olika formuleringar och struktur, mycket lika vilket utmärks av att båda upphandlingsregleringarna ger ett utrymme för den enskilde upphandlaren att avgöra graden av annonsering och konkurrensutsättning av offentlig upphandling under tröskelvärdena.

I uppsatsen har det framkommit att Sverige valt att reglera tre förfaranden i sin nationella upphandlingsreglering under tröskelvärdena medan Frankrike har ett förfarande under tröskelvärdena med flertalet underliggande värdenivåer. Anledningen till Sveriges olika förfaranden kan anses vara att förfarandena signifiera graden av de formella kraven för annonsering som ställs för det specifika upphandlingsförfarandet. Motsvarigheten i den franska regleringen är i stället reglerat i värdenivåer.

En framträdande skillnad som framkommit av analysen är att den franska upphandlingsregleringens direktupphandlingsvärde är 4 000 euros i jämförelse med det svenska direktupphandlingsvärdet under tröskelvärdena 287 000 sek. Jag menar dock att dessa skillnader i upphandlingsregleringen under tröskelvärdena inte medför någon skillnad i praktiken för upphandlaren då syftet med de båda upphandlingsregleringarna under tröskelvärdena är att uppnå effektiv konkurrensutsättning, något som gäller även för offentlig upphandling under 4 000 euros i Frankrike.

En annan presenterad skillnad mellan upphandlingsregleringarnas annonseringsförfaranden under tröskelvärdena som framkommit av analysen är på värdenivån mellan 4 000 – 90 000 euros. Den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena har på denna värdenivå olika regleringar för hur offentlig upphandling ska utföras, såsom regleringen för offentlig upphandling mellan 20 000 – 90 000 euros. Skillnaden består i att svensk myndighet/enhet har tre förfaranden, direktupphandling, förenklat förfarande och urvalsförfarande och inte olika värdenivåer som den franska myndigheten/enheten har att tillgå vid offentlig upphandling på denna värdenivå.

Denna skillnad medför att den svenska myndigheten/enheten kan utifrån karaktären på varan/tjänsten och värdet för upphandlingen avgöra på vilket sätt upphandlingen ska utföras genom att välja förfarande utifrån värdet på upphandlingen, utifrån om alla leverantörer ska få lämna anbud eller om det ska ske ett urval av anbudslämnare.

Liknande beskrivning saknas i den franska upphandlingsregleringen under tröskelvärdena då upphandlaren istället är hänvisad till att utifrån värdet för upphandlingen besluta hur och om annonsering och konkurrensutsättning ska utföras. Dock anser jag att denna skillnad omnämnd som handlingsfrihet i analysen inte kan anses vara mer än fiktiv eftersom den franske upphandlaren måste ta hänsyn till EU:s principer och därmed är bunden i sitt val av konkurrensutsättning och valet av annonsering.

Efter denna jämförelse av den svenska och franska upphandlingsregleringens annonseringsförfaranden under tröskelvärdena kan jag konstatera att Sveriges och Frankrikes grund i EU-rätten och därmed krav på icke-diskriminering och transparens i offentlig upphandling, medför att de båda upphandlingsregleringarna under tröskelvärdena inte skiljer sig markant åt.

Frankrike har valt ett lägre direktupphandlingsvärde än Sverige, men skillnaden i reglering mellan 4 000 euros och den franska upphandlingsregleringens upphandlingsvärde 20 000 euros, vilken kan jämföras med det svenska direktupphandlingsvärdet 287 000 sek, anser jag är mycket marginell, varför jag inte kunnat finna någon direkt anledning till den franska upphandlingsregleringens värdenivå på 4 000 euros.

Det leder till slutsatsen att de skillnader som framkommit i analysen är ytterst små i offentlig upphandling under tröskelvärdena för både under och över direktupphandlingsvärdet i Sverige och i Frankrike, då upphandlaren beslut av annonseringsförfarande alltid ska tas med hänsyn till EU:s principer om icke-diskriminering och transparens.

Den mest påfallande likheten mellan annonseringsförfaranden i svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena är att EU-rätten påverkar de nationella upphandlingsregleringarna under tröskelvärdena indirekt, trots att direktiven inte direkt påverkar medlemsländernas nationella regleringar. Den mest påfallande skillnaden mellan de nationella upphandlingsregleringarna under tröskelvärdena är regleringen för direktupphandlingsvärde i Sverige, 287 000 sek, och i Frankrike, 4 000 euros, vilka skiljer sig markant åt. Slutsatsen av denna likhet och skillnad för annonseringsförfaranden i Sverige och i Frankrike är att annonseringsförfarandena blir mycket likartade då båda upphandlingsregleringarna vid annonsering under tröskelvärdena ska ta hänsyn till EU:s principer om icke-diskriminering och transparens.

Efter att ha kommit fram till ovan nämnda slutsats kan jag konstatera att EU – rättens indirekta verkan på den nationella upphandlingsregleringen under tröskelvärdena medför att det inte har någon betydelse hur den svenska och franska nationella upphandlingsregleringens materiella innehåll formuleras då Sverige och Frankrike måste, som medlemmar i EU, ta hänsyn till EU:s upphandlingsdirektiv vid offentlig upphandling under tröskelvärdena.

Jag har i denna uppsats undersökt skillnader och likheter av annonseringsförfaranden i svensk och fransk upphandlingsreglering under tröskelvärdena, utifrån dess materiella innehåll. Ytterligare uppslag till uppsatsämne och utredning inom området för offentlig upphandling under tröskelvärdena kan exempelvis vara att utföra en undersökning med ett större urval, utgörandes av flera av EU:s medlemsländer, än som i denna uppsats Sverige och Frankrike. Detta för att kunna avgöra om EU:s indirekta verkan på upphandlingsregleringen under tröskelvärdena är genomgående för EU:s medlemsländer.

Källförteckning

OFFENTLIGT TRYCK

Författningar

CMP édition 2001, dekret 2001-210

CMP édition 2004, dekret 2004-15

CMP édition 2004, dekret 2004-1298

CMP édition 2006, dekret 2006-975

CMP édition 2006, dekret 2008-1356

SFS 1992:1528, Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

SFS 2007:1091, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Europaparlamentets och Rådets direktiv, 2004/18/EG, om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 2010/ C83/01

Kommissionens förordning, nr 2083/2005, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som skall tillämpas vid upphandlingsförfaranden

Förarbeten

SOU 2011:73 På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen

Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling

Proposition 1993/94:78 Frågor om offentlig upphandling

Proposition 1999/00:128 Offentlig upphandling i informationssamhället

Proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Proposition 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Övrigt Offentligt tryck

Dekret 98-975, om skapandet av Direction des Affaires Juridiques, 981103

LITTERATUR

Bogdan Michael, Komparativ rättskunskap, Norstedts Juridik, 2003

Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel, Akademisk avhandling, Norstedts Juridik, 2008

Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation, Norstedts juridik, 2006

Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap? Festskrift till Peter Seipel, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2006

Övrig litteratur

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling - en kommentar, Jure förlag, 2011

Gertéll, Pernilla, Nya lagen om offentlig upphandling: en handbok, Studentlitteratur, 2011

Norstedts fransk-svenska ordbok, Norstedts förlag, 1991

Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, Jure förlag, 2011

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling - LOU och LUF, Studentlitteratur, 2010

ÖVRIGA KÄLLOR

Conseil de la Concurrence, avis 03-A-05, 030425

La Direction des Affaires Juridiques, Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, 110725

Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, lettre 03/022 A, 030321

ELEKTRONISKA KÄLLOR

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/activites/avis/rechcontroles.php](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/activites/avis/rechcontrroles.php) Inloggad 111210

<http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics> Inloggad 111105, 111119

<http://www.legifrance.gouv.fr/> Inloggad 111101,111120, 111217

RÄTTSFALL

CE 7 oktober 2005, région Nord - Pas-de-Calais, nr 278732, Lebon, s. 423

Mål 26/62 Van Gend & Loos mot Nederländerna, REG 1963, s. 00161

Mål 106/77 Pretura di Susa mot Italien, REG1978, s. 00075

Mål 324/98 Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, ECR 2000, s. 10745

Bilaga 1

Code des marchés publics (édition 2006)

PREMIÈRE PARTIE: DISPOSITIONS APPLICABLES AUX POUVOIRS ADJUDICATEURS

Chapitre II: Définition des seuils et présentation des procédures de passation

Section 1: Présentation et seuils des procédures.

Article 26

I.-Les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures

formalisées suivantes :

- 1° Appel d'offres ouvert ou restreint ;
- 2° Procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 ;
- 3° Dialogue compétitif, dans les cas prévus par l'article 36 ;
- 4° Concours, défini par l'article 38 ;
- 5° Système d'acquisition dynamique, défini par l'article 78.

II.-Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils

suiuants : 1° 125 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services, non mentionnés aux 2° à 4° ci-dessous, de l'Etat et de ses établissements publics ;

2° 193 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ;

3° 193 000 € HT pour les marchés de fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;

4° 193 000 € HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le

pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;

5° 4 845 000 € HT pour les marchés de travaux.

III.-Les pouvoirs adjudicateurs peuvent aussi mettre en oeuvre une procédure adaptée :

1° En application de l'article 30 ;

2° Pour certains lots, dans les conditions prévues par le III de l'article 27.

IV.- Lorsque le montant estimé des marchés et accords-cadres de travaux est égal ou supérieur à 4 845 000 € HT, le pouvoir adjudicateur ne peut recourir aux différentes procédures formalisées, autres que l'appel d'offres, que dans les conditions prévues par les articles 35 à 38.

V.-Les marchés peuvent également être passés sur la base d'un accord-cadre conformément aux dispositions de l'article 76.

VI.-Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les seuils à prendre en compte sont ceux qui sont applicables aux marchés et accords-cadres de l'Etat chaque fois qu'un service de l'Etat ou un établissement public à caractère autre qu'industriel et commercial de l'Etat est membre du groupement. Dans les autres cas, les seuils à prendre en compte sont ceux qui sont applicables aux marchés et accords-cadres des collectivités territoriales.

VII.-Les marchés sans formalités préalables mentionnés dans le code général des collectivités

territoriales sont les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés au II.

Section 3: Procédure adaptée

Article 28

Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon

une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'appliquer dans son intégralité.

Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48.

Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 4 000 euros HT ou dans les situations décrites au II de l'article 35. L'absence de publicité et de mise en concurrence peut en outre être justifiée si ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.

Article 40

I. - En dehors des exceptions prévues au cinquième alinéa de l'article 28 ainsi qu'au II de l'article 35, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 4 000 euros HT est précédé d'une publicité, dans les conditions définies ci-après.

II. - Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 4 000 euros HT et 90 000 euros HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 30 d'un montant égal ou supérieur à 4 000 euros HT, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

III. # 1° Lorsque le montant estimé du besoin est compris entre 90 000 euros HT et les seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'y faire figurer une estimation du prix des prestations attendues. Le pouvoir adjudicateur apprécie si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique

concerné est en outre nécessaire pour assurer une publicité conforme aux principes énoncés à l'article 1er. Cette publication doit alors être effectuée dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

2° Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

IV. # Le pouvoir adjudicateur peut faire paraître, en plus de ces avis, un avis d'appel public à la concurrence dans une autre publication dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

V. - Pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, l'avis d'appel public à la concurrence est un avis de marché simplifié établi pour publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

VI. - Les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sont envoyés par téléprocédure. Ils sont publiés sur support papier ou sous forme électronique.

Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.

La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou sur tout autre support publicitaire ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne.

Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office.

VII. - Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

DEUXIÈME PARTIE: DISPOSITIONS APPLICABLES AUX ENTITÉS ADJUDICATRICES

Article 146

Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, les marchés peuvent être passés selon une procédure adaptée dont les modalités sont librement fixées par l'entité adjudicatrice en fonction de la nature et des

caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

Pour la détermination de ces modalités, l'entité adjudicatrice peut aussi s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, si elle se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, l'entité adjudicatrice est tenue d'en appliquer les modalités. Quel que soit son choix, l'entité adjudicatrice ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux qui sont prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48.

L'entité adjudicatrice peut également décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence préalable, si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 20 000 Euros HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 144.

Article 150

I. - En dehors des exceptions prévues au quatrième alinéa de l'article 146 ainsi qu'au II de l'article 144, tout marché ou accord-cadre d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT est précédé d'une publicité dans les conditions définies ci-après.

II. - Pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant compris entre 20 000 euros HT et 90 000 euros HT, ainsi que pour les achats de services relevant du I de l'article 148 d'un montant égal ou supérieur à 20 000 euros HT, l'entité adjudicatrice choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause.

III. # Lorsque le montant estimé du besoin est compris entre 90 000 euros HT et les seuils de

procédure formalisée définis au III de l'article 144, l'entité adjudicatrice est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. L'entité

adjudicatrice n'est pas tenue d'y faire figurer une estimation du prix des prestations attendues.

L'entité adjudicatrice apprécie si, compte tenu de la nature du montant des fournitures, des services ou des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est en outre nécessaire pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1er. Cette publication doit alors

être effectuée dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis au III de l'article 144, l'entité adjudicatrice est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, ainsi que sur son profil d'acheteur. Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

IV. - L'entité adjudicatrice peut choisir de faire paraître, en plus de ces avis, un avis d'appel public à la concurrence dans une autre publication, dans des conditions précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.

V. - Pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, l'avis d'appel public à la concurrence est un avis de marché simplifié établi pour publication au Journal officiel de l'Union européenne conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics.

VI. - Les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sont envoyés par téléprocédure. Ils sont publiés sur support papier ou sous forme électronique. Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis, dans les six jours qui suivent la date de leur réception.

La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles de l'Union européenne. Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'Office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office.

VII. - L'entité adjudicatrice doit être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis.

Dernière modification du texte le 16 septembre 2011 - Document généré le 26 octobre 2011 - Copyright (C) 2007-2008 Legifrancepeut