



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Linn Sandmark

# Obligatoriska krav vid offentlig upphandling

- upphandlande myndigheters kontrollskyldighet

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: HT2014

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
<b>1.1 Bakgrund</b>	<b>5</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Avgränsning</b>	<b>6</b>
<b>1.4 Metod och material</b>	<b>8</b>
1.4.1 Rättsdogmatisk metod och EU-rättslig metod	8
1.4.2 Urval av material	9
<b>1.5 Forskningsläge</b>	<b>10</b>
<b>1.6 Disposition</b>	<b>11</b>
<b>1.7 Terminologi</b>	<b>11</b>
<b>2 RÄTTSLIG BAKGRUND</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Upphandlingslagstiftningen</b>	<b>13</b>
2.1.1 Kort om upphandlingsprocessen	13
2.1.2 Upphandlingsrättsliga principer	14
2.1.2.1 Likabehandlingsprincipen	16
2.1.2.2 Proportionalitetsprincipen	18
<b>2.2 Förfrågningsunderlaget</b>	<b>21</b>
2.2.1 Begrepp, funktion och innehåll	21
2.2.2 Administrativa föreskrifter	23
2.2.3 Krav på leverantören	24
2.2.3.1 Bevis enligt 11 kap. LOU	25
2.2.3.2 Begränsad kontroll enligt 11 kap. 17 § LOU	26
2.2.4 Krav på varan eller tjänsten	27
2.2.4.1 Tekniska specifikationer	28
2.2.4.2 Bevis för varan eller tjänsten	29
2.2.5 Särskilda kontraktsvillkor	30
2.2.5.1 Obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor	32
2.2.5.2 Miljökrav och krav om sociala hänsyn	33
2.2.6 Kommersiella villkor	34
<b>3 KRAV I FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET</b>	<b>36</b>

<b>3.1</b>	<b>Obligatoriska krav - begreppet</b>	<b>36</b>
3.1.1	Obligatoriska krav på leverantören	38
3.1.2	Obligatoriska krav på varan eller tjänsten	39
3.1.3	Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt	39
3.1.4	Obligatoriska krav som formkrav	43
<b>3.2</b>	<b>Bör-krav</b>	<b>46</b>
<b>3.3</b>	<b>Tidpunkt för kravuppfyllelse</b>	<b>47</b>
<b>3.4</b>	<b>Brister framkomna vid överprövningsprocessen</b>	<b>50</b>
<b>4</b>	<b>KONTROLLSKYLDIGHET AV OBLIGATORISKA KRAV</b>	<b>52</b>
4.1	Kontroll av formkrav	52
4.2	Krav ska kunna kontrolleras	52
4.3	Ingen verifiering, ingen kontrollskyldighet	55
4.4	Upphandlande myndigheter kan begära bevis ex officio	57
4.5	Kontroll av obligatoriska krav fick ske	57
4.6	Kontroll av obligatoriska krav borde ha skett	58
4.7	Kontroll måste ske vid misstanke	59
4.8	Kontrollen måste vara förutsägbar	60
<b>5</b>	<b>ANALYS</b>	<b>61</b>
5.1	Introduktion	61
5.2	Vilka obligatoriska krav kan ställas?	61
5.2.1	Kvalificeringskrav	62
5.2.2	Obligatoriska krav på varan eller tjänsten	62
5.2.3	Formkrav	63
5.2.4	Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt	64
5.2.5	Skillnaden mellan obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor	66
5.3	Tidpunkten för kravuppfyllelse	67
5.4	Kontrollskyldighet av obligatoriska krav	67
5.4.1	Kontroll av djurskyddskrav	68
5.4.2	Ingen verifiering, ingen kontrollskyldighet	69
5.4.3	Bevisbörda	70
5.4.4	Transparensprincipen – ny vid kontrollskyldighet?	72
5.4.5	Verifieringen – stor betydelse för kontrollskyldigheten	72
5.4.6	Har kontrollskyldigheten skärpts?	73
5.5	Sammanfattande kommentarer	73
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>75</b>



# Summary

In Swedish public procurement, the contracting authority is responsible for providing a specification of the procurement, containing inter alia "the mandatory requirements". The suitability of a tender is examined on the basis of the contract documents and the tenderer needs to meet all the mandatory requirements. Suitable tenders are evaluated in the evaluation process.

This essay examines the mandatory requirements and the contracting authority's obligation to verify that the tender meets the requirements. The essay analyses which mandatory requirements can be included in the specification and at what time the tender needs to meet the mandatory requirements. The essay also examines whether the contracting authority has an obligation to verify if the mandatory requirements are fulfilled by the tenderer.

The essay concludes that it is difficult to determine which mandatory requirements can be included in a specification. Nevertheless, some mandatory requirements that qualifies the tenderer, called qualification requirements (requirements on the tenderers economic, technical and professional ability), requirements on the object of the procurement, formal requirements and mandatory requirements with subsequent time of verification, may be included in the specification. Concerning the question of when the mandatory requirements must be met by a tenderer, it is concluded that they must be fulfilled at the time when the tenderer submits it's tender, unless another such time is decided on, in the specification.

There is no general obligation for the contracting authority to verify whether the tenderer meets the mandatory requirements in the procurement or not. Should the contracting authority suspect that the tenderer does not meet the requirements, the contracting authority must ascertain if this is the case. It is concluded from case law that the contracting authority must be able to verify the mandatory requirements stipulated in the specification.

The essay demonstrates that the contracting authority's obligation to verify is lower if a mandatory requirement does not need to be verified. Under such circumstances the contracting authority must secure requirement fulfillment when the tenderer submits self declaration there of. If the contracting authority requests a verification of a requirement, the contracting authority has a greater obligation to verify whether the requirements has been fulfilled.

# Sammanfattning

Vid en offentlig upphandling utformar den upphandlande myndigheten förfrågningsunderlaget utifrån vad som ska upphandlas. För att specificera upphandlingsföremålet ställer den upphandlande myndigheten obligatoriska krav på anbudsgivarna som ska delta i upphandlingen. Kraven måste vara uppfyllda för att anbudsgivaren ska gå vidare till utvärderingen och för att den upphandlande myndigheten ska kunna anta anbudsgivarens anbud. Uppsatsen handlar om dessa obligatoriska krav och om den upphandlande myndighetens skyldighet att kontrollera att anbudsgivaren uppfyller kraven.

Uppsatsen utreder vilka krav som kan ställas i ett förfrågningsunderlag, vid vilken tidpunkt kraven ska vara uppfyllda och huruvida den upphandlande myndigheten har en skyldighet att kontrollera om de obligatoriska kraven är uppfyllda av anbudsgivaren i upphandlingen.

Slutsatsen är att det inte exakt går att fastställa vilka obligatoriska krav en upphandlande myndighet kan ställa, men några av de obligatoriska kraven i ett förfrågningsunderlag kan vara kvalificeringskrav (dvs. krav på leverantören), krav på varan eller tjänsten som upphandlas, formkrav och obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt. Som huvudregel gäller enligt rättspraxis att de obligatoriska kraven ska vara uppfyllda vid tidpunkten för när anbudet lämnas in, om ingen annan tidpunkt har angetts i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet framgår det av rättspraxis att den upphandlande myndigheten ska ha en möjlighet att kontrollera de obligatoriska kraven som ställs i förfrågningsunderlaget. Det finns emellertid inte någon generell skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera ifall anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Skulle den upphandlande myndigheten däremot misstänka att anbudsgivaren inte uppfyller kraven, måste den upphandlande myndigheten undersöka om så är fallet.

Utredningen i uppsatsen visar sammanfattningsvis att den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet är lägre om ett obligatoriskt krav inte ska verifieras. Den upphandlande myndigheten måste under sådana omständigheter lita på att anbudsgivaren uppfyller kravet i upphandlingen när denne lämnar in en sanningsförsäkran eller självdeklaration om det. Skulle den upphandlande myndigheten ha begärt verifiering av ett krav, har den upphandlande myndigheten en större skyldighet att kontrollera om kravet är uppfyllt.

# Förord

Först och främst vill jag tacka min handledare Henrik Norinder för hans engagemang och värdefulla synpunkter under arbetets gång.

Ett stort tack vill jag också rikta till Helena Rosén Andersson och Anders Nilsson från advokatfirman Lindahl som har introducerat upphandlingsrätten för mig. Jag vill också tacka Fredrik Rogö, bolagsjurist på Göteborg Stads Upphandlingsbolag, för idéer och inspiration till uppsatsen. Därutöver vill jag tacka Joel Wahlberg, Ann-Marie Ljungberg, Göran Ljungberg, Linn Alfredsson och Emelie Rexelius för hjälp med korrekturläsning.

Jag vill även tacka Björn Sandmark för allt stöd, såväl under examensarbetet som under studietiden. Tack också till Ingrid Sandmark som ger mig styrka varje dag.

Lund, den 7 januari 2015

*Linn Sandmark*

# Förkortningar

Dir.	Kommittédirektiv
Direktiv 2004/17/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)
Direktiv 2004/18/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Ds	Departementsserien
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JP	Juridisk Publikation
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrätten, nuvarande Högsta förvaltningsdomstolen
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLOU	Den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling innehåller procedurregler om hur en offentlig upphandling ska gå till och vad den upphandlande myndigheten ska beakta när den tilldelar ett kontrakt till en leverantör. Grundläggande principer om likabehandling, proportionalitet, icke-diskriminering, transparens och ömsesidigt erkännande i 1 kap. 9 § LOU ska genomsyra hela upphandlingsprocessen, allt från utformningen av förfrågningsunderlag till slutlig tilldelning av kontrakt.

I förfrågningsunderlaget beskrivs förutsättningarna för upphandlingen och kontraktsföremålet. Förfrågningsunderlaget utgör också grunden för det kontrakt som senare ska tecknas mellan den upphandlande myndigheten och den leverantör som vinner upphandlingen. Ett förfrågningsunderlag innehåller bland annat administrativa föreskrifter, krav på leverantören, krav på kontraktsföremålet, föreskrifter om anbudsutvärderingen och tilldelningskriterier, särskilda kontraktsvillkor och kommersiella villkor. Kraven som anbudsgivaren måste uppfylla för att erhålla kontrakt kallas obligatoriska krav, men det är oklart exakt vilka obligatoriska krav som den upphandlande myndigheten kan ställa i ett förfrågningsunderlag.

När en anbudsgivare inkommit med ett anbud till den upphandlande myndigheten påbörjas gallringen av anbud. Det första den upphandlande myndigheten gör är att utesluta de anbudsgivare som inte är lämpliga som leverantörer enligt uteslutningsgrunderna i 10 kap. LOU. Efter det genomförs en kvalificering av anbudsgivarna i den s.k. kvalificeringsfasen. I kvalificeringsfasen avgörs vilka av anbudsgivarna som ska gå vidare till utvärderingen och vilka anbud som ska förkastas på grund av att de inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Att utvärdera ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Vid kvalificeringen granskar den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. LOU vilka anbudsgivare som är lämpliga och har den tekniska, ekonomiska och yrkesmässiga förmågan att leverera det som den upphandlande myndigheten upphandlar. Den upphandlande myndigheten kontrollerar också vid kvalificeringen om anbudsgivarna uppfyller de övriga obligatoriska kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Rättsläget kring huruvida den upphandlande myndigheten har en skyldighet att kontrollera om anbudsgivarna uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen är fortfarande oklart och det saknas vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen i frågan.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att utreda vilka olika obligatoriska krav som kan ställas i ett förfrågningsunderlag och huruvida upphandlande myndigheter har en skyldighet att kontrollera om de obligatoriska kraven i upphandlingen är uppfyllda av anbudsgivaren. Syftet med uppsatsen är också att utreda vid vilken tidpunkt de obligatoriska kraven ska vara uppfyllda. Jag har valt att studera gällande rätt, de lege lata<sup>1</sup>, för att utreda uppsatsens frågeställningar.

För att uppnå uppsatsens syfte har följande frågeställningar valts:

- Vilka obligatoriska krav kan ställas i ett förfrågningsunderlag i en offentlig upphandling?
- Vid vilken tidpunkt ska de obligatoriska kraven vara uppfyllda?
- Har en upphandlande myndighet en skyldighet att kontrollera om en anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen? Och i så fall, hur långt sträcker sig den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet?

Frågeställningarna besvaras i uppsatsens analysavsnitt.

## 1.3 Avgränsning

Med hänsyn till uppsatsens frågeställningar redogörs särskilt för likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. De andra principerna i 1 kap. 9 § LOU kommer endast behandlas översiktligt eftersom de inte är av relevans för uppsatsens frågeställningar. Det kommer inte göras någon historisk redogörelse för upphandlingslagstiftningen i svensk eller europeisk rätt, utan uppsatsen utgår från gällande rätt i Sverige. Uppsatsen kommer inte ha några komparativa inslag eftersom avsikten är att undersöka svensk rätt och en komparativ studie är därför inte nödvändig.

Rättsmedel såsom överprövning av en upphandling och överprövning av avtals giltighet kommer inte behandlas eftersom det inte har betydelse för uppsatsens frågeställningar. Av den anledningen kommer det inte heller redogöras för rättsmedel såsom upphandlingsskadeavgift eller skadestånd. Inte heller bestämmelserna om ramavtal kommer behandlas eftersom förfarandet vid ramavtal har egna bestämmelser och skiljer sig från den vanliga upphandlingsprocessen. Endast upphandlingar av varor och tjänster kommer att behandlas. Byggtreprenader lämnas därmed utanför uppsatsens ämnesområde eftersom specifika termer och regler gäller för byggtreprenader.

Kravuppfyllelse i stort i offentlig upphandling kommer inte utredas, utan uppsatsen kommer att koncentreras till att ta reda på vilka obligatoriska krav som kan ställas, vid vilken tidpunkt kraven ska uppfyllas och huruvida den

---

<sup>1</sup> Bergström m.fl., *Juridikens termer*, s. 37.

upphandlande myndigheten är skyldig att kontrollera om anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Uppsatsen kommer inte behandla bestämmelserna i 10 kap. LOU och kontrollen som görs enligt det kapitlet. Den kontroll som genomförs enligt 11 kap. LOU kommer behandlas översiktligt. Det görs endast en kort redogörelse av tilldelningskriterier, eller ”bör-krav”, vilket innebär att uppsatsen inte kommer behandla utvärdering av anbud enligt 12 kap. LOU. Att kapitlet har valts bort beror på att uppsatsen handlar om själva kvalificeringen av anbudsgivarna och de obligatoriska kraven som leverantören ska uppfylla för att kunna gå vidare till utvärdering. Vad gäller 6 kap. och 11 kap. LOU kommer de kapitlen endast behandlas översiktligt.

Uppföljning av kontrakt efter att avtal tecknats kommer inte behandlas eftersom det tillhör den rent avtalsrättsliga delen som inte har med upphandlingsfasen att göra.<sup>2</sup> Den kontroll som den upphandlande myndigheten kontinuerligt gör av sin kontraktspart under avtalstiden kommer inte heller att behandlas.

Uppsatsen kommer endast översiktligt beskriva miljökrav och sociala krav, eftersom en redogörelse för miljökrav och sociala krav i sig är en egen fråga som är för omfattande att redogöra för i uppsatsen. Uppsatsen kommer emellertid behandla några rättsfall när miljökrav och djurskyddskrav och kontrollen av dessa varit aktuella för prövning, se rättsfallen från mål C-448/01 Wienstrom, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11. Målen visar en kontrast till upphandlande myndigheters kontrollskyldighet av andra obligatoriska krav.

Den 26 februari år 2014 antogs de nya upphandlingsdirektiven av EU-parlamentet.<sup>3</sup> Den svenska lagstiftaren tillsatte en utredning som lämnade delbetänkande SOU 2014:51 och Ds 2014:25 *Nya regler om upphandling* som gäller nya bestämmelser för LOU och LUF. Slutredovisningen av utredningen gjordes den 1 oktober 2014 och handlade om genomförandet av det nya direktivet för koncessioner som kommer utmynna i en ny lag om upphandling av koncessioner, LUK.<sup>4</sup> Eftersom direktiven inte är implementerade i svensk rätt ännu<sup>5</sup> kommer uppsatsen inte beakta de nya direktivbestämmelserna från år 2014, utan uppsatsen kommer utgå från upphandlingsdirektiven från år 2004. Dessutom behandlar inte de nya direktiven den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet av

---

<sup>2</sup> För mer konkreta tips avseende denna del, se Kammarkollegiets vägledning 2011:8 ”Kontraktsuppföljning – säkerställ goda affärer genom att följa upp”.

<sup>3</sup> Direktivet för LOU heter Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Direktivet för LUF heter Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transport och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

<sup>4</sup> SOU 2014:69 *En ny lag om upphandling av koncessioner*. Direktivet för koncessioner heter Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

<sup>5</sup> De ska implementeras senast den 18 april 2016.

anbudsgivarens obligatoriska krav och därför skulle de nya direktiven inte tillföra uppsatsen något. I de nya direktivbestämmelserna och den svenska utredningen föreslås det emellertid en förenkling av verifiering i enlighet med kvalificeringskraven i 11 kap. LOU, men det är inga nyheter som är intressanta för uppsatsens frågeställningar.

## 1.4 Metod och material

### 1.4.1 Rättsdogmatisk metod och EU-rättslig metod

Metoden som valts för uppsatsen är den rättsdogmatiska metoden i form av en juridisk metod. Rättsdogmatiken i sig härstammar från rättsområdet allmän rättslära. Huvuddelen av den allmänna rättsläran omfattar en beskrivning av den juridiska metoden, som inbegriper rättsdogmatisk argumentation, domsmotivering, parternas argumentation, rättsdogmatisk begreppsanalys, systematisk framställning av gällande rätt, lagtolkning, rättsfallstolkning, analogislut och motsatsslut.<sup>6</sup> Vad rättsdogmatik egentligen är råder det dock olika uppfattningar om.<sup>7</sup> I uppsatsen kommer rättsdogmatiken användas som en juridisk metod som med hjälp av rättskällevärdet och dess rättskällor lag, förarbeten, rättspraxis och doktrinska uttåg och tolka gällande rätt.<sup>8</sup> Rättskällevärdet används alltså för att uttåga gällande rätt.<sup>9</sup> Rättskällorna har en inbördes rangordning som är: lagar och författningar, förarbeten, rättspraxis och doktrin.<sup>10</sup>

Eftersom upphandlingsreglerna har sin grund i EU-rätten så kommer även den EU-rättsliga metoden att användas. När EU-rätten tillämpas i Sverige måste den EU-rättsliga metoden användas för att resultatet ska bli rätt.<sup>11</sup> Den EU-rättsliga metoden går ut på att EU-rättens bestämmelser, allmänna rättsprinciper, direktiv och EU-domstolens rättspraxis kommer att tolkas utifrån ändamålet med de EU-rättsliga bestämmelserna för offentlig upphandling. Inom EU-rätten använder sig EU-domstolen av teleologisk lagtolkning och utgår då ifrån bestämmelsernas grundläggande syften, funktion och effekter inom det gemenskapsrättsliga regelverket.<sup>12</sup> EU-domstolens avgöranden i uppsatsen tolkas därmed i ljuset av ändamålet med de upphandlingsrättsliga direktiven.

---

<sup>6</sup> Peczenik (1995), s. 9.

<sup>7</sup> Sandgren (2007), s. 53, Sandgren, Claes, "Är rättsdogmatiken dogmatisk?", *Tidskrift för Rettsvetenskap*, 2008, nr. 04-05, s. 649 och Korling och Zamboni m.fl., s. 21 ff.

<sup>8</sup> Sandgren (2008), s. 649, Korling och Zamboni m.fl., s. 21 ff. och Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap", *Svensk Juristtidning*, 2004, s. 4.

Jfr. Peczenik (1995), s. 35 ff. Se mer om begreppet "gällande rätt" i Peczenik (1980), s. 27.

<sup>9</sup> Sandgren (2007), s. 36 och s. 38.

<sup>10</sup> Bernitz m.fl., s. 32.

<sup>11</sup> Hettne och Otken Eriksson m.fl., s. 34 och s. 40.

<sup>12</sup> Bernitz m.fl., s. 72 och Hettne och Otken Eriksson m.fl., s. 36.

Efter att gällande rätt har undersökts med hjälp av den rättsdogmatiska metoden och den EU-rättsliga metoden så kommer jag ur ett kritiskt perspektiv analysera det jag kommit fram till i uppsatsens analysavsnitt.<sup>13</sup>

## 1.4.2 Urval av material

Materialet i uppsatsen består av rättskällorna lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Varken LOU eller förarbetena är tillräckligt uttömmande för att uppsatsens frågeställningar ska kunna besvaras, vilket innebär att rättspraxis får en avgörande betydelse som material. Något som dock är problematiskt inom upphandlingsområdet är att Högsta förvaltningsdomstolen sällan meddelar prövningstillstånd i upphandlingsmål, vilket gör att kammarrätternas mål och ibland även förvaltningsrätternas mål utgör prejudikat i upphandlingsrätten.<sup>14</sup> Att kammarrättens och förvaltningsrätternas mål utgör prejudikat i upphandlingsrätten anförs i SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*. Det är emellertid så att prejudikat utgörs av de högsta instansernas domar och i upphandlingsmål är det Högsta förvaltningsdomstolen. Prejudikat är avsedda att vara vägledande för domstolarnas rättstillämpning och underrätternas avgöranden kan således inte utgöra prejudikat.<sup>15</sup> Däremot kan flera underrättsdomar tillsammans ge uttryck för principiella bedömningar.<sup>16</sup>

Rättspraxis som används i uppsatsen kommer bestå mestadels av kammarrättspraxis eftersom avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen ofta saknas i upphandlingsmål.<sup>17</sup> Kammarrätternas avgöranden har emellertid på senare tid blivit rättskällor i högre grad än tidigare, även om de inte utgör prejudikat. Om det beror på att kammarrätternas avgöranden numera är enklare att få tag på i olika internetbaserade rättstjänster är svårt att säga, men det har förmodligen bidragit till att de fått högre dignitet på senare tid anser Johan Munck.<sup>18</sup> Kammarrätternas avgöranden utgör en sorts upplysningskällor om problem och tvister och sätt att lösa dessa.<sup>19</sup> Munck anför också att en serie av rättsfall från kammarrätterna skulle kunna ge uttryck för en fast praxis, och då måste de tillägnas betydande vikt, inte bara för förvaltningsrätterna, utan även för Högsta förvaltningsdomstolen.<sup>20</sup>

EU-domstolen har inom upphandlingsrätten drivit rättsutvecklingen framåt genom att dess avgöranden har legat till grund för upphandlingsdirektiven<sup>21</sup>, vilket framgår av preamblen till direktiven. Därmed väger EU-domstolens rättspraxis på upphandlingsområdet tungt vid redogörelse för vad som gäller

---

<sup>13</sup> Jfr. Hellner, s. 29.

<sup>14</sup> SOU 2013:12 s. 349.

<sup>15</sup> Bernitz m.fl., s. 32 f. och s. 133.

<sup>16</sup> Bernitz m.fl., s. 134.

<sup>17</sup> Jfr. SOU 2013:12, s. 349.

<sup>18</sup> Munck, "Rättskällor förr och nu", JP 2014, s. 199.

<sup>19</sup> Munck, "Rättskällor förr och nu", JP 2014, s. 199.

<sup>20</sup> Munck, "Rättskällor förr och nu", JP 2014, s. 199.

<sup>21</sup> Direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG.

inom rättsområdet och därmed utgör också EU-domstolens rättspraxis en del av materialet i uppsatsen.<sup>22</sup>

Artiklar kommer också användas som material för att få ett fördjupat perspektiv på uppsatsens ämne. Även vägledningarna från Kammarkollegiet och Konkurrensverket har använts som material eftersom de är lättbegripliga och ger en mer praktisk infallsvinkel på uppsatsämnet.<sup>23</sup>

## 1.5 Forskningsläge

Forskningen inom offentlig upphandling är fortfarande relativt ny eftersom området i sig är nytt i Sverige. De enda som i skrivande stund har doktorerat i offentlig upphandling är Andrea Sundstrand, doktor i offentlig rätt vid Stockholms universitet, och Åsa Örnberg som doktorerade vid Stockholms universitet. Numera är hon verksam som forskare och lärare på Linköpings universitet vid avdelningen för affärsrätt. Sundstrands avhandling heter *”Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt”* och Örnbergs avhandling heter *”Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt”*.

Konkurrensverket främjar forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet med stöd av Rådet för forskningsfrågor och riksdagen bestämmer hur stort forskningsanslag Konkurrensverket ska få. Regeringen har på senare år uttryckt att det finns ett behov av ökade satsningar på forskning om upphandling.<sup>24</sup>

Vad avser litteratur så finns ett antal introduktionsböcker och handböcker inom offentlig upphandling.<sup>25</sup> Helena Rosén Andersson m.fl. från advokatfirman Lindahl har skrivit en lagkommentar till LOU *”Lagen om offentlig upphandling – En kommentar”* och även jur.kand. Jan-Erik Falk har skrivit en lagkommentar, *”Lag om offentlig upphandling – en kommentar”*. Anders Asplund m.fl. har skrivit en bok särskilt om överprövningar som heter *”Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF”*.

Många doktorander, advokater, kommunjurister och yrkesverksamma personer inom offentlig sektor skriver även artiklar i diverse tidskrifter såsom Europarättslig tidskrift, Förvaltningsrättslig tidskrift och Public

---

<sup>22</sup> Falk, s. 27.

<sup>23</sup> Observera att Konkurrensverket sedan 1 mars 2014 har övertagit Kammarkollegiets upphandlingsstöd.

<sup>24</sup> Se Konkurrensverkets hemsida om Rådet för forskningsfrågor, [http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_309.aspx](http://www.kkv.se/t/Page___309.aspx) (hämtad 2014-09-25) och Upphandling24, *”Satsar på forskning kring upphandling”*, <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.511755/satsar-pa-forskning-kring-upphandling> (hämtad 2014-09-25).

<sup>25</sup> T.ex. Pedersen, Kristian, *”Upphandlingens grunder”*, Gertéll, Pernilla, *”Nya lagen om Offentlig upphandling”*, Forsberg, Niclas, *”Upphandling enligt LOU, LUF, LUF5 och LOV”* och Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *”Offentlig upphandling På rätt sätt och till rätt pris”*.

Procurement Law Review. Artiklar publiceras även i nätbaserade tidningar såsom Upphandling<sup>24</sup>, Offentliga Affärer och JP-Infonet. Under år 2014 startades även Upphandlingsrättslig Tidskrift av Andrea Sundstrand.<sup>26</sup>

De frågeställningar som framgår under punkt 1.2 har mig veterligen inte tidigare behandlats i doktrinen. Det är min förhoppning att förevarande uppsats ska kunna vara ett bidrag till besvarandet av dessa frågor.

## 1.6 Disposition

Uppsatsen har fem kapitel. Till en början beskrivs den rättsliga bakgrunden i kapitel 2, där redogörs det för upphandlingsprocessen, de upphandlingsrättsliga principerna och förfrågningsunderlagets olika delar. Kapitel 3 handlar om vilka olika obligatoriska krav som kan ställas i en offentlig upphandling. Även bör-kraven beskrivs kort i kapitlet. Därefter behandlas tidpunkten för när obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Upphandlande myndigheters kontrollskyldighet behandlas i kapitel 4. I det sista kapitlet, kapitel 5, analyseras utredningen som det redogjorts för i kapitel 3-4 och frågeställningarna besvaras.

## 1.7 Terminologi

Uppsatsen utgår från LOU och därmed kommer terminologin från den lagen att användas, såsom ”upphandlande myndighet” och ”offentlig upphandling”. Begreppet ”anbudsgivare” kommer frekvent att användas i uppsatsen, trots att det också kan röra sig om en ”anbudssökande”<sup>27</sup> som är definitionen som används vid ett selektivt- eller förhandlat förfarande när bolagen inte gett in något anbud ännu, utan endast ansöker om att göra det.<sup>28</sup> Med anbudsgivare menas en ekonomisk aktör som lämnat anbud.<sup>29</sup> Av samma skäl kommer begreppet ”anbud” generellt att användas och inte ”anbudsansökan”.

När det hänvisas till vägledningar från Kammarkollegiet skrivs Kammarkollegiet ut trots att Konkurrensverket har tagit över stora delar av Kammarkollegiets tidigare verksamhet.<sup>30</sup>

Termen ”kontrollskyldighet” jag har valt att använda i uppsatsen när den upphandlande myndighetens skyldighet att kontrollera om anbudsgivaren

---

<sup>26</sup> För mer information se UrT:s hemsida <http://www.urt.cc> (hämtad 2014-11-10).

<sup>27</sup> Se definitionen av anbudssökande i 2 kap. 1 § LOU.

<sup>28</sup> Jfr. artikel 1.8 tredje stycket direktiv 2004/18/EG.

<sup>29</sup> Jfr. artikel 1.8 tredje stycket direktiv 2004/18/EG.

<sup>30</sup> Se 1 § förordning (2007:1117) med instruktioner för Konkurrensverket, SFS 2014:784. Se dock kommittédirektiv Dir. 2014:161 ”Inrättande av Upphandlingsmyndigheten” där regeringen tillsatt en utredare att granska möjligheterna till en ny Upphandlingsmyndighet vars ansvar ska vara upphandlingsstödet.

uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen beskrivs. Det är ett nytt begrepp i upphandlingssammanhang som jag har valt att använda istället för ”kontrollansvar” eller ”utredningsskyldighet”.

Jag anser att kontrollansvar snarare kopplas ihop med det civilrättsliga kontrollansvaret<sup>31</sup> och att utredningsskyldighet kan härröra till antingen förvaltningsdomstolars utredningsskyldighet rent förvaltningsprocessrättsligt eller den utredningsskyldighet en myndighet kan ha enligt förvaltningsrätten.<sup>32</sup>

Begreppet ”obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt” har Fredrik Rogö på Göteborg Stads Upphandlings AB använt sig av, och jag har för avsikt att använda mig av den termen när obligatoriska krav som måste verifieras och uppfyllas efter anbudstidens utgång beskrivs i uppsatsen. Fredrik Rogö har godkänt att jag använder termen.

---

<sup>31</sup> Jfr. Kihlman, s. 96 och Gerhard, s. 31.

<sup>32</sup> Jfr. von Essen, s. 219-248 och Wennergren, s. 145-169.



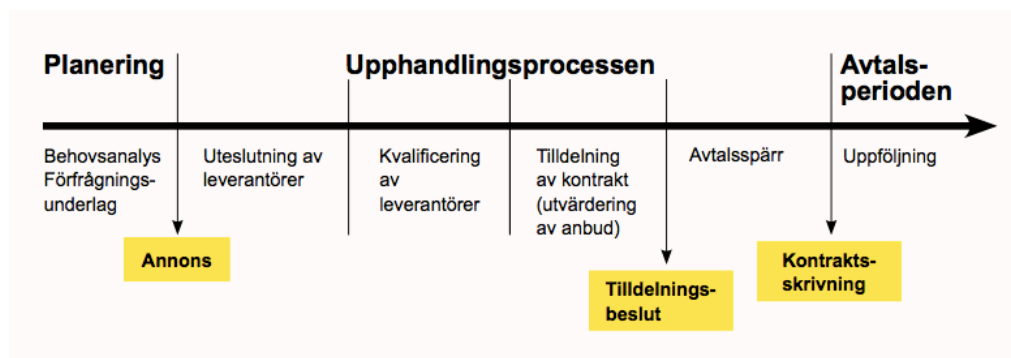
## 2 Rättslig bakgrund

### 2.1 Upphandlingslagstiftningen

Upphandlingsrätten är en del av EU-rätten och har sin grund i EUF-fördraget, den s.k. primärrätten.<sup>33</sup> Syftet med EU-samarbetet idag är att skapa en gemensam inre marknad med fri konkurrens för gränsöverskridande handel mellan medlemsstaterna. För att kunna skapa den inre marknaden innehåller EUF-fördraget bestämmelser om de fyra friheterna, närmare bestämt fri rörlighet för personer, varor, tjänster, kapital och den fria etableringsrätten.<sup>34</sup> Upphandlingsdirektiven<sup>35</sup>, som tillhör sekundärrätten, ligger till grund för den svenska upphandlingslagstiftningen<sup>36</sup> och syftar till att säkerställa att den inre marknaden upprätthålls inom EU genom att EUF-fördragets friheter tillvaratas.<sup>37</sup> EUF-fördraget får därmed stor betydelse inom upphandlingsrätten.<sup>38</sup> Alla företag i medlemsstaterna ska således kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt i medlemsstaterna.<sup>39</sup> Likt upphandlingsdirektiven innehåller den svenska upphandlingslagstiftningen procedurregler som beskriver hur en upphandling ska genomföras.<sup>40</sup>

#### 2.1.1 Kort om upphandlingsprocessen

Enligt Konkurrensverket<sup>41</sup> kan en upphandlingsprocess åskådliggöras på följande sätt:



<sup>33</sup> Sundstrand (2012), s. 33, Pedersen, s. 11. Jfr. Asplund m.fl., s. 11 och Falk, s. 28 f.

<sup>34</sup> Friheterna återfinns i artiklarna 34-36 som gäller den fria varurörelsen, artiklarna 49-50 den fria etableringsrätten och artiklarna 56-57 den fria rörligheten för tjänster i EUF-fördraget.

<sup>35</sup> Direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG.

<sup>36</sup> Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>37</sup> Beaktandesats 2 direktiv 2004/18/EG, Falk, s. 35 och Pedersen, s. 12.

<sup>38</sup> Falk, s. 35.

<sup>39</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 154.

<sup>40</sup> Falk, s. 34.

Beroende på vilket upphandlingsförfarande som den upphandlande myndigheten väljer kommer upphandlingsprocessen att se olika ut, men bilden visar en översikt av de olika delarna i en upphandlingsprocess. Vid ett öppet förfarande där värdet för upphandlingen är över tröskelvärdet och reglerna om direktupphandling<sup>42</sup> inte gäller, kan upphandlingsprocessen se ut såsom bilden visar.

Till att börja med genomförs en identifiering av behovet som den upphandlande myndigheten har och därefter görs en behovsanalys. I samband med behovsanalysen utformar den upphandlande myndigheten ett förfrågningsunderlag som ska spegla behovet och beräknar upphandlingens värde. Värdet syftar till att fastställa vilka tröskelvärden som ska gälla för upphandlingen och vilka regler som ska tillämpas i upphandlingen.<sup>43</sup> Efter planeringen och annonseringen<sup>44</sup> av förfrågningsunderlaget kommer anbudsgivarnas eller anbudssökandenas anbud in och anbudsgivaren prövas först enligt reglerna i 10 kap. LOU om uteslutning och därefter enligt 11 kap. LOU, för att se om anbudsgivaren är kvalificerad att kunna leverera det som den upphandlande myndigheten efterfrågar.<sup>45</sup> Därefter utvärderas anbudet enligt 12 kap. LOU och sedan sker tilldelningen av kontraktet. Efter tilldelningsbeslutet följer en avtalsspärr på tio dagar innan kontrakt kan skrivas mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande leverantören, och om ingen annan anbudsgivare överprövar upphandlingen, så får den upphandlande myndigheten skriva kontrakt efter tio dagar med den vinnande leverantören. Efter kontraktsskrivningen följer själva avtalsperioden och då gäller vanliga civilrättsliga regler.<sup>46</sup>

## 2.1.2 Upphandlingsrättsliga principer

Inom all upphandling måste upphandlande myndigheter iaktta och upprätthålla vissa grundläggande principer. EU-domstolen har uttalat att dessa principer är krav på icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.<sup>47</sup> Principerna är tillämpliga vid alla faser i upphandlingsförfarandet.<sup>48</sup> Principerna återfinns i 1 kap. 9 § LOU. Uppräkningen av principerna i paragraferna är dock inte en uttömmande lista på vilka principer en upphandlande myndighet måste ta hänsyn till vid en offentlig upphandling. I förarbetena framgår att det inte var nödvändigt att ange alla principer särskilt i lag.<sup>49</sup>

---

<sup>41</sup> Bilden finns i Konkurrensverkets skrift "Upphandlingsreglerna – en introduktion" från juli 2014, [http://kkv.se/t/Process\\_\\_\\_2119.aspx](http://kkv.se/t/Process___2119.aspx) (hämtad 2014-11-04).

<sup>42</sup> Se reglerna i 15 kap. LOU. Jfr. Sundstrand (2013), s. 56 f.

<sup>43</sup> Konkurrensverkets skrivelse "Upphandlingsreglerna – en introduktion", s. 10, [http://kkv.se/t/Process\\_\\_\\_2119.aspx](http://kkv.se/t/Process___2119.aspx) (hämtad 2014-11-04).

<sup>44</sup> Se mer om annonsering i Sundstrand (2013), s. 166 ff.

<sup>45</sup> Jfr. mål C-532/06 Lianakis, punkterna 30 och 31.

<sup>46</sup> Jfr. Sundstrand (2013), s. 50.

<sup>47</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 131 och s. 156. Jfr. Falk, s. 33.

<sup>48</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 77.

<sup>49</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 157 och Rosén Andersson m.fl., s. 77.

I artikel 2 direktiv 2004/18/EG återfinns likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande finns beskrivna i direktiv 2004/18/EG beaktandesats 2. Lagtexten beskriver inte vad principerna egentligen innebär, EU-domstolens rättspraxis blir därmed vägledande.<sup>50</sup> Det finns även omfattande svensk rättspraxis på hur principerna kommer till uttryck.<sup>51</sup> Principen om icke-diskriminering innebär att även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud, får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan uppfylla.<sup>52</sup> EU-domstolen har i mål 31/87 Beentjes och mål C-243/89 Stora Bält fastställt att en upphandling inte får gynna någon som kommer från en viss ort eller representerar ett visst område.<sup>53</sup>

Principen om transparens, även kallad öppenhetsprincipen, handlar om att upphandlingen ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Den upphandlande myndigheten ska lämna tydlig information om upphandlingen, hur den ska genomföras och inte hemlighålla uppgifter. I principen ingår även att upphandlingen annonseras offentligt, att de som deltagit i ett anbudsförfarande informeras om resultatet av upphandlingen och att handlingarna i upphandlingen i princip är offentliga.<sup>54</sup> Kravet på öppenhet innebär att tillbörlig offentlighet ska iaktas också i samband med upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektiven för att upphandlingen av tjänster ska kunna bli öppen för konkurrens och förfarandet för tilldelning av kontrakt ska kunna övervakas.<sup>55</sup>

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att medlemsstaterna och deras organ ska behandla andra länders varor och tjänster som deras egna. Medlemsstaterna ska också verka för att deras nationella lagstiftning inte de facto utför hinder för den fria rörligheten inom EU, om det inte finns sakliga skäl för ett undantag i den nationella lagstiftningen.<sup>56</sup> Principen innebär således att medlemsstaterna och deras organ är skyldiga att acceptera varandras utbildnings-, examens- och andra behörighetsbevis när det krävs bevis på särskilda kvalifikationer för att kunna delta i ett upphandlingsförfarande.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Se t.ex. mål C-87/94 Wallonska bussarna, mål C-17/98 Emesa Sugar, mål C-225/98 Région Nord-Pas-de-Calais, mål C-275/98 Unitron, mål C-324/98 Telaustria, mål C-19/00 SIAC Construction, mål C-231/03 Coname, mål C-458/03 Parking Brixen, mål C-532/06 Lianakis och mål C-213/07 Michaniki.

<sup>51</sup> Jfr. Rosén Andersson m.fl., s. 79.

<sup>52</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 132 och s. 155. Se även Rosén Andersson m.fl., s. 79. Jfr. även artikel 18, 34, 49 och 56 i EUF-fördraget.

<sup>53</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 79, mål C-243/89 Stora Bält punkt 45 och prop. 2006/07:128, del 1, s. 155.

<sup>54</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 155. Se även Arrowsmith (2014), s. 622 ff.

<sup>55</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 155 och mål C-324/98 Telaustria. Se även mål C-87/94 Wallonska bussarna.

<sup>56</sup> Sundstrand (2012), s. 48, mål 120/78 Cassis de Dijon, punkt 14, mål 45/87 Dundalk och prop. 2006/07:128, del 1, s. 132.

<sup>57</sup> Beaktandesats 42 direktiv 2004/18/EG och beaktandesats 52 direktiv 2004/17/EG.

### 2.1.2.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär att lika fall ska behandlas lika och att olika fall ska behandlas olika om det inte finns objektiva skäl för särbehandling.<sup>58</sup> Principen handlar om att anbudsgivarna ska ges så lika förutsättningar som möjligt i en upphandling.<sup>59</sup> Av likabehandlingsprincipen följer också att alla anbudsgivare ska ges lika möjligheter att lämna anbud och att de ska bli likabehandlade vid utvärderingen av anbudet.<sup>60</sup> Exempelvis ska alla leverantörer samtidigt få information som är av relevans i upphandlingen.<sup>61</sup> I mål C-16/98 Kommissionen mot Frankrike klargjorde EU-domstolen att likabehandling måste beaktas i hela upphandlingsförfarandet.<sup>62</sup> Av mål C-243/89 Stora Bält framgick principen för första gången i offentlig upphandling.<sup>63</sup> EU-domstolen uttalade att principen handlar om att säkerställa utvecklingen av en effektiv konkurrens inom offentlig upphandling.<sup>64</sup> I domen framgår att principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av anbudsgivarna.<sup>65</sup>

I mål C-448/01 Wienstrom kunde den upphandlande myndigheten inte kontrollera huruvida elen som upphandlades var producerad av förnybara energikällor, vilket var ett krav som hade ställts i upphandlingen. Eftersom den upphandlande myndigheten inte begärt av anbudsgivarna att lämna in handlingar som kunde verifiera att det obligatoriska kravet var uppfyllt.<sup>66</sup> EU-domstolen började med att hänvisa till likabehandlingsprincipen och anförde att alla anbudsgivare ska behandlas lika både när anbudet utarbetas och när de prövas, i enlighet med mål C-19/00 SIAC Construction. Detta innebär att anbudet ska prövas objektivt och enhetligt för samtliga anbudsgivare.<sup>67</sup> Principen om likabehandling innebär också en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna insyn, så att det går att kontrollera att principen iakttas och att upphandlingsförfarandena är opartiska.<sup>68</sup> Vidare anförde EU-domstolen:

”En objektiv och öppen bedömning av de olika anbudet förutsätter emellertid att den upphandlande myndigheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna kontrollera om anbudet från de sistnämnda uppfyller upphandlingskriterierna.

<sup>58</sup> Mål C-304/01 Kommissionen mot Spanien, punkt 31, mål C-434/02 Arnold André, punkt 68, de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, punkt 27, mål C-210/03 Swedish Match, punkt 70 och Arrowsmith (2014), s. 615.

<sup>59</sup> Likabehandlingsprincipen regleras i artikel 18 EUF-fördraget. Se även Arrowsmith (2014), s. 615.

<sup>60</sup> Mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 34 och Asplund m.fl., s. 192.

<sup>61</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 132, Arrowsmith (2014), s. 615 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2458-11.

<sup>62</sup> Mål C-16/98 Kommissionen mot Frankrike.

<sup>63</sup> Arrowsmith (2014), s. 614.

<sup>64</sup> Mål C-243/89 Stora Bält, punkt 33.

<sup>65</sup> Mål C-243/89 Stora Bält, punkt 37 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1547-14, s. 3.

<sup>66</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, punkterna 44 och 45.

<sup>67</sup> Jfr. mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 44.

<sup>68</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, punkt 49.

Det framgår således att en upphandlande myndighet som föreskriver ett upphandlingskriterium, och anger att den varken ämnar eller har möjlighet att verkligen kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt, åsidosätter principen om likabehandling, eftersom ett sådant kriterium inte är förenligt med ett öppet och objektivet upphandlingsförfarande.

Det kan följaktligen konstateras att ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling.<sup>69</sup>

Därmed bryter den upphandlande myndighet mot likabehandlingsprincipen om den ställer ett krav i förfrågningsunderlaget som inte går att kontrollera, eftersom ett sådant krav inte skulle vara förenligt med ett transparent och objektivet upphandlingsförfarande.<sup>70</sup> Se mer om det i punkt 4.2 nedan.

Vidare kan den upphandlande myndigheten bryta mot likabehandlingsprincipen om myndigheten utvärderar ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. I ett mål från Kammarrätten i Jönköping<sup>71</sup> hade den upphandlande myndigheten ställt obligatoriska krav på att anbudsgivarna skulle lämna in uppgifter som kunde styrka den efterfrågade arbetsledningens erfarenhet och anställdas certifiering genom CV eller intyg. En anbudsgivare hade inte lämnat in dessa uppgifter förrän efter anbudstidens utgång och den upphandlande myndigheten hade då brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ändå utvärdera anbudet.<sup>72</sup> I ett mål från Kammarrätten i Göteborg<sup>73</sup> hade fyra kommuner i sydvästra Skåne genomfört en upphandling av ramavtal för livsmedel. En anbudsgivare överprövade upphandlingen och ansåg att den leverantör som vunnit upphandlingen inte uppfyllde ett djurskyddskrav för köttprodukter i upphandlingen.<sup>74</sup> Av mejlkorrespondens mellan anbudsgivarnas producenter framgick att flertalet av den vinnande leverantörens offererade produkter inte uppfyllde de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Enligt förfrågningsunderlaget skulle de anbud som inte uppfyllde de obligatoriska kraven förkastas.<sup>75</sup> Kammarrätten ansåg i likhet med förvaltningsrätten, att de upphandlande myndigheterna hade brutit mot likabehandlingsprincipen vid tilldelningsbeslutet genom att den vinnande leverantörens anbud hade kvalificerat sig till utvärdering, trots att anbudet inte hade uppfyllt de obligatoriska produktkraven i förfrågningsunderlaget. Vidare anförde kammarrätten att detta gällde trots att dessa fel upptäckts efter det att tilldelningsbeslutet hade meddelats, eftersom de upphandlingsrättsliga principerna ska tillämpas under hela upphandlingsförfarandet.<sup>76</sup>

---

<sup>69</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, punkterna 50-52.

<sup>70</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, punkt 51.

<sup>71</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2755-13.

<sup>72</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2755-13, s. 7.

<sup>73</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14.

<sup>74</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14, s. 4.

<sup>75</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 12255-13, 12257-13, 12258-13, 12260-13, s. 7.

<sup>76</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14, s. 6.

### 2.1.2.2 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen<sup>77</sup> innebär att kraven på upphandlingsförfarandet ska stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas med upphandlingen. Krav som ställs får inte gå utöver vad som är nödvändigt för upphandlingen.<sup>78</sup> Upphandlingens art och värde ska därför beaktas, t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Även kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkor i anbudsförfarandet ska stå i proportion till upphandlingens art.<sup>79</sup> Principen har i direktiv 2014/24/EU uttryckligen blivit en av de generella principerna i offentlig upphandling.<sup>80</sup> I förarbetena framgår att kraven som ställs i upphandlingen ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.<sup>81</sup> Principen förutsätter att kraven i upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska också beaktas, exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Kraven i upphandlingen får inte heller vara onödiga.<sup>82</sup>

Hur en proportionalitetsbedömning ska göras råder det dock osäkerhet kring och tillämpningen av principen inom upphandlingsrätten får också anses vara något oklar.<sup>83</sup> I Sverige finns det emellertid en omfattande rättspraxis avseende proportionalitetsprincipen. Särskilt två rättsfall från Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3969-02 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6065-04, brukar nämnas i sammanhanget.<sup>84</sup> I målet från Kammarrätten i Göteborg hade den upphandlande myndigheten i en upphandling av avfallshantering ställt ett krav på att sopbilarna skulle ha en viss färg. Kammarrätten ansåg att kravet var oproportionerligt. Det andra målet handlade om en upphandling av städtjänster för ett museum. Den upphandlande myndigheten hade ställt krav på att leverantörerna skulle ha tidigare erfarenhet av att städa museum för att kunna bli tilldelade kontraktet. Även det kravet stred mot proportionalitetsprincipen.<sup>85</sup>

I en annan upphandling om ett behandlingshem för vuxna ställde den upphandlande myndigheten ett obligatoriskt krav på att anläggningen skulle ligga max 20 mil fågelvägen från ett par angivna städer. Kammarrätten<sup>86</sup> ansåg att kravet inte framstod som lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträfvade syftet. Kravet stred därmed mot proportionalitetsprincipen. Kammarrätten tillade också att om kravet skulle anses lämpligt och effektivt

---

<sup>77</sup> Principen är från början ett lån från tysk rätt och utgör en viktig del av unionsrätten, se Falk, s. 66.

<sup>78</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 91, prop. 2006/07:128, del 1, s. 155 och RÅ 2010 ref. 78

<sup>79</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 155.

<sup>80</sup> Artikel 18 direktiv 2014/24/EU och Arrowsmith (2014), s. 628 och s. 631.

<sup>81</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 132.

<sup>82</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 91, mål C-234/03 Contse, punkterna 45 och 55 och Arrowsmith (2014), s. 628.

<sup>83</sup> Asplund m.fl., s. 42 och Hettne och Otken Eriksson, s. 260 f.

<sup>84</sup> Sundstrand (2012), s. 155.

<sup>85</sup> Sundstrand (2012), s. 155.

<sup>86</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3274-10.

för att uppnå det eftersträvade syftet, skulle kravet kunna uppnås med mindre ingripande alternativ i ett senare led i upphandlingen.<sup>87</sup> I ett annat mål vid Kammarrätten i Göteborg<sup>88</sup> ansåg kammarrätten emellertid att ett närhetskrav var proportionerligt. Kravet var att lokaler för en företagshälsovårdsmottagning skulle finnas tillgängliga under hela avtalsperioden och att lokalerna skulle vara belägna i den centrala delen av staden, maximalt 15 minuters gångväg från centralstationen. Bolaget som ansökte om överprövning hävdade att det hade blivit uteslutna från upphandlingen p.g.a. att de inte uppfyllde kravet på närhet till lokalerna. Den upphandlande myndigheten anförde att närhetskravet fanns med hänsyn till kommunens behov av att anställda skulle ha tillgång till företagshälsovård på ett enkelt och effektivt sätt. Kammarrätten ansåg sig inte ha rätt att ifrågasätta det syftet. Kammarrätten delade också den upphandlande myndighetens uppfattning om att tillgängligheten blev sämre om det krävdes transport med allmänna kommunikationer till mottagningen. Att utgå från den tid som behövdes för att ta sig till lokalen till fots var därför befogat. Med hänsyn till det och till att kravet utformats på ett sådant sätt att stadens centrala delar täckts in, bedömde kammarrätten att syftet inte kunde uppnås med mindre ingripande åtgärder och att de negativa effekterna som kravet fick för anbudsgivares möjligheter att lämna anbud inte var oproportionerliga. Närhetskravet stred därför inte mot proportionalitetsprincipen.<sup>89</sup>

I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13, den s.k. ”sfi-upphandlingen”, gjorde kammarrätten också en proportionalitetsbedömning av ett krav på lärarkompetens för sfi-undervisning. Att ställa höga krav på lärare för sfi-undervisning ansåg kammarrätten var nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen.<sup>90</sup> Kammarrätten anförde också att den upphandlande myndigheten varken kunde ta hänsyn till hur ett enskilt företags verksamhet påverkas eller huruvida vissa lärare som tidigare var verksamma i utbildningen sfi inte längre skulle uppfylla de nya kraven på lärarkompetens. Omständigheten att många befintliga lärare inte uppfyller kravet på lärarkompetens innebar enligt kammarrätten inte att kravet var oförenligt med LOU.<sup>91</sup>

RÅ 2010 ref. 78 handlade om en upphandling av suturer<sup>92</sup> och frågan var om den upphandlande myndigheten kunde ställa krav på att suturerna inte skulle innehålla tricoplan<sup>93</sup>. Högsta förvaltningsdomstolen anförde att en upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen. Kraven som ställs måste dock vara kopplade till föremålet

---

<sup>87</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3274-10, s. 6.

<sup>88</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3952-14.

<sup>89</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3952-14, s. 4 f.

<sup>90</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13 instämde i förvaltningsrättens dom, Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 9827-13, s. 13.

<sup>91</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 9827-13, s. 13.

<sup>92</sup> En sutur är en kirurgisk söm som används vid operation eller olycksskador, och som för samman sårkanter eller vävnader med varandra.

<sup>93</sup> Tricoplan är ett organiskt antibakteriellt ämne som har använts i ett flertal hygienprodukter såsom tandkräm, deodoranter och tvål.

för upphandlingen och det betyder att kraven ska avse och påverka densamma. Ett krav om att en produkt av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en sådan koppling. Kravet får dock inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten.<sup>94</sup> Kravet var enligt Högsta förvaltningsdomstolen objektivt utformat och diskriminerade inte någon leverantör. Kravet ansågs inte heller godtyckligt eller uppenbart oskäligt. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att de under sådana förhållanden inte behövde pröva om kravet medförde någon egentlig vinst för miljön att undvika suturer med tricoplan.<sup>95</sup>

Högsta förvaltningsdomstolen gjorde inte någon proportionalitetsbedömning, vilket har kritiserats av Sundstrand. Hon menar att en proportionalitetsbedömning är nödvändig för att avgöra om kravet på föremålet för en offentlig upphandling är förenliga med möjligheterna till undantag från de grundläggande friheterna.<sup>96</sup> Högsta förvaltningsdomstolen borde ha gjort en prövning av huruvida kravet på tricoplanfria suturer var ägnat att säkerställa att målet med upphandlingen uppnåddes eller ens om kravet gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet med upphandlingen.<sup>97</sup>

En proportionalitetsbedömning kan ske i tre steg om man ska tolka EU-domstolens praxis.<sup>98</sup> För det första ska det avgöras om åtgärden är en *lämplig* och *effektiv* åtgärd för att uppnå det efterstävade syftet med upphandlingen. För det andra ska det bedömas om åtgärden är *nödvändig* för att uppnå det eftersträvande syftet och slutligen ska det bedömas om den *negativa effekten* som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvande syftet, dvs. om det finns ett mindre inskränkande alternativ.<sup>99</sup>

Om en trestegsbedömning eller en mer samlad bedömning ska göras är emellertid en smaksak och får avgöras från fall till fall.<sup>100</sup> En upphandlande myndighet har emellertid ett utrymme inom vilken den kan agera i förhållande till proportionalitetsprincipen.<sup>101</sup> Det kan alltså konstateras att det saknas en helt entydig praxis kring hur en proportionalitetsbedömning

---

<sup>94</sup> RÅ 2010 ref. 78.

<sup>95</sup> Sundstrand (2012), s. 156.

<sup>96</sup> Sundstrand (2012), s. 156.

<sup>97</sup> Sundstrand (2012), s. 156.

<sup>98</sup> Craig och De Búrca, s. 526.

<sup>99</sup> Asplund m.fl., s. 43. Jfr. även Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4283-08, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3274-10, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2370-13 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7603-7604-13. Mål nr 7604-13 överklagades den 2014-11-17 till Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6124-14, målet pågår i Högsta förvaltningsdomstolen om prövningstillståndsfrågan. Författarens kursivering.

<sup>100</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4283-08. Se även Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2437-09 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3274-10.

<sup>101</sup> Mål T-139/99 *Alsace International Car Service*, punkt 39, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5795-10 och Falk, s. 67.



ska göras och vilka olika moment som ska ingå.<sup>102</sup> Enligt doktrinen spelar det emellertid mindre roll i praktiken hur bedömningen görs eftersom EU-domstolen i sina mål oftast gör en samlad bedömning och sällan prövar varje enskilt moment i proportionalitetsbedömningen. Det som dock är avgörande är om den nationella åtgärden i fråga går längre än vad som anses *nödvändigt* för att uppnå syftet.<sup>103</sup>

## 2.2 Förfrågningsunderlaget

### 2.2.1 Begrepp, funktion och innehåll

Begreppet förfrågningsunderlag definieras i 2 kap. 8 § LOU. Ett förfrågningsunderlag är ett underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör.<sup>104</sup> I förarbetena framgår att upphandlingsdirektivet inte har någon definition av förfrågningsunderlag, men att svensk lag ska definiera ordet. Begreppet omfattar även bilagor till såväl det ursprungliga förfrågningsunderlaget som de kompletterande handlingarna som tillhör det.<sup>105</sup>

Förfrågningsunderlaget fastställer ramen för upphandlingen, dvs. anger bland annat hur upphandlingen ska gå till, vilka krav som ställs på leverantören och tjänsten, och vilka de kommersiella villkoren är.<sup>106</sup> Förfrågningsunderlaget innehåller normalt sätt oftast tre delar: kravspecifikation, kommersiella villkor och administrativa föreskrifter.<sup>107</sup> För att ett förfrågningsunderlag ska vara mer lättöverskådligt kan det delas upp i följande delar:

- Allmän orientering om upphandlingen
- Administrativa föreskrifter för upphandlingens genomförande
- Krav på leverantören
- Krav på varan eller tjänsten (även kallad kravspecifikation eller teknisk specifikation)
- Anbudsutvärdering (lägst pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud) och tilldelningskriterier
- Särskilda kontraktsvillkor
- Kommersiella villkor som ska gälla under avtalstiden<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> Asplund m.fl., s. 44 och Hettne och Otken Eriksson, s. 260 f. och s. 266.

<sup>103</sup> Asplund m.fl., s. 44 och Hettne och Otken Eriksson, s. 267.

<sup>104</sup> 2 kap. 8 § LOU, SFS 2007:1091.

<sup>105</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 189 och s. 300.

<sup>106</sup> Pedersen, s. 79 ff.

<sup>107</sup> Sundstrand (2013), s. 143 och Bergman m.fl., s. 75. Jfr. även Asplund m.fl., s. 191 f. och Konkurrensverkets skrift *”Upphandlingsreglerna – en introduktion”*, s. 14.

<sup>108</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:9 *”Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter”*, s. 22. Se även Kammarkollegiets vägledning 2011:4 *”Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU”*.

Det är viktigt att förfrågningsunderlaget är tydligt och klart formulerat så att anbudsgivarna vet under vilka förutsättningar de kan lämna anbud och att de vet vad den upphandlande myndigheten efterfrågar i upphandlingen.<sup>109</sup> Föremålet för upphandlingen ska anges preciserat och begripligt, och det behövs ofta detaljerade tekniska specifikationer för att underlaget ska bli fullständigt.<sup>110</sup> Skulle förfrågningsunderlaget vara otydligt eller oklart formulerat kan det utgöra en överträdelse av principerna i 1 kap. 9 § LOU.<sup>111</sup> Alla anbudsgivare ska därmed ges samma möjligheter att utarbeta sina anbud och de ska också behandlas lika av den upphandlande myndigheten när anbuderna prövas i enlighet med likabehandlingsprincipen.<sup>112</sup>

Avtalsförslag och referens till standardavtal kan också ingå i ett förfrågningsunderlag. Om förfrågningsunderlaget innehåller detta kan förfrågningsunderlaget inte ändras hur som helst under upphandlingsförfarandet. Anbudsgivare kan inte heller på eget initiativ lämna förslag på kontraktsvillkor, det skulle kunna utgöra en risk för att principen om likabehandling inte upprätthålls i upphandlingen, eftersom den upphandlande myndigheten i så fall inte själv utformar förfrågningsunderlaget.<sup>113</sup> Förfrågningsunderlaget får alltså inte ändras, utan den upphandlande myndigheten måste hålla sig till de villkor och förutsättningar den själv angett i förfrågningsunderlaget.<sup>114</sup> Kvaliteten på förfrågningsunderlaget är oftast avgörande för resultatet av upphandlingen och mestadels härstammar fel i upphandlingar från förfrågningsunderlaget.<sup>115</sup> EU-domstolen har uttalat att det är av största vikt att förfrågningsunderlaget är utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen i förfrågningsunderlaget på samma sätt, det följer av transparensprincipen.<sup>116</sup>

En upphandlande myndighet har emellertid stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU, det har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat i RÅ 2002 ref. 50, RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48 I-II. I RÅ 2002 ref. 50 anförde Högsta förvaltningsdomstolen också följande:

---

<sup>109</sup> Jfr. mål C-448/01 Wienstrom, punkt 57, RÅ 1996 ref. 100, RÅ 2002 ref. 50 och prop. 2006/07:128, del 1, s. 189.

<sup>110</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 189.

<sup>111</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 119.

<sup>112</sup> Mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 34.

<sup>113</sup> Falk, s. 83.

<sup>114</sup> Pedersen, s. 79. Jfr. Konkurrensverkets rapport 2007:2 "*Länsrätternas domar om offentlig upphandling*", s. 58, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1132-10 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1829-10.

<sup>115</sup> Falk, s. 83.

<sup>116</sup> Mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 32. Se även Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1805-10, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2235-10, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3159-10 och mål nr 7510-13.

”De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.”

Det betyder att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade ändå kan accepteras så länge de upphandlingsrättsliga principerna inte överträds. Se även Högsta förvaltningsdomstolens resonemang i RÅ 2010 ref. 78 i punkt 2.1.2.2 ovan.

Det är viktigt att poängtera att utformningen av ett förfrågningsunderlag ser olika ut beroende på vilket upphandlingsförfarande den upphandlande myndigheten väljer att använda sig av. Vid öppet och förenklat förfarande anges både urvals- och tilldelningskriterierna i förfrågningsunderlaget. Ibland behöver viss information endast lämnas i annonsen, exempelvis tekniska specifikationer, de kan ingå i annonsen eller förfrågningsunderlaget.<sup>117</sup> Vid selektivt, förhandlat och urvalsförfarande, som är tvåstegsförfaranden, ska urvalskriterierna anges i annonsen. Urvalskriterierna gör att den upphandlande myndigheten kan välja ut de leverantörer som sedan ska få lämna anbud. Tilldelningskriterierna anges i förfrågningsunderlaget.<sup>118</sup>

## 2.2.2 Administrativa föreskrifter

I de administrativa föreskrifterna finns bestämmelser om anbudsgivning och antagande av anbud.<sup>119</sup> Utöver föreskrifter för upphandlingens genomförande finns också ett antal obligatoriska formkrav som anbudsansökningar respektive anbud ska uppfylla. Det kan t.ex. vara instruktioner för hur anbudet ska lämnas in, vad anbudet ska innehålla, vilket språk anbudet ska lämnas på, anbudens giltighetstid, information om tilldelningsbeslut och upphandlingssekretess m.m.<sup>120</sup> De administrativa bestämmelserna som ska anges återfinns i 9 kap. LOU. Kraven syftar till att anbuderna ska kunna jämföras och ligga till grund för ett slutgiltigt beslut i upphandlingen.<sup>121</sup> Om anbudet inte uppfyller formkraven kan anbudet komma att förkastas.<sup>122</sup> Den upphandlande myndigheten ska därför noga överväga vilka krav den väljer att ställa i förfrågningsunderlaget, eftersom samtliga ställda krav måste uppfyllas för att anbudsgivarens anbud ska

---

<sup>117</sup> Sundstrand (2013), s. 145.

<sup>118</sup> Sundstrand (2013), s. 146.

<sup>119</sup> Sundstrand (2013), s. 143. Jfr. även Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”*Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU*”, s. 18.

<sup>120</sup> Jfr. Kammarkollegiets vägledning 2011:9 ”*Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter*”, s. 23 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”*Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU*”, s. 18 ff. Jfr. Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2842-14.

<sup>121</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 120.

<sup>122</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 120.

antas.<sup>123</sup> Domstolarna har dock på senare tid accepterat att vissa formkrav inte behöver vara uppfyllda eftersom konsekvensen av att förkasta ett anbud på grund av att ett formkrav inte är uppfyllt skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Sådana formkrav har kammarrätterna i vissa fall ansett vara irrelevanta och oväsentliga, se mer nedan.<sup>124</sup>

Rosén Andersson m.fl., anser att upphandlande myndigheter bör se över formkraven i sina förfrågningsunderlag så att endast nödvändiga formkrav ställs. En anbudsgivares anbud ska inte behöva bli förkastat på den grunden att det inte uppfyller ett formkrav som inte i sig fyller någon viktig funktion i upphandlingen. Formkrav som anbudsgivarna inte klart uppfattar eller som inte är nödvändiga att ställa, riskerar då endast att bli kostnadsdrivande och försena genomförandet av upphandlingen. Det gäller såväl formkrav som andra krav i förfrågningsunderlaget anser Rosén Andersson m.fl.<sup>125</sup>

### 2.2.3 Krav på leverantören

Den upphandlande myndigheten ska också ställa krav på själva leverantören. Den upphandlande myndighetens prövning går ut på att se om leverantörerna kan uppfylla myndighetens behov och utesluta de leverantörer som är oseriösa eller på andra sätt olämpliga att ingå avtal med.<sup>126</sup> Prövningen av leverantörernas förmåga görs i två led, först prövas leverantörernas lämplighet enligt 10 kap. LOU<sup>127</sup> och därefter prövas deras tekniska och ekonomiska kapacitet enligt 11 kap. LOU.<sup>128</sup> Den upphandlande myndigheten är skyldig att kontrollera lämpligheten hos leverantörerna som inte blivit uteslutna enligt 10 kap. 1-2 §§ LOU innan kontrakt tilldelas.<sup>129</sup> Att kontrollera lämpligheten innebär alltså att den upphandlande myndigheten kvalificerar leverantörerna. Det betyder emellertid inte att leverantörsbedömningen måste ske innan anbuden utvärderas, utan endast att leverantörsbedömningen måste göras före kontraktstilldelningen eftersom den upphandlande myndigheten måste ha en leverantör som är lämplig och kan leverera det den efterfrågar i upphandlingen.<sup>130</sup>

Krav och kriterier som används för att kvalificera en leverantör enligt 11 kap. kallas kvalificeringskriterier, urvalskriterier<sup>131</sup> eller

---

<sup>123</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:9 "Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter", s. 26.

<sup>124</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 897-14, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2391-12, mål nr 1195-13 och mål nr 1547-14.

<sup>125</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 120.

<sup>126</sup> Sundstrand (2012), s. 227 f. Se även Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 31.

<sup>127</sup> Som det angavs i punkt 1.3 så kommer uppsatsen inte att behandla uteslutningsdelen i upphandlingsprocessen enligt 10 kap. LOU.

<sup>128</sup> Jfr. prop. 2006/07:128, del 1, s. 224 och s. 244.

<sup>129</sup> 11 kap. 1 § LOU.

<sup>130</sup> Falk, s. 340 och mål 31/87 Beentjes, punkt 16.

<sup>131</sup> Asplund m.fl., s. 194.

kvalificeringskrav.<sup>132</sup> Dessa kan exempelvis vara leverantörernas erfarenhet, personalstyrka, utrustning och förmåga att hålla tidsfrister.<sup>133</sup> Kraven är alltså till för att fastställa leverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet, dvs. de avser bedömningen av anbudsgivarnas *förmåga* att utföra det som den upphandlande myndigheten upphandlar.<sup>134</sup> I förarbetena klassificeras dessa krav som en miniminivå, dvs. en lägsta tänkbara nivå.<sup>135</sup> Av 11 kap. 2 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, och att dessa ska överensstämja med bestämmelserna i 7-13 §§ i samma kapitel. Det framgår också att de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.<sup>136</sup>

Syftet med bestämmelserna om kvalificering i upphandlingsdirektivet (som ligger till grund för 11 kap. LOU) är alltså att möjliggöra kontroll av anbudsgivarnas lämplighet genom att bestämma vilka referenser och bevis som kan tillhandahållas för att styrka leverantörens finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet. Syftet är alltså inte att begränsa medlemsstaternas behörighet att fastställa nivån på den ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet som krävs för deltagande i olika typer av offentliga upphandlingar för leverantörer.<sup>137</sup>

### 2.2.3.1 Bevis enligt 11 kap. LOU

För att kunna verifiera att kraven som ställs på leverantören faktiskt uppfylls, så kan den upphandlande myndigheten begära att leverantören bifogar bevis till sitt anbud. Bevisen som kan lämnas in till den upphandlande myndigheten på en leverantörs ekonomiska ställning framgår av 11 kap. 7 § LOU. Listan över de olika dokumenten i paragrafen är inte uttömmande, endast exemplifierande, eftersom lagstiftaren har valt att skriva ordet *kan*. Den upphandlande myndigheten kan därför begära andra dokument än de som räknas upp i paragrafen.<sup>138</sup> Krav på bevis om registrering följer av 11 kap. 6 § LOU.<sup>139</sup> I 11 kap. 8 § LOU anges var och när bevisen ska anges och i 11 kap. 9 § LOU regleras andra sätt som anbudsgivaren kan visa sin ekonomiska och finansiella ställning.

Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet enligt 11 kap. 10 § LOU, ska denna kontrolleras och bedömas av den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. 11-12 §§

---

<sup>132</sup> Jfr. Falk, s. 259 och Rosén Andersson m.fl., s. 316.

<sup>133</sup> Mål C-532/06 Lianakis och Sundstrand (2013), s. 153.

<sup>134</sup> Mål C-532/06 Lianakis, punkterna 30 och 31. Författarens kursivering.

<sup>135</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 244.

<sup>136</sup> SFS 2011:1030.

<sup>137</sup> Mål C-315/01 GAT, punkt 61, mål 31/87 Beentjes, punkt 17 och Sundstrand (2012), s. 228.

<sup>138</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 433 och Falk, s. 351. Jfr. även de förenade målen 27/86, 28/86 och 29/86 CEJ.

<sup>139</sup> Se särskilt Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 35.

LOU.<sup>140</sup> Av 11 kap. 11 § LOU framgår vilka bevis som *får* krävas för att den upphandlande myndigheten ska kunna se om leverantören kan visa sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Listan i paragrafen är uttömmande.<sup>141</sup> Till varje bevis som den upphandlande myndigheten kräver måste det finnas ett tillhörande krav.<sup>142</sup> Det måste också vara tydligt vad kravet avser, vilken dokumentation som krävs för att uppfylla kravet och kravet måste givetvis vara förenligt med principerna i 1 kap. 9 § LOU.<sup>143</sup>

Den upphandlande myndigheten kan exempelvis ställa krav på att en projektledare ska ha en viss utbildning och som bevis för det kan den upphandlande myndigheten kräva att leverantören bifogar ett examensbevis eller kursintyg som styrker detta. Alla krav kan emellertid inte verifieras genom dokumentation, så ibland räcker det att leverantören endast intygar att kravet är uppfyllt eller beskriver hur kravet uppfylls eller kommer att uppfyllas vid avtalsstart.<sup>144</sup> Det är därför viktigt att den upphandlande myndigheten anger vilka handlingar som behövs för att verifiera att kravet som ställts i förfrågningsunderlaget är uppfyllt.<sup>145</sup>

Det är således skillnad på krav och bevis som ska styrka kravet. Falk har också påtalat det, han anför att det är skillnad mellan kraven och bevismedlen för kraven. Det är emellertid så att varken upphandlingsdirektiven eller LOU anger vilka krav som den upphandlande myndigheten får ställa på anbudsgivarna, men utifrån 11 kap. LOU och bevisen som kan krävas enligt det kapitlet, så kan det gå att utläsa ungefär vilka krav som den upphandlande myndigheten kan ställa.<sup>146</sup>

### 2.2.3.2 Begränsad kontroll enligt 11 kap. 17 § LOU

I bestämmelsen 11 kap. 17 § LOU regleras den begränsade kontrollen av bevis, intyg och liknande handlingar. Regeln föreskriver att den upphandlande myndigheten får begränsa sin kontroll av handlingar som rör leverantörers lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i paragrafens andra och tredje stycke och att leverantörerna ska ges skäligen tid att inkomma med de begärda handlingarna.<sup>147</sup> Bestämmelsen infördes i

---

<sup>140</sup> 11 kap. 10 § LOU.

<sup>141</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 95, Sundstrand (2013), s. 150, Rosén Andersson m.fl., s. 440 och Falk, s. 357. Författarens kursivering.

<sup>142</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 440 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 11.

<sup>143</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 67-14.

<sup>144</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:9 "Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter", s. 24 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 11.

<sup>145</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:9 "Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter", s. 24 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 11.

<sup>146</sup> Falk, s. 351 och s. 358.

<sup>147</sup> SFS 2010:571.

syfte att minska det administrativa arbetet eftersom många upphandlingar omfattades av mycket pappershantering för alla inblandade parter.<sup>148</sup>

Av 11 kap. 17 § andra stycket LOU framgår att den upphandlande myndigheten vid ett öppet förfarande ska begära in handlingar<sup>149</sup> och kontrollera dessa av den eller de anbudsgivare som den upphandlande myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet till. 11 kap. 17 § tredje stycket LOU reglerar vad som gäller vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog. Då ska den upphandlande myndigheten begära in handlingar och kontrollera dem när det gäller de anbudssökande som den upphandlande myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud, respektive att förhandla med.<sup>150</sup>

Kammarkollegiet anser att den upphandlande myndigheten själv kan underlätta för anbudsgivarna att lämna anbud genom att inhämta uppgifter på egen hand, särskilt från andra myndigheter. De anför också, i enlighet med 11 kap. 17 § LOU, att den upphandlande myndigheten kan underlätta den administrativa bördan för anbudsgivarna genom att endast de anbudsgivare som är aktuella för tilldelning av kontrakt lämnar in handlingar och intyg om deras kapacitet och förmåga vid anbudslämnandet. Handlingarna ska lämnas in innan underrättelse av tilldelningsbeslut skickas, eller innan inbjudan till anbudsgivning eller förhandling skickas. Innan dess kan den upphandlande myndigheten begära att anbudsgivarna genom en sanningsförsäkran bekräftar att de uppgifter de lämnat är korrekta.<sup>151</sup>

## 2.2.4 Krav på varan eller tjänsten

Kraven på varan eller tjänsten, dvs. kravspecifikationen, beskriver kontraktsföremålet. När den upphandlande myndigheten utformar sin kravspecifikation och den ska innehålla en teknisk beskrivning av föremålet så kan den upphandlande myndigheten också ange de tekniska specifikationerna i kravspecifikationen.<sup>152</sup> Den upphandlande myndigheten kan alltså ställa minimikrav<sup>153</sup>, på varan eller tjänsten, dvs. kontraktsföremålet i kravspecifikationen. Dessa krav måste vara förenliga med de grundläggande principerna och vara uppfyllda för att anbudsgivaren ska gå vidare till utvärderingen.<sup>154</sup>

---

<sup>148</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 279 och s. 341. Jfr. även Rosén Andersson m.fl., s. 453 ff. och Falk, s. 374 f.

<sup>149</sup> Dvs. handlingar som rör leverantörens lämplighet.

<sup>150</sup> SFS 2010:571.

<sup>151</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 10.

<sup>152</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 293.

<sup>153</sup> Jfr. Asplund m.fl., s. 197.

<sup>154</sup> Asplund m.fl., s. 198, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 48 ff.

Kammarkollegiet anser att det finns två sätt för den upphandlande myndigheten att utforma kraven på varan eller tjänsten:

- Ange detaljerade specifikationer för varans egenskaper eller hur tjänsten ska utföras, eller
- Beskriv den funktion och de mål som ska uppnås<sup>155</sup>

Det är också viktigt att inte ställa krav som kan kopplas till ursprung, tillverkning eller varumärke eftersom det då finns stor risk för att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas.<sup>156</sup> Vilka krav som ställs på varan eller tjänster beror givetvis på vad som ska upphandlas och är därför svåra att uppge exakt vilka krav som kan ställas, istället beskrivs de tekniska specifikationerna som kan ställas i punkt 2.2.4.1 nedan.

#### 2.2.4.1 Tekniska specifikationer

Tekniska specifikationer och standarder kan finnas med i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget när det behövs för varan eller tjänsten som ska upphandlas. Bestämmelser om de tekniska specifikationerna återfinns i 6 kap. LOU och i artikel 23 i direktiv 2004/18/EG.<sup>157</sup> I bilaga 4 till LOU finns en definition av teknisk specifikation för tjänster och varor, den lyder enligt följande:

”Teknisk specifikation: fråga om offentliga tjänste- och varukontrakt, en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller tjänsts egenskaper, som kvalitetsnivåer, nivå på miljöprestanda, projektering för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för funktionshindrade) och bedömning av överensstämmelse, prestanda, produktens användningsområde, säkerhet eller mått, samt krav på produkten angående den beteckning under vilken den saluförs, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning, bruksanvisningar, produktionsprocesser och metoder samt förfaranden vid bedömning av överensstämmelse.”<sup>158</sup>

Som nämnts tidigare är det främsta syftet med EU-samarbetet att den inre marknaden ska öppnas för konkurrens. För att det ska vara möjligt så måste det finnas möjligheter att lämna anbud som baseras på tekniska lösningar. De tekniska specifikationerna får således inte vara handelshindrande eller

---

<sup>155</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU”, s. 25.

<sup>156</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU”, s. 25 och Rosén Andersson m.fl., s. 296 ff.

<sup>157</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 190 ff. Se mer om tekniska specifikationer i Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU”, s. 39 f.

<sup>158</sup> Bilaga 4 punkt 1.b till LOU.



förhindra fri konkurrens. De får inte heller vara diskriminerande eller oproportionerliga.<sup>159</sup> När anbudsgivarna tar del av den tekniska beskrivningen, ska det vara möjligt för dem att kunna göra en bedömning om deras vara, produkt, material eller arbete uppfyller den upphandlande myndighetens ändamål. Den tekniska beskrivningen ska därför innehålla samtliga krav och tydligt framgå av förfrågningsunderlaget.<sup>160</sup>

De tekniska specifikationerna ska hänvisa antingen till en standard enligt 6 kap. 2 § LOU eller så ska de vara utformade i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § LOU.<sup>161</sup> Genom att den upphandlande myndigheten ställer krav på funktion för det som upphandlas istället för att anbudsgivaren ska ha en specifik lösning så anser Kammarkollegiet att det ökar förutsättningarna för konkurrens.<sup>162</sup> I prestanda- eller funktionskrav så kan även miljöegenskaper ingå. Det är viktigt att kraven är utformade så att föremålet för upphandlingen klart framgår.<sup>163</sup> Ett exempel på prestandakrav kan vara att en upphandlande myndighet efterfrågar att en dator ska ha en viss prestanda. När en upphandlande myndighet genomför en funktionsupphandling kan det t.ex. vara frågan om att myndigheten upphandlar ett IT-system.<sup>164</sup> Prestanda- och funktionskraven måste vara möjliga att kontrollera, dvs. genom att mäta eller utvärdera. Det är anbudsgivaren som ska bevisa att denne uppfyller kraven, det kan den göra genom en teknisk dossier eller ett testprotokoll av tredje man.<sup>165</sup>

Som framgår av 6 kap. 3 § LOU så kan även miljöegenskaper ingå i prestanda- eller funktionskraven. Dessa krav utformas som miljökrav i de tekniska specifikationerna. Miljökrav får ställas men det är viktigt att de är formulerade så att anbudsgivaren förstår vad som efterfrågas och vilka krav som ställs på kontrakt föremålet.<sup>166</sup> En miljöegenskap skulle exempelvis kunna vara en särskild produktmetod och miljöeffekter för grupper av varor och tjänster.<sup>167</sup> Om en upphandlande myndighet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3 § LOU, så får den använda miljömärken enligt 6 kap. 7 § LOU under vissa situationer.

#### **2.2.4.2 Bevis för varan eller tjänsten**

Eftersom bevis kan kopplas till varje krav i förfrågningsunderlaget så gäller det även för krav som ställs på varan eller tjänsten. Det är upp till den

---

<sup>159</sup> Beaktandesats 29 i direktiv 2004/18/EG och Falk, s. 237 f.

<sup>160</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 296.

<sup>161</sup> 6 kap. 1 § LOU.

<sup>162</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 49.

<sup>163</sup> 6 kap. 3 § LOU.

<sup>164</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 299.

<sup>165</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 300 och jfr. mål C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna där EU-domstolen framhöll att det finns fler sätt för anbudsgivaren att styrka att en produkt uppfyller ett krav, t.ex. genom teknisk dokumentation från tillverkaren.

<sup>166</sup> Jfr. mål C-513/99 Concordia Bus, RÅ 2010 ref. 78 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 49.

<sup>167</sup> Beaktandesats 29 direktiv 2004/18 och Rosén Andersson m.fl., s. 300.

upphandlande myndigheten att bestämma vilka bevis som ska kopplas till respektive krav, så länge dessa inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Om ett bevis eller intyg krävs men anbudsgivaren inte bifogar det så strider det mot likabehandlingsprincipen om den upphandlande myndigheten ändå antar anbudet.<sup>168</sup>

Kammarkollegiet anför också att krav på att bevis och intyg ska lämnas för att styrka ett krav, bör formuleras så att även utländska anbudsgivare kan uppfylla, och styrka, att de uppfyller kraven, på så sätt främjas konkurrensen.<sup>169</sup>

Skulle emellertid en anbudsgivare endast svara ”Ja” eller ”Nej” om de uppfyller ett krav i förfrågningsunderlaget, och en anbudsgivare bekräftar att denne uppfyller kravet genom att svara ”Ja” utan att denne behöver styrka sitt svar, så får den upphandlande myndigheten inte utesluta anbudsgivaren.<sup>170</sup> Ett exempel är ett mål från Kammarrätten i Göteborg<sup>171</sup> där ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget var att en textiltillverkare skulle ha en viss textilkvalitet i sitt sortiment. Det hade inte ställts upp något krav på att anbudsgivaren skulle styrka riktigheten i sitt svar på om kravet var uppfyllt. Anbudsgivaren i målet hade jakande bekräftat att denne uppfyllde kravet och kammarrätten ansåg att det räckte för att anse att denne hade uppfyllt det obligatoriska kravet. Den upphandlande myndigheten hade därför genom att utesluta bolagets anbud vid anbudsutvärderingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.<sup>172</sup>

## 2.2.5 Särskilda kontraktsvillkor

Av 6 kap. 13 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor ska anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen motsvarar artikel 26 i direktivet och artikeln är en kodifiering av EU-domstolens praxis.<sup>173</sup> Med stöd av bestämmelsen kan en upphandlande myndighet fastställa särskilda kontraktsvillkor. Vilka villkor som myndigheten kan ställa får enligt förarbetena avgöras från fall till fall och villkoren som ställs måste ha koppling till föremålet för kontraktet.<sup>174</sup> Kontraktsvillkoren får inte vara tekniska specifikationer, kvalificerings- eller tilldelningskriterier och en leverantörs anbud ska förkastas om leverantören inte kan eller vill iaktta uppställda villkor för fullgörandet.<sup>175</sup>

---

<sup>168</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2292-13.

<sup>169</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”*Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU*”, s. 49.

<sup>170</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6845-12, s. 3.

<sup>171</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6845-12.

<sup>172</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6845-12, s. 3.

<sup>173</sup> Falk, s. 258.

<sup>174</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 352.

<sup>175</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 352.

Falk skriver i sin lagkommentar att vad som avses med ett ”särskilt villkor” inte framgår av lagen eller direktivet, och vad som gör ett villkor till ”särskilt” framgår inte heller.<sup>176</sup> EU-domstolen kallar i mål 31/87 Beentjes de särskilda kontraktsvillkoren för fullgörande av kontrakt för ”särskilda tilläggsvillkor”, se mer om målet i punkt 2.2.5.1 nedan.<sup>177</sup> Syftet med bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor finns beskriven i direktivet:

”Villkoren för fullgörande av ett kontrakt är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren kan till exempel syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Som exempel kan nämnas skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen.”<sup>178</sup>

I förarbetena till 6 kap. 13 § äldre motsvarighet, 1 kap. 18 b § ÄLOU, framgår att den dåvarande regleringen innebar ett förtydligande av möjligheten att ställa särskilda villkor, t.ex. genom antidiskrimineringsklausuler, som skulle gälla för utförandet av uppdraget.<sup>179</sup> Det framgår också att bestämmelsen gäller villkor för hur kontraktsuppdraget skulle utföras och att villkoren skulle kallas särskilda kontraktsvillkor eftersom det var villkor som inte var krav på leverantören eller utvärderingskriterier, utan det var frågan om villkor som tillkommer utöver dessa krav.<sup>180</sup> Vidare anger förarbetena att villkoren utgör en förpliktelse som den vinnande leverantören måste acceptera. Den upphandlande myndigheten kan därmed ställa krav att anbudsgivarna i sina anbud bekräftar att de åtar sig att uppfylla villkoret om de tilldelas kontraktet och de anbudsgivare som inte accepterar villkoren ska förkastas.<sup>181</sup>

Exempel på vad som skulle kunna utgöra särskilda kontraktsvillkor är enligt förarbetena och direktivet t.ex. miljömässiga villkor och sociala hänsyn. Som exempel på villkor med miljöhänsyn avses enligt förarbetena att leverantören hämtar och återanvänder eller återvinner förpackningsemballage och villkor med sociala hänsyn kan t.ex. utgöra antidiskrimineringsvillkor.<sup>182</sup> Enligt Falk finns det ett behov av att ställa villkor och krav på leverantörerna, dvs. krav som inte är kvalificeringskrav som har med leverantörernas förmåga att genomföra aktuellt upphandlingskontrakt utifrån ekonomisk och finansiell ställning samt

---

<sup>176</sup> Falk, s. 259.

<sup>177</sup> Mål 31/87 Beentjes, Falk, s. 258 och Rosén Andersson m.fl., s. 316.

<sup>178</sup> Beaktandesats 33 direktiv 2004/18/EG.

<sup>179</sup> Prop. 2001/02:142 s. 94.

<sup>180</sup> Prop. 2001/02:142 s. 94.

<sup>181</sup> Prop. 2001/02:142 s. 94.

<sup>182</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 353 och s. 201.

teknisk förmåga och kapacitet i enlighet med 11 kap. LOU. Falk anser att regeln i 6 kap. 13 § LOU avser att täcka det behovet.<sup>183</sup>

Särskilda kontraktsvillkor ska också vara förenliga med EU-rättens grundläggande principer och fördragets regler om den inre marknaden. Kontraktsvillkoren ska således vara proportionerliga i förhållande till kontraktet i övrigt. Enligt förarbetena ska villkoret därför endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av föremålet för upphandlingen. Den upphandlande myndigheten får därmed inte ställa svepande krav på verksamheten som inte har att göra med kontrakt föremålet, det skulle kunna ifrågasättas om ett sådant svepande krav skulle vara i strid mot proportionalitetsprincipen.<sup>184</sup>

Observera också att regeringen den 22 december 2014 tillsatte en utredare som ska analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i LOU, LUF och LUK.<sup>185</sup>

### **2.2.5.1 Obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor**

Det är emellertid inte lätt att veta om ett krav i ett förfrågningsunderlag är ett obligatoriskt krav eller ett särskilt kontraktsvillkor. Frågan behandlades av EU-domstolen i mål C-234/03 Contse. Målet handlade om två upphandlingar av hemrespiratorbehandling och andra tekniker för andningsstöd i två spanska provinser.<sup>186</sup> I kravspecifikationen, de särskilda administrativa föreskrifterna och de tekniska specifikationerna i båda upphandlingarnas förfrågningsunderlag föreskrevs dels villkor för deltagande, dels bedömningskriterier.<sup>187</sup> Villkoren som ställdes för deltagande var inte föremål för bedömning och skulle vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudets avgivande. Ett sådant krav var att anbudsgivarna skulle förfoga över åtminstone en lokal som var öppen för allmänheten i provinsernas respektive huvudstäder minst åtta timmar om dagen, fem dagar i veckan och med öppethållande förmiddagar och eftermiddagar.<sup>188</sup> Kravet var således att betrakta som ett kvalificeringskrav, och inte ett kontraktsvillkor, eftersom det skulle vara uppfyllt redan före anbudets inlämnande. Kontraktsvillkoren kunde däremot uppfyllas efter kontraktsskrivningen.<sup>189</sup> EU-domstolen framförde att det var uppenbart att villkoret för deltagande, nämligen att den vinnande leverantören skulle ha en tillgänglig lokal i provinsens huvudstad, syftade till att säkra skyddet för patienternas liv och hälsa.<sup>190</sup> Domstolen ansåg emellertid att kravet var

---

<sup>183</sup> Falk, s. 258.

<sup>184</sup> Prop. 2001/02:142 s. 95 och prop. 2006/07:128, del 1, s. 200.

<sup>185</sup> Se Kommittédirektiv Dir. 2014:162 *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

<sup>186</sup> Mål C-234/03 Contse, punkt 6.

<sup>187</sup> Mål C-234/03 Contse, punkt 7.

<sup>188</sup> Mål C-234/03 Contse, punkterna 8-9. Jfr. SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*, s. 226 fotnot 114 och Falk, s. 261.

<sup>189</sup> Falk, s. 261.

<sup>190</sup> Mål C-234/03 Contse, punkt 40.

uppenbart oproportionerligt, eftersom en lokal inte går att likställa med all annan utrustning som är nödvändig för att tillhandahållandet av tjänsten. Lokalen i sig ansågs därmed inte vara en sådan nödvändig del av tillhandahållandet av den aktuella tjänsten enligt EU-domstolen.<sup>191</sup> Falk anser att man av domen kan dra slutsatsen att valet mellan att tillämpa utförandevillkor och kvalificeringskrav måste prövas mot proportionalitetsprincipen. Enligt EU-domstolen var kravet oproportionerligt. Syftet med kravet kunde lika gärna uppnås med hjälp av ett kontraktsvillkor.<sup>192</sup>

I mål 31/87 Beentjes fick EU-domstolen ta ställning till om en leverantör kunde uteslutas p.g.a. att denne inte hade uppfyllt ett krav på att rekrytera långtidsarbetslösa arbetare.<sup>193</sup> EU-domstolen kom fram till att villkoret inte hade att göra med kvalificering av leverantörer med hänsyn till dennes ekonomiska ställning eller tekniska kapacitet, men villkoret hade inte heller att göra med anbudsutvärderingen.<sup>194</sup> Att villkoret inte hade med utvärderingen att göra var klart eftersom det ansågs utgöra ett obligatoriskt krav som inte kunde jämföras mellan olika anbud.<sup>195</sup> Kommissionen uttalade sig också om mål 31/87 Beentjes. Kommissionen ansåg att kravet på rekrytering av långtidsarbetslösa var tillåtet att ställa som ett villkor i upphandlingskontraktet. Villkoret skulle behandlas utanför själva upphandlingsprocessen. Falk anser att det emellertid är svårt att finna stöd för denna uppfattning i mål 31/87 Beentjes.<sup>196</sup>

I ett senare avgörande från EU-domstolen, mål C-225/98 Région Nord-Pas-de-Calais, framförde EU-domstolen att det kommissionen anfört om mål 31/87 Beentjes inte stämde. EU-domstolen ansåg att kravet som hade ställts i mål 31/87 Beentjes var att anse som ett upphandlingskriterium eftersom kravet hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare.<sup>197</sup> EU-domstolen uttalade emellertid inte vad skillnaden var mellan ett upphandlingskriterium, dvs. ett obligatoriskt krav, eller ett särskilt kontraktsvillkor. Det som dock går att utläsa enligt Falk av mål C-225/98 Région Nord-Pas-de-Calais är att ett upphandlingskriterium ska tillämpas för att bestämma själva tilldelningen av ett upphandlingskontrakt, medan ett särskilt kontraktsvillkor inte påverkar tilldelningen av kontraktet.<sup>198</sup>

### **2.2.5.2 Miljökrav och krav om sociala hänsyn**

Av 1 kap. 9 a § LOU framgår att den upphandlande myndigheten bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar det.<sup>199</sup> Regeringen gjorde bedömningen att det

---

<sup>191</sup> Mål C-234/03 Contse, punkterna 43-44.

<sup>192</sup> Falk, s. 261 och mål C-234/03 Contse punkterna 41-45.

<sup>193</sup> Falk, s. 262.

<sup>194</sup> Falk, s. 261.

<sup>195</sup> Falk, s. 262.

<sup>196</sup> Falk, s. 262.

<sup>197</sup> Mål C-225/98 Région Nord-Pas-de-Calais, punkt 52 och Falk, s. 262 f.

<sup>198</sup> Falk, s. 263.

<sup>199</sup> SFS 2010:571.

var nödvändigt att införa en bestämmelse som ökade betoningen på miljöaspekter och sociala aspekter eftersom unionsrätten gör det.<sup>200</sup> Bestämmelsen är emellertid endast målsättningsstadgande, det går därmed inte att kräva att en upphandlande myndighet ska ställa miljö- och sociala krav i en upphandling.<sup>201</sup> Regeringen ansåg att bestämmelsen skulle vara för sig själv i 1 kap. och att 6 kap. 13 § LOU skulle få vara kvar i 6 kap. LOU, se mer om den bestämmelsen i punkt 2.2.5 ovan.<sup>202</sup> Ett miljökrav kan enligt förarbetena också ställas som ett särskilt kontraktsvillkor, teknisk specifikation eller utvärderingskriterium, så länge det framgår av förfrågningsunderlaget vad som gäller.<sup>203</sup>

Enligt Rosén Andersson m.fl. är det oklart vilka krav enligt 1 kap. 9 a § LOU på miljöhänsyn eller sociala hänsyn som en upphandlande myndighet kan ställa som i sin tur har en koppling till kontraktsföremålet och som den upphandlande myndigheten inte redan kan ställa genom kraven på kontraktsföremålet, kraven på teknisk kapacitet att utföra kontraktet, anbudsutvärderingskriterier eller särskilda kontraktsvillkor, dvs. bestämmelser som redan finns för upphandlingens genomförande.<sup>204</sup>

EU-domstolen har uttalat sig om miljökrav i mål C-513/99 Concordia, och i domen skriver EU-domstolen att det inte är tillräckligt att miljökrav är förutsebara och kopplade till upphandlingsföremålet, kravet ska även iaktta proportionalitetsprincipen, dvs. kraven måste vara lämpliga och effektiva i förhållande till det som upphandlas.<sup>205</sup> I mål C-448/01 Wienstrom framgår att kraven ska vara möjliga att följa upp och kontrolleras under avtalets genomförande och i mål C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna framgår att den upphandlande myndigheten kan ställa detaljerade specifikationer<sup>206</sup> men att det inte går att ställa krav på miljömärket som sådant. Miljömärket kan däremot användas som bevis på att de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget är uppfyllda.<sup>207</sup>

## 2.2.6 Kommersiella villkor

I förfrågningsunderlaget ska anges vilka kommersiella villkor, dvs. avtalsvillkor, som kommer att tillämpas vid själva avtalstiden. Dessa villkor framgår oftast av ett till förfrågningsunderlaget bifogat mallkontrakt eller är direkt inskrivna i förfrågningsunderlaget.<sup>208</sup> De kommersiella villkoren kan liknas vid detaljer som är kopplade till föremålet för upphandlingen, men

---

<sup>200</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 272.

<sup>201</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 272. Jfr. även Rosén Andersson m.fl., s. 99.

<sup>202</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 273.

<sup>203</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 353.

<sup>204</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 99.

<sup>205</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 100.

<sup>206</sup> I enlighet med 6 kap. LOU.

<sup>207</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 100.

<sup>208</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 121 och Kammarkollegiets vägledning 2014:1 "Kommersiella villkor", s. 4.

inte reglerar kraven på föremålet för upphandlingen.<sup>209</sup> En beskrivning av en produkts innehåll utgör alltså inte ett kommersiellt villkor, men en reglering av vad som gäller om produkten avviker från det som parterna avtalat utgör ett kommersiellt villkor.<sup>210</sup> De kommersiella villkoren innehåller exempelvis den upphandlande myndighetens leveransvillkor, betalningsvillkor, hävningsregler, garantier, vitesbestämmelser och tvistelösningsmodeller.<sup>211</sup> Skulle en anbudsgivare inte acceptera de kommersiella villkoren kommer anbudet att förkastas.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> Kammarkollegiets vägledning 2014:1 "*Kommersiella villkor*", s. 4.

<sup>210</sup> Kammarkollegiets vägledning 2014:1 "*Kommersiella villkor*", s. 4.

<sup>211</sup> Sundstrand (2013), s. 143, Rosén Andersson m.fl., s. 121 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "*Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU*", s. 55 ff. För fler exempel på kommersiella villkor, se Kammarkollegiets vägledning 2014:1 "*Kommersiella villkor*".

<sup>212</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4660-10, s. 4 f.

# 3 Krav i förfrågningsunderlaget

## 3.1 Obligatoriska krav - begreppet

Det framgår varken av upphandlingsdirektivet eller LOU vilka krav som går att ställa på leverantörerna i en offentlig upphandling. Frånvaron av regler betyder emellertid inte att krav inte får ställas på leverantörerna.<sup>213</sup> Den upphandlande myndigheten måste i förfrågningsunderlaget noga precisera de krav och villkor som den ställer på leverantörerna när den beskriver innehållet i upphandlingen. Kraven och villkoren i förfrågningsunderlaget går i allmänhet inte att ändra under upphandlingsprocessens gång.<sup>214</sup> Kraven får inte vara godtyckliga eller uppenbart oskäligen.<sup>215</sup> Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal krav som alltså måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas. Dessa krav brukar kallas obligatoriska krav och avser bland annat kvalificeringskriterier som den upphandlande myndigheten ställt på leverantören i förfrågningsunderlaget. Likaså måste de obligatoriska kraven på varan och tjänsten vara uppfyllda.<sup>216</sup> Av EU-domstolens mål C-243/89 Stora Bält framgår att om ett anbud inte uppfyller de ställda kraven i upphandlingen måste det förkastas, även i upphandlingar som tillåter förhandling, för att inte den upphandlande myndigheten ska riskera att agera i strid mot likabehandlingsprincipen.<sup>217</sup> En leverantör kan inte heller komplettera bristerna i sitt anbud genom att inkomma med handlingar till domstolen i efterhand.<sup>218</sup> Skulle det i en överprövningsprocess framkomma att den vinnande leverantören inte uppfyllt ett obligatoriskt krav i upphandlingen, får den upphandlande myndigheten inte bortse från att ett sådant krav har ställts, även om uppgifterna blir kända först i samband med överprövningsprocessen, se mer om detta i punkt 3.4 nedan.<sup>219</sup>

Det har hos upphandlande myndigheter i Sverige utvecklats en praxis där begreppet ”skall-krav” används för att särskilt peka ut vilka krav i upphandlingen som är obligatoriska och måste uppfyllas för att anbudsgivaren och dennes anbud ska godtas.<sup>220</sup> Skall-kraven beskrivs även som minimikrav avseende en vara eller en tjänst.<sup>221</sup> Rosén Andersson m.fl. anser att begreppet ”skall-krav” bör slopas i förfrågningsunderlagen,

---

<sup>213</sup> Falk, s. 337.

<sup>214</sup> Falk, s. 339.

<sup>215</sup> RÅ 2010 ref. 78.

<sup>216</sup> Asplund m.fl., s. 208. Jfr. Falk, s. 386.

<sup>217</sup> Mål C-243/89 Stora Bält, punkt 43. Jfr. även mål C-87/94 Wallonska bussarna och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5798-13 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14.

<sup>218</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2755-13 och Asplund m.fl., s. 189. Det finns dock möjlighet att inkomma med förtydligande eller komplettering av sitt anbud enligt 9 kap. 8 § LOU.

<sup>219</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, mål nr 935-12 och mål nr 1569—1572-14 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13.

<sup>220</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 370.

<sup>221</sup> Asplund m.fl., s. 197.



eftersom begreppet saknar stöd i EU-rätten, är icke-juridiskt och tenderar att blanda ihop obligatoriska krav i olika faser av en upphandling. Istället ska begreppet ”obligatoriska krav” användas.<sup>222</sup> Vidare anser Rosén Andersson m.fl. att det i förfrågningsunderlaget endast bör tas in sådana obligatoriska krav som avser kontraktsföremålet, leverantörernas kapacitet (jfr. 10 och 11 kap. LOU), avtalsvillkoren och obligatoriska krav av ordningskaraktär som en upphandlande myndighet anser behövs för att kunna genomföra upphandlingen.<sup>223</sup>

Vidare så måste de obligatoriska kraven vara förenliga med de grundläggande principerna enligt upphandlingsrätten. Kraven på en vara eller en tjänst får alltså inte vara riktade till en specifik leverantör eller ställda på ett sätt så att endast leverantörer från en viss medlemsstat kan uppfylla kraven. EU-domstolens praxis har bland annat fastställt att ett krav på en produkt som måste överensstämma med en inhemsk standard strider mot EUF-fördraget.<sup>224</sup> Krav på att inhemska produkter måste användas vid utförande av arbete och krav som syftar till att en vara måste överensstämma med en viss standard inom en medlemsstat har också enligt EU-domstolen ansetts strida mot EU-rätten.<sup>225</sup> Det finns även en stor uppsjö av rättspraxis från kammarrätterna avseende ställda kravs förenlighet med de grundläggande principerna.<sup>226</sup>

Enligt förarbetena till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas och att upphandlingens art och värde ska beaktas, t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs.<sup>227</sup> Kraven ska även ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.<sup>228</sup> Se mer om hur en proportionalitetsbedömning görs i punkt 2.1.2.2 ovan. Om ett krav inte skulle vara oproportionerligt, olikbehandlande eller i övrigt strida mot LOU, så ska inte anbudet förkastas eller anbudsgivaren uteslutas från upphandlingen. Enligt Rosén Andersson m.fl., spelar det då inte någon roll om den upphandlande myndigheten har angett att kravet är obligatoriskt eller inte. Det saknar också betydelse om myndigheten angett kravet som obligatoriskt eller använt begreppet ”skall-krav”.<sup>229</sup>

---

<sup>222</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 370. Jfr. Ulfsson Forsell, Anna, ”Skallkrav är ett svenskt begrepp”, Upphandling24, <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.293448/skallkrav-ar-ett-svenskt-begrepp> (hämtad 2014-09-10).

<sup>223</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 370 f.

<sup>224</sup> Asplund m.fl., s. 197 ff. och mål 45/87 Dundalk.

<sup>225</sup> Asplund m.fl., s. 198 och mål C-243/89 Stora Bält och mål C-254/05 Kommissionen mot Belgien.

<sup>226</sup> Asplund m.fl., s. 198.

<sup>227</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 91.

<sup>228</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 132. Jfr. även särskilt regleringen i 11 kap. 2 § första stycket LOU och Arrowsmith (2014), s. 1192 f. och s. 1213 f.

<sup>229</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär.

Kammarkollegiet har i sin vägledning för upphandlande myndigheter när de utformar förfrågningsunderlag ställt frågan: ”Bör ett krav formuleras som obligatoriskt eller som ett utvärderingskriterium?” och svarat att:

”Om kravet är nödvändigt för att möta det aktuella behovet, bör det definieras som ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Om det inte är nödvändigt men önskvärt, är det lämpligt att definiera det som ett tilldelningskriterium.”<sup>230</sup>

Kammarkollegiet anser därmed att krav som är *nödvändiga* för att möta den upphandlande myndighetens behov av varan eller tjänsten som ska upphandlas ska ställas som obligatoriska krav, om ett krav däremot är mer önskvärt ska kravet formuleras som ett tilldelningskriterium, eller bör-krav, se mer i punkt 3.2 nedan.

### 3.1.1 Obligatoriska krav på leverantören

Kvalificeringskrav, eller kvalifikationskrav, är de krav som ställs på leverantören enligt bestämmelserna i 11 kap. LOU, se även punkt 2.2.3 ovan. Kvalificeringskrav är obligatoriska krav.<sup>231</sup> Falk kallar kvalificeringskraven för obligatoriska minimikrav.<sup>232</sup> Kammarkollegiet räknar upp några exempel på vad ett kvalificeringskrav kan vara:

- Teknisk och yrkesmässig kapacitet (se 11 kap. LOU)
- Ekonomisk ställning (se 11 kap. LOU)
- Förteckning över utförda uppdrag, dvs. referenser<sup>233</sup>

Även om en leverantör skulle anses kvalificerad enligt kvalificeringskraven måste den upphandlande myndigheten också kontrollera om den ställt särskilda villkor för fullgörande av kontrakt enligt 6 kap. 13 § LOU i förfrågningsunderlaget. Dessa fullgörandevillkor i förfrågningsunderlaget måste också uppfyllas av leverantören genom att leverantören accepterar dessa.<sup>234</sup>

När en upphandling genomförs som en selektiv eller förhandlad upphandling görs det en prekvalificering, dvs. en kvalificering görs redan på ansökningsstadiet för de intresserade leverantörerna. En upphandlande myndighet kan även efter själva anbudsgivningen slutligt göra kvalificeringen, det kan exempelvis förekomma när en anbudsgivare åberopat en underleverantörs resurser men när denne inte längre kan bistå anbudsgivaren vid fullgörande av kontraktet. Om upphandlingsförfarandet

---

<sup>230</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 ”Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU”, s. 52.

<sup>231</sup> Jfr. Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5945-13. Se även Miljöstyrelsens hemsida: <http://www.msr.se/sv/Upphandling/Kriterier/Olika-typer-av-krav/> (hämtad 2014-11-12).

<sup>232</sup> Falk, s. 342 f.

<sup>233</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:9 ”Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter”, s. 25. Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1011-14 där den upphandlande myndigheten ställt krav på referensuppdrag.

<sup>234</sup> Falk, s. 340.

är öppet sker emellertid kvalificeringen efter att anbudet har kommit in.<sup>235</sup> En upphandlande myndighet kan således begränsa antalet deltagare genom kriterier vid selektiv och förhandlad upphandling. En upphandlande myndighet kan inte avvisa anbud som uppfyller uppställd miniminivå enligt 11 kap. LOU.<sup>236</sup>

### 3.1.2 Obligatoriska krav på varan eller tjänsten

När en vara eller tjänst upphandlas kan den upphandlande myndigheten ställa obligatoriska krav i en särskild kravspecifikation. De obligatoriska kraven på varan eller tjänsten ser olika ut beroende på vad som upphandlas. Kraven för varan och tjänsten ses, i enlighet med kraven på leverantören, också som minimikrav.<sup>237</sup> Det finns emellertid tekniska specifikationer i 6 kap. LOU där prestanda- och funktionskrav kan ställas, dessa kan även kopplas ihop med miljöegenskaper, se punkt 2.2.4.1 ovan. Krav på livsmedel kan utgöra exempel på obligatoriska krav på en vara, se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14. Även djurskyddskrav på livsmedel utgör obligatoriska krav i form av miljökrav enligt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11. Se även punkt 2.2.4 ovan om krav på varan och tjänsten.

### 3.1.3 Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt

I förfrågningsunderlaget kan det också ställas obligatoriska krav som har en senare verifieringstidpunkt, dvs. att kraven inte måste uppfyllas just vid anbudsinlämnandet. Dessa obligatoriska krav kan vara ställda såsom villkor, eftersom anbudsgivaren ska svara ”Ja” eller ”Nej” på om de kan uppfylla kravet vid en senare tidpunkt.<sup>238</sup> Svarar leverantören jakande anser sig leverantören uppfylla kravet vid en senare tidpunkt. Det har dock i rättspraxis rått osäkerhet kring vilka krav som är att anse som obligatoriska krav som måste vara uppfyllda vid anbudsinlämnandet, respektive vilka obligatoriska krav som kan uppfyllas innan uppdraget påbörjas och kontraktet börjar löpa. Det kan emellertid konstateras att det finns obligatoriska krav som ska vara uppfyllda vid anbudsgivandet och obligatoriska krav som kan uppfyllas senare och därmed har en senare verifieringstidpunkt.<sup>239</sup>

Kammarrätten i Göteborg<sup>240</sup> ansåg att om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget, så ska obligatoriska krav som huvudregel vara

<sup>235</sup> Falk, s. 342. Jfr. 11 kap. 3 § LOU.

<sup>236</sup> Prop. 2006/07:128, del 1, s. 244.

<sup>237</sup> Asplund m.fl., s. 197.

<sup>238</sup> Se exempelvis Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11.

<sup>239</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, mål nr 6247-12 och mål nr 20-13.

<sup>240</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12.

uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet. Detta gäller under förutsättning att det inte kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse vid den tidpunkten.<sup>241</sup> Under rubriken ”Visning av systemet och verifiering av funktionalitet” i förfrågningsunderlaget framgick att verifiering av funktionaliteten kunde komma att ske under vecka 41 år 2011. Den preliminära tidplanen för systemadministrationen var i oktober år 2011. Mot bakgrund av sammanlagda omständigheter fann kammarrätten att det obligatoriska kravet på produktens funktionalitet skulle vara uppfyllt i vart fall senast vid den tidpunkten som gällde för verifiering av funktionaliteten, dvs. inte vid anbudets inlämnande.<sup>242</sup> Anbudsgivaren hade inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav vid den tidpunkten. Den upphandlande myndigheten hade därmed brutit på de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att anta anbudet och kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle rättas genom att anbudsgivarens anbud inte skulle utvärderas.<sup>243</sup>

I ett annat mål från Kammarrätten i Göteborg<sup>244</sup> ansökte ett bolag om överprövning efter att ha blivit uteslutet eftersom det inte hade uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen. Kravet gällde materialbeställning och var utformat på följande sätt:

”Material

Entreprenören ska före materialbeställning uppge materialspecifikation för valt material. Vid renovering av trycksatta vattenledningar med PE-rör skall kraven i EN 12201 eller EN 14409-3 uppfyllas. Rör skall för vatten ha blå märkning utefter hela sin längd.”<sup>245</sup>

Bolaget ansåg att kravet var ett kontraktsvillkor som skulle vara uppfyllt först vid uppdragets utförande. Den upphandlande myndigheten ansåg däremot att det var ett obligatoriskt krav i upphandlingen och att bolaget inte uppfyllt kravet.<sup>246</sup> Kammarrätten ansåg att det med beaktande av hur kravet formulerats i förfrågningsunderlaget inte kunde tolkas på något annat sätt än att kravet måste vara uppfyllt först vid utförandet av det aktuella uppdraget. Kammarrätten fann även att det inte var visat att bolaget motsatte sig att uppfylla kravet vid fullgörande av uppdraget. Upphandlingen skulle således rättas på så sätt att bolagets anbud skulle utvärderas.<sup>247</sup>

I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13, som också behandlades i punkt 2.1.2.2 ovan, skulle kravet på lärarkompetens verifieras en månad innan avtalstidens början och den upphandlande myndigheten skulle då kontrollera att de tilldelade leverantörerna tillhandahåller den andel behöriga lärare som offererats. Kammarrätten ansåg att kravet i upphandlingen var ett kvalificeringskrav, men som skulle verifieras vid en senare tidpunkt.<sup>248</sup> Om

<sup>241</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, s. 10.

<sup>242</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, s. 11.

<sup>243</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, s. 11.

<sup>244</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12.

<sup>245</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12, s. 5-6.

<sup>246</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12, s. 6.

<sup>247</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12, s. 6.

<sup>248</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 9827-13, s. 14.

leverantören till sist skulle uppfylla kraven eller inte, och hur den upphandlande myndigheten i så fall skulle agera, gick inte att svara på anförde domstolen.<sup>249</sup> Senare visade det sig att några av leverantörerna inte hållit vad de lovat i upphandlingen, dvs. att de inte hade tillräckligt många behöriga lärare som efterfrågats i upphandlingen.<sup>250</sup>

I likhet med mål C-234/03 Contse handlade Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, också om krav på lokaler och om kravet var att anse som ett krav som skulle uppfyllas vid anbudsinlämnandet eller först innan uppdraget påbörjades. Målet handlade om en upphandling av ramavtal för moduler i svenska för språksvaga och analfabeter. Den upphandlande myndigheten hade i förfrågningsunderlaget ställt ett krav på att anbudsgivaren skulle bekräfta att denne under avtalstiden disponerade lämpliga lokaler för verksamheten. Bekräftelsen för att kravet var uppfyllt skulle visas genom att det till anbudet bifogades en kopia av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller liknande. Anbudsgivaren skulle först i samband med avtalstecknande visa upp ett undertecknat hyreskontrakt.<sup>251</sup> Bolaget som ansökte om överprövning ansåg att anbudsgivarna redan vid ingivande av anbud skulle uppfylla kravet, medan den upphandlande myndigheten anförde att anbudsgivaren i sitt anbud endast skulle bekräfta att man disponerade lämpliga lokaler och att det behövde styrkas först vid avtalstecknandet.<sup>252</sup> Kammarrätten ansåg att det var ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren vid tiden för inlämnandet av anbudet skulle bekräfta att denne under avtalstiden skulle komma att disponera lämpliga lokaler. Det var också ett obligatoriskt krav att anbudsgivare i samband med avtalstecknandet skulle visa upp ett undertecknat kontrakt. Kammarrätten ansåg emellertid inte att det var ett obligatoriskt krav att anbudsgivare redan vid anbudslämnandet skulle kunna styrka att denne disponerade lämpliga lokaler. Uppräknandet av hyresavtal, optionsavtal med fastighetsägare eller annat som kunde bifogas för att bekräfta att anbudsgivare disponerar lämpliga lokaler, ansåg kammarrätten endast utgjorde exempel på handlingar som kunde bifogas till anbudet.<sup>253</sup> Båda anbudsgivarna hade bekräftat att de under avtalstiden skulle disponera lämpliga lokaler och även bifogat adressuppgifter till de lokaler som de disponerade över och de hade därmed uppfyllt det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten hade enligt kammarrätten förfarit på korrekt sätt vid utvärderingen av anbud och tilldelningen av upphandlingskontrakten.<sup>254</sup>

---

<sup>249</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 9827-13, s. 14.

<sup>250</sup> Sverige Radio om sfi-upphandlingen, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=96&artikel=5955287> (hämtad 2014-09-30) och Sydskanan om sfi-upphandlingen, <http://www.skanskan.se/article/20140904/MALMO/140909725/-/kritiska-roster-mot--upphandling-av-sfi> (hämtad 2014-09-30).

<sup>251</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, s. 4.

<sup>252</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, s. 2 f.

<sup>253</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, s. 4.

<sup>254</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, s. 4.

I ett liknande mål från Kammarrätten i Göteborg<sup>255</sup> hade den upphandlande myndigheten också uppställt ett krav på senare verifiering av lokaler. Anbudsgivaren behövde inte vid anbudsinlämnandet ha tillgång till angivna lokaler, men denne skulle kunna styrka att lokalerna skulle komma att finnas tillgängliga och anpassade för verksamheten vid avtalsstart. Anbudsgivaren skulle också kunna redogöra för lokalerna i anbudet och ange hur man skulle ta sig till lokalerna.<sup>256</sup>

I ett mål från Kammarrätten i Jönköping<sup>257</sup> ansåg bolaget som ansökt om överprövning att den vinnande leverantören inte uppfyllde alla obligatoriska krav i upphandlingen. Upphandlingsföremålet var matttransport av färdiglagade måltider. Kravet avsåg fordon och tidsplan för transporten. Av förfrågningsunderlaget framgick att anbudsgivaren skulle förfoga över en tillräcklig fordonspark som skulle stå myndigheten till förfogande på de tider som uppdraget skulle utföras på. Samtliga fordon skulle även uppfylla kraven enligt gällande lagar och förordningar. Fordonen skulle också vara försedda med bakgavelhiss för ändamålsenlig lastning och mottagning av varorna. Den vinnande leverantören hade i sitt anbud svarat jakande på frågan om denne uppfyllde dessa krav. Kammarrätten började med att konstatera att den vinnande leverantörens anbud angett att det obligatoriska kravet avseende fordonet var uppfyllt. Domstolen påpekade att den upphandlande myndigheten inte i förfrågningsunderlaget hade begärt att anbudsgivarna skulle visa att kravet om fordonens utrustning i form av bakgavelhiss var uppfyllt. Enligt bolaget som ansökt om överprövning fanns det anledning för den upphandlande myndigheten att ifrågasätta riktigheten av de uppgifter som den vinnande leverantören hade lämnat och att den upphandlande myndigheten därmed ålagts en utökad utredningsskyldighet.<sup>258</sup>

Kammarrätten anförde att det inte fanns någon lagstadgad skyldighet i LOU, förarbetena eller rättspraxis för upphandlande myndigheter att kontrollera om uppgifterna som anbudsgivarna lämnar är riktiga.<sup>259</sup> Kammarrätten ansåg att bolaget som ansökt om överprövning inte hade lyckats visa att den vinnande leverantörens anbud inte uppfyllde kraven i upphandlingen. Kammarrätten anförde också att det faktum att den vinnande leverantören till sitt anbud bifogat broschyrer som visade tilltänkta fordon utan tillvalsutrustning, eller att det under överprövningsprocessen framkommit att det på ett av fordonen inte var möjligt att montera en bakgavelhiss, inte utgjorde skäl nog för att anbudet skulle uteslutas från anbudsutvärderingen.

---

<sup>255</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3952-14. Målet handlade huvudsakligen om en proportionalitetsbedömning av ett närhetskrav men har tagits med eftersom det fanns en senare verifieringstidpunkt för det obligatoriska kravet i likhet med Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11.

<sup>256</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3952-14, s. 3.

<sup>257</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11.

<sup>258</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, s. 5. Observera att bolaget använde ”utredningsskyldighet” som uttryck, och inte ”kontrollskyldighet” som används i uppsatsen.

<sup>259</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, s. 5.

Kommunen hade därmed inte brutit mot bestämmelserna i LOU genom att utvärdera den vinnande leverantören.<sup>260</sup>

Genom en accept skulle anbudsgivaren garantera att de ställda kraven i förfrågningsunderlaget skulle uppfyllas i en eventuell framtida avtalsrelation.<sup>261</sup> Det var därmed fråga om ett obligatoriskt krav med senare verifieringstidpunkt. Att anbudsgivaren inte beskrivit hur bolaget planerade att uppfylla kraven kunde inte ligga bolaget till last eftersom den upphandlande myndigheten inte angett i förfrågningsunderlaget hur det skulle ske.<sup>262</sup> Enligt Kamrarrätten i Göteborg<sup>263</sup> hade anbudsgivaren därför uppfyllt det obligatoriska kravet i upphandlingen genom att svara jakande på om denne uppfyllde kravet och den upphandlande myndigheten skulle inte utesluta bolagets anbud från upphandlingen.<sup>264</sup>

### 3.1.4 Obligatoriska krav som formkrav

Som det beskrevs ovan under punkt 2.2.2, finns det krav som är av ordningskaraktär i förfrågningsunderlaget. Sådana krav kan exempelvis vara krav på underskrift, tid för anbudsinslämnande, vilket språk anbudet ska vara på eller övriga uppgifter som intyg, certifikat, referenser, bevis om teknisk och ekonomisk kapacitet samt övriga dokument som begärs i förfrågningsunderlaget.<sup>265</sup> Vidare kan det röra sig om krav på att anbudet ska följa förfrågningsunderlagets rubriksättning och form.<sup>266</sup>

I Kammarkollegiets vägledning 2011:9 *”Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter”* skriver Kammarkollegiet att den upphandlande myndigheten ska undvika att ställa krav som inte är kopplade till själva varan eller tjänsten som ska upphandlas och inte är relevanta för att avtalet ska kunna tilldelas en leverantör. Ett exempel på formkrav som Kammarkollegiet nämner i sin vägledning är att anbud ska lämnas in i ett anonymt ytterkuvert eller att anbudet ska lämnas in i två exemplar. Kammarkollegiet anser att den upphandlande myndigheten snarare bör formulera sådana krav som önskemål.<sup>267</sup> Rosén Andersson m.fl., anser att ett krav som regel är obligatoriskt om det har betydelse i konkurrenshänseende. De anser att det är viktigt p.g.a. effektivitetsskäl och samhällsekonomiska skäl att skilja på krav som en upphandlande myndighet ställer som har betydelse för konkurrensen mellan och likabehandlingen av anbudsgivarna, och krav som en upphandlande myndighet ställer av

<sup>260</sup> Kamrarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, s. 6.

<sup>261</sup> Kamrarrätten i Göteborg, mål nr 20-13, s. 8.

<sup>262</sup> Kamrarrätten i Göteborg, mål nr 20-13, s. 8.

<sup>263</sup> Kamrarrätten i Göteborg, mål nr 20-13.

<sup>264</sup> Kamrarrätten i Göteborg, mål nr 20-13, s. 8.

<sup>265</sup> Asplund m.fl., s. 205 f.

<sup>266</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär.

<sup>267</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:9 *Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter*, s. 23.

ordningsskäl, vilka främst syftar till att underlätta den upphandlande myndighetens hantering av anbudet.<sup>268</sup> Rosén Andersson m.fl. anser således att krav som finns av ordningsskäl inte har någon avgörande funktion i konkurrenshänseende, till skillnad från exempelvis obligatoriska krav som rör en leverantörs tekniska eller ekonomiska kapacitet.<sup>269</sup> Avvikelsen från ett formkrav såsom att ett anbud ska lämnas in i ett visst format eller dylikt, skulle i sig inte betyda att leverantörerna har behandlats olika i strid med likabehandlingsprincipen. Att en upphandlande myndighet använt ett formkrav som ett obligatoriskt krav i upphandlingen bör därför inte leda till att ett anbud förkastas per automatik.<sup>270</sup> Det skulle emellertid enligt Rosén Andersson m.fl. strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta ett anbud som inte följer ett krav av ordningskaraktär i en upphandling och att det följer av rättspraxis,<sup>271</sup> se även rättsfallen som behandlas nedan. Även Arrowsmith delar denna uppfattning och tillägger att en viktig formalitet som att lämna in ett anbud i rätt tid däremot måste vara uppfyllt för att anbudet ska kunna antas.<sup>272</sup> Arrowsmith anser också att det är vanligt att upphandlande myndigheter önskar att de kunde acceptera anbud som inte helt följer formaliteterna, antingen i sin rena form, eller genom en korrigerig, t.ex. när en anbudsgivare utelämnar information, men inkommer med den senare.<sup>273</sup> Hon skriver att:

”(...) Clearly it is if purchasers must reject advantageous bids whenever there is a breach of some minor formal requirements. It is also on providers for thier tenders to be excluded in such a case. (...)

Since most breaches of formalities will not, however, create any significant inequity between tenderers, and since the scope for material abuse of discretion is very limited, it is submitted that the principle should be that procuring entities have a right to waive compliance or to allow corrections. Whether or not a power to waive formalities is expressly reserved in the contract documents should not affect the position: the power of wavier should normally exist even if not expressly reserved. The equal treatment principle will require that this is exercised in the same manner for all bidders: for example, if a particular requirement is waived for one bidder, is must generlly also be waived for others.”<sup>274</sup>

---

<sup>268</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär.

<sup>269</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär.

<sup>270</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär.

<sup>271</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär.

<sup>272</sup> Arrowsmith (2014), s. 728.

<sup>273</sup> Arrowsmith (2005), s. 497.

<sup>274</sup> Arrowsmith (2005), s. 497 f.



Som huvudregel gäller, som tidigare anförts, att alla obligatoriska krav ska vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet.<sup>275</sup> Kammarrättspraxis har däremot på senare tid ansett att upphandlande myndigheter kan bortse från att anbudsgivare inte uppfyller ett visst formkrav som är irrelevant eller oväsentligt, eller inte uppfyller någon nämnvärd funktion i upphandlingen. I Kammarrätten i Stockholm<sup>276</sup> prövades det om en leverantörs anbud avseende en hjulgrävare hade uppfyllt ett miljökrav som angetts i förfrågningsunderlaget. Att kravet uppfylldes skulle styrkas genom intyg från maskinleverantören. Anbudsgivaren hade emellertid fått ett intyg med bekräftelse på att miljökravet var uppfyllt av en branschorganisation för maskinleverantörer istället för maskinleverantören. Kammarrätten ansåg att kravet på att maskinleverantören skulle bekräfta att miljökravet var uppfyllt var ett irrelevant och oväsentligt krav med hänsyn till omfattningen av upphandlingen och innebörden av det aktuella kravet.<sup>277</sup>

I ett annat mål från Kammarrätten i Stockholm<sup>278</sup> hade en leverantör offererat samma produkt på flera positioner i anbudet, trots att anbudsgivarna inte fick det enligt ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Kammarrätten kom fram till att eftersom leverantören hade offererat samma produkt på två positioner rent objektivt inte kunde anses uppfylla det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget. Av utredningen i målet framkom att leverantören offererade 90 procent av produkterna och att en av de 320 produkterna hade offererats på två positioner. Vid kammarrättens sammanlagda bedömning av omständigheterna i målet ansåg domstolen att det obligatoriska kravet inte fyllde någon nämnvärd funktion i upphandlingen, att kravet gick utöver vad som var nödvändigt för den aktuella upphandlingen, dvs. att kravet var oproportionerligt, och att anbudsgivarens avvikelse från det obligatoriska kravet var irrelevant och oväsentligt för upphandlingen.<sup>279</sup>

I ett annat mål från samma kammarrätt<sup>280</sup> hade en kommun i förfrågningsunderlaget ställt ett krav på att anbudet skulle ges in i ett original och en kopia i pappersformat A4 samt digitalt. Det var ostridigt i målet att en leverantör inte hade uppfyllt det obligatoriska kravet, eftersom denne inte lämnat in en papperskopia av sitt anbud. Kammarrätten anförde till att börja med att en upphandlande myndighet har stor frihet att utforma formkrav i en upphandling. Kammarrätten ansåg att formkravet var klart och tydligt formulerat i förfrågningsunderlaget och att det var enkelt för anbudsgivarna att uppfylla kravet. Kravet stod även i rimlig proportion till syftet att underlätta genomförandet av upphandlingen. Den upphandlande myndigheten hade därmed skäl till att förkasta bolagets anbud på grund av formella brister.<sup>281</sup> I ett tredje mål, också från Kammarrätten i Stockholm<sup>282</sup>,

<sup>275</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12.

<sup>276</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1547-14.

<sup>277</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1547-14, s. 4.

<sup>278</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2391-12.

<sup>279</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2391-12, s. 6 ff.

<sup>280</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2370-13.

<sup>281</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2370-13, s. 4.

<sup>282</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3192-13.

ansågs ett utelämnande av ansvariga personers namn i ett bolag vara av så ringa betydelse att bristen i anbudet inte kunde anses vara av sådan art eller omfattning att ett godtagande av anbudet skulle ha medfört att kravet på affärsmässighet hade åsidosatts. Kammarrätten refererade i denna del till RÅ 2002 ref. 50. Det fanns därmed inte skäl att utesluta leverantören endast på den grunden att personernas namn hade uteblivit.<sup>283</sup>

## 3.2 Bör-krav

Alla krav i ett förfrågningsunderlag är emellertid inte obligatoriska krav.<sup>284</sup> Vissa krav är istället tilldelningskriterier som även kan kallas utvärderingskriterier<sup>285</sup> eller bör-krav<sup>286</sup>. Dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriterierna måste vara hänförliga till själva föremålet för upphandlingen.<sup>287</sup> Som Kammarkollegiet beskrev i punkt 3.1 ovan, så ska kravet vara obligatoriskt i upphandlingen om det är nödvändigt för att möta den upphandlande myndighetens aktuella behov. Skulle kravet vara mer önskvärt än nödvändigt, så är kravet lämpligare att definiera som ett tilldelningskriterium.<sup>288</sup>

Reglerna för tilldelning av kontrakt finns i 12 kap. LOU. Av 12 kap. 1 § LOU framgår att det finns två alternativa tilldelningsgrunder, antingen att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som har ekonomiskt mest fördelaktiga pris eller anbudet som har lägsta pris. Tilldelningskriterier kan dock inte användas när tilldelningsgrunden är lägsta pris eftersom det inte är möjligt att utvärdera kraven på föremålet för upphandlingen, dvs. det går endast att fastställa om ett anbud uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen eller inte.<sup>289</sup> När tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud används kan bör-krav ställas eftersom de går att utvärdera och anbuderna går att jämföra med varandra. Bör-krav på funktion och kvalitet kan således utvärderas till skillnad från obligatoriska krav.<sup>290</sup> Ett bör-krav behöver därmed inte vara uppfyllt till skillnad från ett obligatoriskt krav.<sup>291</sup> Det är därför viktigt att den upphandlande myndigheten ställer obligatoriska krav för att fastställa en viss nivå för ett kriterium, för att senare avstå från vidare utvärdering i den delen. Falk anser att ju färre utvärderingskriterier som ställs, desto säkrare blir

<sup>283</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3192-13, s. 7.

<sup>284</sup> Jfr. Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 52.

<sup>285</sup> Se exempelvis Rosén Andersson m.fl., s. 316.

<sup>286</sup> Se Asplund m.fl., s. 198 och Konkurrensverkets ordlista, [http://www.kkv.se/t/Page\\_2178.aspx#Tilldelningskriterier](http://www.kkv.se/t/Page_2178.aspx#Tilldelningskriterier) (hämtad 2014-11-03).

<sup>287</sup> Mål C-532/06 Lianakis, punkt 30, Sundstrand (2013), s. 157 och Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 52.

<sup>288</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU", s. 52.

<sup>289</sup> Sundstrand (2013), s. 151 och Falk, s. 386.

<sup>290</sup> Sundstrand (2013), s. 151 och Falk, s. 386.

<sup>291</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 461.

utvärderingen.<sup>292</sup> Det går också bra att använda obligatoriska krav och tilldelningskriterier i kombination.<sup>293</sup>

Bör-krav kan utformas på olika sätt, ett exempel som Falk behandlar är att anbudsgivaren bör ha ett miljöledningssystem, att en leverantör bör tillämpa ett tredjepartscertifierat kvalitetssystem eller att anbudsgivaren bör ha utbildning i sparsam körning. Falk menar att om kravet däremot ska vara obligatoriskt, så byts ordet ”bör” ut mot ”ska”.<sup>294</sup> Krav kan således delas upp i skall-krav respektive bör-krav, dvs. obligatoriska krav respektive tilldelningskriterier. Falk anser att bör-krav inte är någon lämplig beteckning på tilldelningskriterier eftersom ordet används i andra sammanhang som inte har med anbudsutvärderingen att göra.<sup>295</sup> Rosén Andersson m.fl. anser inte heller att beteckningen bör-krav är lämplig.<sup>296</sup> Rosén Andersson m.fl. anser att båda begreppen skall-krav respektive bör-krav härrör från tiden då ÅLOU gällde och då lagen inte riktigt klargjorde skillnaderna mellan leverantörskvalificering och anbudsutvärdering, och då inte heller skillnaderna mellan krav på kontraktsföremål, krav på leverantörerna, anbudsutvärderingskriterier och avtalsvillkor var lika tydliga i rättspraxis som de är idag.<sup>297</sup> Begreppet bör-krav ska enligt Rosén Andersson m.fl. därför slopas eftersom det i likhet med begreppet skall-krav inte har någon förankring i upphandlingsrätten och felaktigt ger intrycket av att vissa krav skulle kunna utvärderas på ett rättvist sätt enligt LOU utan att alla anbudsgivare måste uppfylla kraven.<sup>298</sup> Begreppet ”bör” ger snarare intrycket av att anbudsgivarna endast bör uppfylla kraven men inte måste göra det. Enligt Rosén Andersson m.fl. säger det sig självt att om anbudsgivarna inte har redovisat att de uppfyller samma krav, så går det givetvis inte att jämföra anbuden och anbuden går inte heller att pröva enligt 10 kap., 11 kap. eller 12 kap. LOU.<sup>299</sup>

### 3.3 Tidpunkt för kravuppfyllelse

Det är vid kvalificeringsfasen<sup>300</sup> i upphandlingen som den upphandlande myndigheten kontrollerar om anbudet uppfyller de obligatoriska kraven som ställts i förfrågningsunderlaget.<sup>301</sup> En vanlig överträdelse i kvalificeringsfasen är exempelvis att den upphandlande myndigheten har tilldelat kontraktet till en leverantör som inte uppfyller de obligatoriska

---

<sup>292</sup> Falk, s. 386 f.

<sup>293</sup> Falk, s. 387.

<sup>294</sup> Falk, s. 343.

<sup>295</sup> Falk, s. 386. Falk menar t.ex. i situationer som när anbudsgivaren bör ha ett kvalitetssystem, men där kravet faktiskt har med kvalificeringen att göra.

<sup>296</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 371 och s. 461.

<sup>297</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 461.

<sup>298</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 461.

<sup>299</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 461.

<sup>300</sup> Kan även kallas tilldelningsfasen eller utvärderingsfasen, se Asplund m.fl., s. 203.

<sup>301</sup> Asplund m.fl., s. 203. Sedan sker en bedömning av vilken anbudsgivare som mot bakgrund av utvärderingsgrunden som kan antas, se Asplund m.fl., s. 203.

kraven i upphandlingen.<sup>302</sup> Huvudregeln är att om ett anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven måste det förkastas, vilket följer av EU-domstolens mål C-243/89 Stora Bält. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att utvärdera ett anbud som inte uppfyllde kraven i upphandlingen.<sup>303</sup>

En relevant fråga för den upphandlande myndigheten vid kvalificeringsfasen blir därför *när* ett obligatoriskt krav ska vara uppfyllt, dvs. tidpunkten för kravuppfyllelsen.<sup>304</sup> I rättspraxis har det uttalats att om inget annat framgår av förfrågningsunderlaget ska kraven vara uppfyllda innan sista dagen för anbudsinlämnande.<sup>305</sup> Skulle det framgå av förfrågningsunderlaget att det obligatoriska kravet har en senare verifieringstidpunkt, så måste kravet inte vara uppfyllt förrän den tiden som förfrågningsunderlaget anger.<sup>306</sup>

Som det redogjorts för i avsnitt 3 ovan så finns det olika obligatoriska krav och dessa ska vara uppfyllda vid olika tidpunkter beroende på hur de är ställda. Se redogörelsen i punkt 3.1.3 av avgörandet Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, där kammarrätten ansåg att tidpunkten för kravuppfyllnad av funktionaliteten i vart fall skulle vara uppfyllt vid tidpunkten för verifieringen av kravet.<sup>307</sup> Advokaterna Ingrid Sandstedt och Anna Ulfsson Forssell har kommenterat den domen och anser att kammarrättens uttalanden är logiska. De anser att vissa krav kan vara oproportionerliga för anbudsgivarna att behöva uppfylla vid anbudstidens utgång och att de kraven ska vara uppfyllda först när kontrollen av dem sker.<sup>308</sup> De beskriver att när exempelvis stora nyanställningar sker, utrustning måste införskaffas eller lokaler behövs, så kan det vara oproportionerligt att kräva att de kraven ska vara uppfyllda innan avtalet träder ikraft.<sup>309</sup> De beskriver uppfyllandet av de obligatoriska kraven som en ”avtalsrättslig garanti” från anbudsgivaren gentemot den upphandlande myndigheten, dvs. att anbudsgivaren senare kommer uppfylla kraven i upphandlingen.<sup>310</sup>

I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12, angavs inte exakt när kravet skulle vara uppfyllt, men med tanke på hur kravet var formulerat, så behövde det inte vara uppfyllt vid anbudets inlämnande, utan först vid

---

<sup>302</sup> Asplund m.fl., s. 204.

<sup>303</sup> Mål C-243/89 Stora Bält och Asplund m.fl., s. 206.

<sup>304</sup> Författarens kursivering.

<sup>305</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12 och mål nr 3688-14.

<sup>306</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, mål nr 6247-12 och mål nr 7554-13.

<sup>307</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, s. 11.

<sup>308</sup> Sandstedt och Ulfsson Forssell, Upphandling24, <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.546574/uppfyllnad-av-skall-krav--nar-galler-det> (hämtad 2014-12-20).

<sup>309</sup> Sandstedt och Ulfsson Forssell, Upphandling24, <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.546574/uppfyllnad-av-skall-krav--nar-galler-det> (hämtad 2014-12-20).

<sup>310</sup> Sandstedt och Ulfsson Forssell, Upphandling24, <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.546574/uppfyllnad-av-skall-krav--nar-galler-det> (hämtad 2014-12-20).

utförandet av det aktuella uppdraget.<sup>311</sup> I ett mål från Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13, var också frågan när tidpunkten för kravuppfyllnad var. Bolaget som ansökte om överprövning ansåg att den vinnande leverantören inte uppfyllde ett obligatoriskt krav avseende redovisning av projektorganisation samt CV och referenser för personerna som var relevanta för uppdraget. En platschef som hade offererats i anbudet hade sagt upp sig några dagar innan anbudet lämnades in och därför ansåg det sökande bolaget att anbudsgivaren inte uppfyllt kravet i upphandlingen.<sup>312</sup> Kammarrätten fann att det var ostridigt att platschefen hade sagt upp sig innan anbudstidens utgång, men huruvida det var känt för de personerna som ansvarade för anbudet vid tidpunkten för anbudets inlämnande var inte klarlagt i målet. Oaktat det, så var personen fortfarande anställd hos anbudsgivaren vid tidpunkten för anbudets inlämnande. Det obligatoriska kravets utformning kunde inte anses omfatta något krav utöver vad avser anställningsförhållanden i ett senare skede. Därför ansåg kammarrätten att anbudsgivaren hade uppfyllt det obligatoriska kravet vid tidpunkten för anbudets ingivande.<sup>313</sup>

I ett annat mål, också från Kammarrätten i Göteborg<sup>314</sup>, ansökte ett bolag om överprövning och ansåg att den vinnande leverantören inte hade uppfyllt ett obligatoriskt krav på leverans av datalagringsutrustning. Det obligatoriska kravet i upphandlingen var att leverantören skulle vara tillverkare av den offererade produkten, alternativt att leverantören skulle ha ett OEM-avtal beträffande produkten.<sup>315</sup> Det sökande bolaget påstod att den vinnande leverantören varken var tillverkare av den offererade produkten eller hade ingått ett OEM-avtal avseende produkten. Till stöd för sin talan åberopade bolaget vid överprövningsprocessen ett flertal tidningsartiklar där det framgick att den vinnande leverantören inte hade ett OEM-avtal avseende den offererade produkten. Det var i målet ostridigt att den vinnande leverantören inte var tillverkare av den offererade produkten. Den vinnande leverantören menade dock att ett OEM-avtal för den offererade produktens föregångare fanns vid tidpunkten då anbudet lämnades in och att det avtalet även omfattade den offererade produkten.<sup>316</sup> Kammarrätten ansåg att eftersom den vinnande anbudsgivaren inte hade invänt att uppgifterna som det klagande bolaget angett var felaktiga, eller visat att ett OEM-avtal fanns, så kunde den vinnande leverantören vid inlämnandet av sitt anbud, inte ha ansetts uppfylla det obligatoriska kravet om leverans under eget märke.<sup>317</sup> Kammarrätten påtalade att en upphandlande myndighet inte får efterge eller bortse från krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget och det gäller även om uppgifter blir kända först i och med en överprövningsprocess. Den upphandlande myndigheten skulle därför enligt kammarrätten beakta uppgiften om att den vinnande leverantören inte

---

<sup>311</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12, s. 6.

<sup>312</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13, s. 5.

<sup>313</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13, s. 5 f.

<sup>314</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12.

<sup>315</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12, s. 4.

<sup>316</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12, s. 4.

<sup>317</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12, s. 4.

uppfyllde kravet i upphandlingen. En ny utvärdering skulle därför ske då den vinnande leverantörens anbud inte skulle beaktas.<sup>318</sup> Läs mer om när brister i anbud uppkommer under en överprövningsprocess i punkt 3.4 nedan.

I ett tredje mål från Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14<sup>319</sup>, var frågan om när det obligatoriska kravet kunde anses vara uppfyllt. Kammarrätten anförde att om fråga uppkommer om en anbudsgivare uppfyller ställda krav *måste* den upphandlande myndigheten undersöka om så är fallet och det gäller även om anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget inte varit skyldig att ge in bevis på att kravet uppfylls.<sup>320</sup> Frågan kammarrätten ställde sig var vid vilken tidpunkt som kravet i så fall skulle vara uppfyllt. Om inget angetts i förfrågningsunderlaget borde det i regel enligt kammarrätten krävas att de obligatoriska kraven skulle vara uppfyllda vid tiden för anbudets inlämnande. Undantag kan göras om ett sådant krav skulle vara oproportionerligt.<sup>321</sup> I målet framgick inte när det obligatoriska kravet skulle vara uppfyllt, men med tanke på att det var kort tid mellan sista dagen för att lämna anbud och när kontraktet skulle påbörjas, ansåg kammarrätten att kravet skulle vara uppfyllt senast vid sista dagen för att lämna anbud.<sup>322</sup> Vid tiden för anbudets inlämnande uppfyllde anbudsgivaren inte det obligatoriska kravet och den upphandlande myndigheten hade därmed brutit mot 1 kap. 9 § LOU genom att ändå utvärdera anbudsgivarens anbud.<sup>323</sup>

När ett obligatoriskt krav med senare verifieringstidpunkt ställs i upphandlingen behöver anbudsgivaren endast bekräfta att denne kommer att uppfylla kravet senare. Verifieringen sker först vid en särskilt angiven tidpunkt eller vid avtalstecknande. Dessa krav måste därmed inte vara uppfyllda vid anbudets inlämnande.<sup>324</sup> Andra obligatoriska krav som ställs i ett förfrågningsunderlag ska emellertid vara uppfyllda vid anbudslämnandet, såsom obligatoriska formkrav för att anbudet ska kunna prövas i de övriga delarna i kvalificeringsfasen, se mer om det i punkt 4.1 nedan.<sup>325</sup>

### 3.4 Brister framkomna vid överprövningsprocessen

Kammarrätten i Göteborg<sup>326</sup> kom fram till att en upphandlande myndighet inte får bortse från att de obligatoriska kraven i upphandlingen inte är uppfyllda, även om bristerna uppkommer först vid en överprövningsprocess.

---

<sup>318</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12, s. 5.

<sup>319</sup> Observera att målet inte vunnit laga kraft eftersom en av parterna inte delgivits 2014-01-27.

<sup>320</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, s. 5. Författarens kursivering.

<sup>321</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, s. 6. Jfr. mål C-234/03 Contse.

<sup>322</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14.

<sup>323</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14.

<sup>324</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1822-11, mål nr 6247-12 och mål nr 3952-14.

<sup>325</sup> Asplund m.fl., s. 205.

<sup>326</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09.

I upphandlingen var det ostridigt att tre anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven i upphandlingen och att dessa inte heller skulle ha utvärderats. Vid tidpunkten för utvärderingen var det dock inte känt för den upphandlande myndigheten att anbudsgivarna inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Myndigheten förlitade sig därför på anbudsgivarnas jakande svar på frågan om de uppfyllde de obligatoriska kraven och anbudshandlingarna i sig gav inte upphov för den upphandlande myndigheten att ifrågasätta kravuppfyllelsen.<sup>327</sup> Kammarrätten anförde att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att godta anbud som inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och om det i en överprövningsprocess skulle komma fram uppgifter om att en anbudsgivare inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, så måste de uppgifterna beaktas. Att tre anbudsgivare inte uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen kom fram vid överprövningsprocessen och det gjorde därmed att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjordes på så sätt att de tre anbudsgivarna inte skulle utvärderas.<sup>328</sup>

I Kammarrätten i Göteborg<sup>329</sup>, som behandlades i punkt 3.3 ovan, uttalade domstolen också att en upphandlande myndighet inte får bortse från krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget och det gäller även om uppgifter blir kända först i och med en överprövningsprocess. Den upphandlande myndigheten skulle därför enligt kammarrätten beakta uppgiften om att den vinnande leverantören inte uppfyllde kravet i upphandlingen.<sup>330</sup> Ett annat mål, också från Kammarrätten i Göteborg<sup>331</sup>, framförde fyra upphandlande myndigheter att de vid utvärderingen inte vetat om att leverantören som vann upphandlingen inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Kammarrätten ansåg att myndigheterna hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anbudsgivaren kvalificerade sig till utvärderingen trots att anbudet inte uppfyllde de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Det gäller trots att bristerna i anbudet först visade sig efter det att tilldelningsbeslutet meddelats eftersom de upphandlingsrättsliga principerna ska iakttas under hela upphandlingsförfarandet.<sup>332</sup>

---

<sup>327</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, s. 4 f.

<sup>328</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, s. 5.

<sup>329</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12.

<sup>330</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 935-12, s. 5.

<sup>331</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14.

<sup>332</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14, s. 6.

# 4 Kontrollskyldighet av obligatoriska krav

## 4.1 Kontroll av formkrav

Den första kontrollen som den upphandlande myndigheten gör av anbudet beskriver Asplund m.fl. som kontrollen av de formella kraven, det som i uppsatsen benämns formkrav. Kontrollen görs för att ett anbud ska kunna prövas i kvalificeringsfasen och därefter utvärderas. Anbudsgivaren måste uppfylla alla de formella kraven i förfrågningsunderlaget, annars skulle det strida mot likabehandlingsprincipen om den upphandlande myndigheten skulle godta det.<sup>333</sup> Kontroll av formkrav kan, som tidigare angetts i punkt 2.2.2 exempelvis gälla underskrifter, tiden då anbudet kommit in, språk och kontroll av bevis såsom intyg och andra certifikat.<sup>334</sup> På senare tid har kammarrättspraxis emellertid uttalat att upphandlande myndigheter kan bortse från att anbudsgivare inte uppfyller vissa formkrav som är oväsentliga för upphandlingen, se punkt 3.1.4 ovan. Vad gäller kontrollen av bevis, intyg och annan dokumentation finns det en begränsning av den upphandlande myndighetens kontroll av dessa i 11 kap. 17 § LOU, myndigheten måste då endast kontrollera handlingar för den eller de leverantörer som myndigheten kan tänkas tilldela kontrakt senare, bestämmelsen beskrivs med i punkt 2.2.3.2 ovan.<sup>335</sup>

Den upphandlande myndigheten gör också en kontroll i enlighet med 10 kap. LOU, men som framgår av punkt 1.3 så behandlar inte uppsatsen den delen.

## 4.2 Krav ska kunna kontrolleras

I samband med att anbudsgivarens anbud prövas i kvalificeringsfasen kan frågan uppkomma huruvida den upphandlande myndigheten har en *skyldighet* att kontrollera att leverantören faktiskt uppfyller de obligatoriska kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Särskilt vid öppet och förenklat förfarande beskriver Sundstrand att det blir fråga om att kontrollera att leverantörerna uppfyller ställda krav, eftersom alla anbudsgivare som klarar kvalificeringskriterierna får sina anbud prövade vid ett sådant förfarande.<sup>336</sup>

Av EU-domstolens mål C-448/01 Wienstrom framgår att den upphandlande myndigheten inte får ställa krav som i realiteten inte kan kontrolleras och att en möjlighet till kontroll ska finnas under hela den tid som kontraktet

---

<sup>333</sup> Asplund m.fl., s. 205 f. och Sundstrand (2013), s. 193.

<sup>334</sup> Asplund m.fl., s. 205 f.

<sup>335</sup> Asplund m.fl., s. 206.

<sup>336</sup> Sundstrand (2013), s. 189. Författarens kursivering.



löper.<sup>337</sup> EU-domstolen anförde att om krav ställs som inte kan kontrolleras så strider det mot principen om likabehandling.<sup>338</sup> Principen om likabehandling innebär, utöver vad som anförts i punkt 2.1.2.1, också en skyldighet att lämna insyn så att det går att kontrollera att principen iakttas. Skyldigheten syftar också till att garantera att det är möjligt att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska.<sup>339</sup> I svenska förarbeten framgår att den upphandlande myndigheten bör säkerställa att de krav och villkor som den ställer är uppföljningsbara och kontrollerbara. Krav som inte följs upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten är inte förenliga med EU-domstolens praxis anges det i förarbetena.<sup>340</sup>

Falk anser att de obligatoriska kraven i upphandlingen ska kontrolleras, men han anför också att det påståendet måste problematiseras. Exempelvis kan ett obligatoriskt krav om att leveranstiden inte får vara längre än två veckor inte kontrolleras före kontraktstilldelningen.<sup>341</sup> Vidare anser han att det inte är möjligt för upphandlande myndigheter att ställa krav på en anbudsgivares tekniska förmåga eller ekonomiska status om de upphandlande myndigheterna inte kontrollerar att anbudsgivarna faktiskt lever upp till de ställda kraven.<sup>342</sup> Rosén Andersson m.fl. anser att tekniska specifikationer såsom prestanda- och funktionskrav måste vara möjliga att kontrollera, dvs. genom att mäta eller utvärdera. Det är anbudsgivaren som ska bevisa att denne uppfyller kraven, till exempel genom en teknisk dossier eller ett testprotokoll av tredje man.<sup>343</sup>

Av kammarrättspraxis har det genom åren rått olika uppfattningar gällande kravens kontrollbarhet. Kammarrätten i Göteborg<sup>344</sup> ansåg i ett mål att det inte funnits någon möjlighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera ett djurskyddskrav. Kammarrätten anförde att en upphandlande myndighet skulle ha en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som gavs in av anbudsgivarna, kunna kontrollera att informationen som lämnades var korrekt. Ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av informationen som lämnas av anbudsgivarna strider mot 1 kap. 9 § LOU anförde domstolen i enlighet med mål C-448/01 Wienstrom. Det räckte därmed inte i målet att anbudsgivaren intygade att denne uppfyllde ett visst djurskyddskrav. Den upphandlande myndigheten hade således inte visat hur kontroll och uppföljning av de kraven skulle ske.<sup>345</sup>

<sup>337</sup> Asplund m.fl., s. 209 och mål C-448/01 Wienstrom.

<sup>338</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, punkt 50.

<sup>339</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, punkt 49. Se även mål C-470/99 Universale-Bau, punkterna 91 och 92 för liknande resonemang. Jfr. även Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11 där djurskyddskrav kunde kontrolleras.

<sup>340</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 269.

<sup>341</sup> Falk, s. 386.

<sup>342</sup> Falk, s. 357.

<sup>343</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 300 och jfr. mål C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna där EU-domstolen framhöll att det finns fler sätt för anbudsgivaren att styrka att en produkt uppfyller ett krav, t.ex. genom teknisk dokumentation från tillverkaren.

<sup>344</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10. Målet handlade också om huruvida djurskyddskraven ansågs vara importrestriktioner i förhållande till EU-rätten.

<sup>345</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, s. 6.

Kammarrätten i Sundsvall<sup>346</sup> prövade också frågan om ett djurskyddskrav för livsmedel kunde kontrolleras. Kammarrätten ansåg att kraven som ställdes i förfrågningsunderlaget hade att göra med hur varorna skulle vara producerade och att sådana krav inte går att kontrollera genom en kontroll av den levererade produkten.<sup>347</sup> Kammarrätten bedömde att en verklig kontroll av kraven inte kunde ske genom att anbudsgivaren själv intygade eller försäkrade att djurskyddskraven kommer uppfyllas eftersom en verklig kontroll skulle behöva utföras av någon i förhållande till anbudsgivaren fristående person eller något fristående organ. Kammarrätten ansåg därmed att en försäkran inte kunde utgöra en effektiv uppföljning och kontroll av djurskyddskraven.<sup>348</sup> Vad gällde inspektioner så kunde dessa enligt kammarrätten endast visa på aktuella eller framtida förhållanden, inte på vad som hänt tidigare, därför kunde inte inspektioner garantera att den vara som upphandlades uppfyllde de krav som ställdes.<sup>349</sup> Eftersom en upphandlande myndigheten enligt kammarrättens mening inte hade gjort sannolikt att en effektiv uppföljning och kontroll skulle kunna ske av djurskyddskraven som ställts i förfrågningsunderlaget, så hade den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU.<sup>350</sup>

Kammarrätten i Stockholm<sup>351</sup> behandlade också frågan om djurskyddskrav, men djurskyddskraven avsåg istället antibiotikaanvändning, transporttider och slaktmetod vid upphandling av livsmedel. Ett intygande från anbudsgivaren att kraven var uppfyllda räckte inte enligt kammarrätten utan kraven måste gå att kontrolleras av den upphandlande myndigheten.<sup>352</sup> Kravet på att antibiotika inte skulle användas i djuruppfödningen gick enligt kammarrätten att kontrollera eftersom den upphandlande myndigheten själv kunde utföra inspektioner på produktionsanläggningarna, studera innehållsförteckningen på förpackningarna eller göra analyser av fodret. Kraven på transporttider och slaktmetod kunde också kontrolleras genom inspektioner enligt kammarrätten.<sup>353</sup> Dessutom hade bolaget innan tilldelningsbeslut fattats, lämnat in bevis på att de uppfyllde djurskyddskraven i upphandlingen. Kammarrätten anförde att den upphandlande myndigheten inte hade någon skyldighet att kontrollera att de uppgifter som lämnats i anbudet var riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte gav anledning att ifrågasätta uppgifterna. Kammarrätten ansåg att det i målet inte hade framkommit omständigheter som borde föranlett den upphandlande myndigheten att vidta ytterligare kontrollåtgärder.<sup>354</sup>

---

<sup>346</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11.

<sup>347</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, s. 8.

<sup>348</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, s. 8.

<sup>349</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, s. 8.

<sup>350</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, s. 9.

<sup>351</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11.

<sup>352</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11, s. 12.

<sup>353</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11, s. 12 f.

<sup>354</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11, s. 13.

Av annan kammarrättspraxis som inte rör djurskyddskrav framgår emellertid att det varken i LOU, svenska förarbeten eller svensk rättspraxis finns någon skyldighet för en upphandlande myndighet att kontrollera om de uppgifter som en upphandlande myndighet lämnar i ett anbud är riktiga, annat än om det i det enskilda fallet skulle ge anledning att ifrågasätta de lämnade uppgifterna.<sup>355</sup> Även Kammarkollegiet anser att krav som den upphandlande myndigheten ställer i förfrågningsunderlaget generellt inte måste kontrolleras. Kraven ska enligt Kammarkollegiet endast kontrolleras om omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning för den upphandlande myndigheten att kontrollera att anbudsgivaren uppfyllt kravet.<sup>356</sup>

### 4.3 Ingen verifiering, ingen kontrollskyldighet

Enligt rättspraxis kan den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet inte sträcka sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifterna i anbuden och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget.<sup>357</sup> Kammarrätten i Göteborg<sup>358</sup> var den första som anförde att det förhöll sig på det viset. I målet hade anbudsgivarna svarat jakande på om ett krav var uppfyllt. Senare visade det sig att de ändå inte uppfyllde de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten var dock inte medveten om det vid utvärderingen utan uppgifterna framkom först vid överprövningsprocessen. Kammarrätten anförde att den upphandlande myndigheten inte kan bortse från de brister som uppkommer i en överprövningsprocess, men att den upphandlande myndighetens skyldighet att kontrollera att uppgifter som lämnas stämmer inte sträcker sig längre än att en jämförelse ska göras mellan uppgifter i anbuden och de krav som ställs i förfrågningsunderlaget, om det inte finns anledning att ifrågasätta uppgifterna.<sup>359</sup> I ett annat mål vid samma kammarrätt<sup>360</sup> behandlades frågan återigen. Ett antal upphandlande myndigheter upphandlade bland annat en trygghetstelefon. I förfrågningsunderlaget fanns det emellertid inte något obligatoriskt krav på att uppgifterna avseende trygghetstelefonen skulle styrkas genom en produktspecifikation eller liknande.<sup>361</sup> Den vinnande leverantören hade inte heller bifogat en specifikation till sitt anbud, utan endast bekräftat jakande att de uppfyllde kravet. Kammarrätten anförde att

---

<sup>355</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, mål nr 3105-11 och mål nr 3107-11, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11 och mål nr 1472--1474-11, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2427-11 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5113-13.

<sup>356</sup> Kammarkollegiets vägledning 2011:4 "Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster", s. 48.

<sup>357</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, s. 5 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13, s. 5. Jfr. även Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 12255-13, 12257-13, 12258-13, 12260-13, s. 7 och Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 8917-11 E, s. 12.

<sup>358</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09.

<sup>359</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, s. 5.

<sup>360</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417—6422-10.

<sup>361</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417—6422-10, s. 6.

det varken i LOU, förarbeten eller rättspraxis ges något stöd för att den upphandlande myndigheten skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnas i ett anbud avseende kraven på det upphandlade föremålet i sig är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta detta.<sup>362</sup> Enligt kammarrätten kunde en sådan kontrollskyldighet i vart fall inte sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget.<sup>363</sup>

Av Kammarrättens i Jönköping<sup>364</sup> dom framgår att tre upphandlande myndigheter skulle upphandla skrivare och där ett av kraven var att skrivaren skulle levereras med en viss drivrutin. Något bevis som styrkte att kravet var uppfyllt ställdes inte utan det som krävdes var att anbudsgivarna verifierade att kravet var uppfyllt genom att svara jakande i anbudet. Den vinnande leverantören hade ändå bifogat produktfakta och intyg på att skrivaren uppfyllde ställda krav. Ett annat bolag ansökte om överprövning och anförde att den vinnande leverantörens skrivare inte alls uppfyllde kravet och att det framgick av produktinformationen som lämnats in. Kammarrätten började med att konstatera att de upphandlande myndigheterna inte ställt några krav på att den vinnande leverantören skulle visa att det obligatoriska kravet på drivrutin var uppfyllt. Kammarrätten anförde även att det inte fanns stöd för att en upphandlande myndighet var skyldig att kontrollera om uppgifter som lämnas in avseende kraven som ställdes på upphandlingsföremålet var riktiga. Kontrollskyldigheten sträcker sig då endast till att jämföra uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget.<sup>365</sup>

Samma resonemang fördes i ett annat mål, också vid Kammarrätten i Jönköping<sup>366</sup>, målet behandlades närmare i punkt 3.1.3 ovan. I målet ansåg bolaget som ansökte om överprövning att den upphandlande myndigheten borde ha ifrågasatt den vinnande leverantörens anbud. Kammarrätten poängterade även i det målet att den upphandlande myndigheten inte krävt att anbudsgivarna skulle verifiera att kravet om fordonens utrustning i form av en bakgavelhiss var uppfyllt. Kammarrätten konstaterade, såsom framgår av de andra kammarrättsavgörandena ovan, att det inte finns stöd för att en upphandlande myndighet enligt LOU, förarbeten eller rättspraxis skulle vara skyldig att kontrollera ett anbuds riktighet vad gäller uppgifter som anbudsgivare lämnar. Kontrollen skulle inte behöva sträcka sig längre än till att jämföra uppgifterna i anbudet med de obligatoriska kraven som ställts.<sup>367</sup>

---

<sup>362</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417—6422-10, s. 6.

<sup>363</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417—6422-10, s. 6.

<sup>364</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1472--1474-11.

<sup>365</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1472--1474-11, s. 3 f.

<sup>366</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11.

<sup>367</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, s. 5.

## 4.4 Upphandlande myndigheter kan begära bevis ex officio

Det finns emellertid kammarrättsavgöranden som uttalar att krav där verifiering saknas ändå kan kontrolleras av den upphandlande myndigheten. I ett mål från Kammarrätten i Göteborg<sup>368</sup> hade en upphandlande myndighet inte efterfrågat några bevis för att anbudsgivarna skulle visa att ett obligatoriskt krav på en skumbrandsläckare var uppfyllt. Den upphandlande myndigheten hade endast krävt att anbudsgivarna skulle avge en självdeklaration i form av ett ”Ja” eller ”Nej”-svar.<sup>369</sup> Den upphandlande myndigheten valde dock att senare begära in ett produktblad från en anbudsgivare som bevis för kravuppfyllelse. Kammarrätten ansåg att det inte fanns något hinder för att en upphandlande myndighet senare kunde kontrollera krav även om bevis inte krävdes i förfrågningsunderlaget. Domstolen ansåg att bara för att förfrågningsunderlaget saknade krav om att anbudsgivaren redan i sitt anbud skulle visa att de obligatoriska kraven var uppfyllda, utgjorde det inte i sig något skäl till att frångå huvudregeln om att det ankommer på anbudsgivaren att visa att de obligatoriska kraven är uppfylla om den frågan skulle uppkomma.<sup>370</sup>

Även Kammarrätten i Jönköping<sup>371</sup> resonerade på liknande sätt. Domstolen fann att så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, så är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma *om* och *hur* anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att de obligatoriska kraven är uppfyllda.<sup>372</sup> Omständigheten att den upphandlande myndigheten valt att i förfrågningsunderlaget inte uppställa särskilda krav, innebar enligt kammarrätten inte att myndigheten överlämnat till anbudsgivaren att avgöra om de obligatoriska kraven var uppfyllda eller inte. Att förfrågningsunderlaget saknade krav om att anbudsgivaren i sitt anbud skulle visa att de obligatoriska kraven uppfyllda, utgjorde enligt kammarrätten inte i sig något skäl att frångå huvudprincipen att det ankommer på anbudsgivaren att visa att det obligatoriska kravet var uppfyllt om den frågan skulle uppkomma.<sup>373</sup>

## 4.5 Kontroll av obligatoriska krav fick ske

I Kammarrätten i Stockholm<sup>374</sup> fick den upphandlande myndigheten kontrollera en projektledares referenser i ett CV som anbudsgivaren angett i anbudet. I förfrågningsunderlaget hade den upphandlande myndigheten ställt ett krav på att anbudsgivarna skulle styrka en projektledares

---

<sup>368</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661-13.

<sup>369</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661-13, s. 1.

<sup>370</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661-13, s. 3.

<sup>371</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10.

<sup>372</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10, s. 3. Författarens kursivering.

<sup>373</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10, s. 3.

<sup>374</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1860-13.

kompetens och erfarenhet genom att fylla i anbudsformuläret och bifoga projektledarens CV där uppgifterna skulle framgå tydligt. Bolaget som ansökte om överprövning hävdade att anbudsgivaren inte uppfyllt det obligatoriska kravet på efterfrågat sätt och att den upphandlande myndigheten genom att kontakta referenspersonen tillät anbudsgivaren att göra en otillåten komplettering.<sup>375</sup> Kammarrätten ansåg att anbudsgivaren korrekt hade lämnat in samtliga efterfrågade uppgifter till den upphandlande myndigheten och att den upphandlande myndigheten inte hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera anbudet.<sup>376</sup> Kammarrätten anförde också att eftersom en upphandlande myndighet har en rättighet, men inte en skyldighet att kontrollera riktigheten i de uppgifter som en anbudsgivare lämnar, så kan det inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten i målet kontrollerade de referenser som anbudsgivaren hade lämnat i sitt anbud.<sup>377</sup>

I ett mål vid Kammarrätten i Stockholm<sup>378</sup> upphandlades ytterplagg till försvaret. I förfrågningsunderlaget angavs att den upphandlande myndigheten skulle göra egna tester på plaggen för att kontrollera att plaggen uppfyllde kraven på hög funktionalitet. Kammarrätten ansåg att testet var både en lämplig och effektiv åtgärd för att kontrollera anbudet. Åtgärden ansågs också vara nödvändig för att uppnå syftet med upphandlingen. Att ytterligare göra en kontroll av tygprovet innebar ingen olägenhet för anbudsgivarna förutsatt att testet utfördes enligt vad som angavs i förfrågningsunderlaget och med beaktande av likabehandlingsprincipen. Förbehållet för egna tester var därför inte oproportionerligt enligt kammarrätten.<sup>379</sup>

Om den upphandlande myndigheten hyser tvivel om att en anbudsgivare uppfyller ett visst krav, kan den upphandlande myndigheten begära dokumentation för att se om så är fallet. Att den upphandlande myndigheten inte har gjort det, ska inte ligga anbudsgivaren till last enligt Kammarrätten i Sundsvall<sup>380</sup>, när det inte av förfrågningsunderlaget framgår att viss certifiering eller dokumentation ska ges till den upphandlande myndigheten.<sup>381</sup>

## 4.6 Kontroll av obligatoriska krav borde ha skett

En upphandlande myndighet har emellertid en viss kontrollskyldighet för att anbudsgivarna uppfyller kraven i upphandlingen.<sup>382</sup> I ett mål från

<sup>375</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1860-13, s. 6.

<sup>376</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1860-13, s. 7.

<sup>377</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1860-13, s. 7.

<sup>378</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1302-14.

<sup>379</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1302-14, s. 6.

<sup>380</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3211-13.

<sup>381</sup> Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3211-13, s. 5.

<sup>382</sup> Jfr. Rosén Andersson m.fl., s. 615.

Kammarrätten i Göteborg<sup>383</sup> upphandlade två myndigheter ett hyllsystem för kompaktförvaring i tre magasin. I förfrågningsunderlaget angavs med vilka format och inom vilken ungefärlig yta som magasinerna skulle inredas. Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgick vilka förutsättningar och krav som gällde för hyllsystemen som skulle upphandlas och enligt kammarrätten kunde kraven inte uppfattas som annat än obligatoriska krav.<sup>384</sup> Bolaget som ansökte om överprövning ansåg att den vinnande anbudsgivarens offererade hyllsystem översteg maxbelastningen som angavs i förfrågningsunderlagets kravspecifikation och att kravet på avstånd mellan hyllornas takplan och innertak inte var uppfyllt. Myndigheterna menade å sin sida att alla krav var uppfyllda eftersom den vinnande anbudsgivaren hade svarat att samtliga krav accepterades. Myndigheterna ansåg att kraven var kontraktuella villkor som kunde uppfyllas först vid leverans.<sup>385</sup> Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens domslut. Förvaltningsrätten anförde följande:

”Förvaltningsrätten bedömer såsom framgått ovan, att det rör sig om sådana obligatoriska krav och anser att upphandlande myndigheter vid sin bedömning av om kraven är uppfyllda inte kan nöja sig med att konstatera att en anbudsgivare i sitt anbud uppgett att samtliga krav i förfrågningsunderlaget accepteras, i vart fall inte om det finns andra uppgifter i anbudet enligt vilka kan bedömas om visst krav är uppfyllt eller inte.”<sup>386</sup>

De upphandlande myndigheterna skulle därför ha prövat om anbuden uppfyllde de obligatoriska kraven. Bristen att myndigheterna inte prövat kravuppfyllelsen gjorde att det sökande bolaget kunde anses ha lidit skada. Domstolen förordnade därför att anbudsprövningen skulle göras om varvid de upphandlande myndigheterna skulle kontrollera och bedöma om anbuden uppfyllde de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlagets kravspecifikation.<sup>387</sup>

## 4.7 Kontroll måste ske vid misstanke

Av Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, som också behandlades i punkt 3.3 ovan, uttalade kammarrätten följande om den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet:

”Om fråga uppkommer om en anbudsgivare uppfyller ställda krav måste upphandlande myndighet undersöka om så är fallet. Det gäller även om anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget inte varit skyldig att ge in bevis på att kravet uppfyllts.”<sup>388</sup>

---

<sup>383</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6690-11 och 6691-11. Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens bedömning, Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E.

<sup>384</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E, s. 9 f.

<sup>385</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E, s. 10.

<sup>386</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E, s. 11.

<sup>387</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E, s. 11.

<sup>388</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, s. 5.

Efter det behandlar kammarrätten tidpunkten för när kravet får anses vara uppfyllt, se den redogörelsen närmare i punkt 3.3. Kammarrätten anför därmed att den upphandlande myndigheten måste undersöka om anbudsgivaren uppfyller kravet om det skulle uppkomma en fråga om kravuppfyllelsen.<sup>389</sup>

## 4.8 Kontrollen måste vara förutsägbar

Den upphandlande myndigheten får emellertid inte göra kontroller om det inte är förutsägbart för anbudsgivaren att en kontroll kommer ske. I Kammarrätten i Stockholm<sup>390</sup> hade en anbudsgivare uteslutits eftersom de offererade produkterna i anbudet i vissa fall inte stämde överens med de produkter som fanns i bolagets webbsortiment. Kammarrätten började med att konstatera det kammarrätterna i målen ovan hade anfört, dvs. att det inte finns någon generell skyldighet för en upphandlande enhet att kontrollera att leverantörens lämnade uppgifter i anbudet är riktiga, om det inte finns anledning för den upphandlande myndigheten att ifrågasätta dem. Kammarrätten ansåg också, i enlighet med de övriga kammarrätterna ovan, att den upphandlande myndighetens utredningsskyldighet inte kunde sträcka sig längre än att en jämförelse skulle göras mellan uppgifterna i anbudet och de krav som angetts i förfrågningsunderlaget om det inte finns skäl att ifrågasätta uppgifterna.<sup>391</sup> Enligt kammarrättens mening hade det inte framkommit någon omständighet som gav den upphandlande enheten anledning att ifrågasätta de uppgifter som anbudsgivaren hade gett. Endast den omständigheten att en produkt inte fanns eller hade en annan volym i anbudsgivarens webbsortiment innebar inte att anbudsgivaren inte kunde tillhandahålla produkten.<sup>392</sup> Kammarrätten anförde också att det inte i förfrågningsunderlaget hade angetts att offererade artiklar skulle finnas i anbudsgivarens butik eller att en kontroll mot utbudet i webbutiken skulle ske. Prövningen som den upphandlande enheten hade gjort av anbudet var därmed inte förutsägbar för anbudsgivarna och stred mot transparensprincipen.<sup>393</sup>

---

<sup>389</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, s. 5.

<sup>390</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4060-14.

<sup>391</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4060-14, s. 3. Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417-6422-10, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1472--1474-11 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09.

<sup>392</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4060-14, s. 4.

<sup>393</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4060-14, s. 4.



# 5 Analys

## 5.1 Introduktion

Upphandlingsdirektivens syfte är att främja den gemensamma inre marknaden inom EU genom fri konkurrens i enlighet med EU:s grundsyfte. Direktiven ligger till grund för den svenska upphandlingsrätten. Syftet med upphandlingsrätten i Sverige är, utöver att främja konkurrensen, också att den upphandlande myndigheten ska erhålla det bästa och mest ekonomiskt förmånliga kontraktet för den vara eller tjänst som myndigheten upphandlar. Samtidigt ska givetvis den upphandlande myndigheten iaktta de grundläggande principerna inom upphandlingsrätten under hela upphandlingsprocessen. För att uppnå syftet med upphandlingslagstiftningen och för att upphandlande myndigheter ska få varan eller tjänsten som de efterfrågar, krävs det att den upphandlande myndigheten vet hur den ska gå till väga när den utformar förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Avgörande betydelse får då de obligatoriska kraven som ställs i förfrågningsunderlaget.

Enligt min uppfattning har det inte varit helt klart vilka obligatoriska krav som kan ställas i ett förfrågningsunderlag, tidpunkten för när de ska vara uppfyllda och huruvida den upphandlande myndigheten måste kontrollera att anbudsgivaren faktiskt uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. De frågorna har jag valt att utreda i uppsatsen och de ska analyseras i följande avsnitt. Frågeställningarna som ska besvaras i analysen är följande:

- Vilka obligatoriska krav kan ställas i ett förfrågningsunderlag i en offentlig upphandling?
- Vid vilken tidpunkt ska de obligatoriska kraven vara uppfyllda?
- Har en upphandlande myndighet en skyldighet att kontrollera om en anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen? Och i så fall, hur långt sträcker sig den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet?

## 5.2 Vilka obligatoriska krav kan ställas?

Frågeställningen ”*Vilka obligatoriska krav kan ställas i ett förfrågningsunderlag?*” var inledningsvis svår att konkretisera. Vid en första granskning fanns det inte något klart svar på frågan och ingen har tidigare utrett den. I slutet av arbetet insåg jag varför ingen utrett frågan tidigare – det är svårt att säga exakt vilka obligatoriska krav som kan ställas i ett förfrågningsunderlag eftersom kraven varierar beroende på kontraktsföremålet och vilka krav som anses vara *nödvändiga* till den grad att de blir obligatoriska krav.

Enligt utredningen i uppsatsen kan jag fastställa att följande obligatoriska krav kan ställas i ett förfrågningsunderlag:

- Krav på leverantören – kvalificeringskrav enligt 11 kap. LOU
- Krav på varan eller tjänsten – t.ex. krav av teknisk karaktär enligt 6 kap. LOU
- Formkrav
- Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt

Nedan kommer de olika obligatoriska kraven att behandlas var för sig.

## 5.2.1 Kvalificeringskrav

Krav på leverantören, dvs. kvalificeringskraven enligt 11 kap. LOU, är att anse som obligatoriska krav. Syftet med kraven är att möjliggöra för den upphandlande myndigheten att kontrollera anbudsgivarnas *lämplighet* och *förmåga* att leverera det som myndigheten efterfrågar. Kraven som ställs på anbudsgivaren gäller dennes tekniska, yrkesmässiga och ekonomiska kapacitet. Det kan exempelvis röra sig om leverantörernas erfarenhet, personalstyrka, utrustning och förmåga att hålla tidsfrister. Kraven är ställda såsom minimikrav på vad den upphandlande myndigheten minst förväntar sig att leverantören ska kunna leverera och kraven är obligatoriska. Anbudsgivare som inte uppfyller kraven går inte vidare till utvärdering. Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet hos anbudsgivarna ska den kontrolleras och bedömas, se 11 kap. 10 § LOU. Begränsning av denna kontroll kan ske enligt 11 kap. 17 § LOU.

I 11 kap. LOU finns det också bestämmelser om att anbudsgivaren kan verifiera att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Till varje bevis som krävs måste det finnas ett krav. Krav på bevisning och intyg anses också vara obligatoriska krav, men de kan snarare ses som formkrav till sin karaktär och inte kvalificeringskrav. Enligt min uppfattning skulle man kunna säga att formkraven ska bevisa kvalificeringskraven. Det är därmed skillnad på krav och bevis som ska styrka kravet, se punkt 2.2.3.1 ovan.

Enligt min uppfattning verkar det vara så att termen ”kvalificeringskrav” också kan användas som en allmän term för att beskriva krav som ställs när leverantören ska kvalificeras, dvs. då kan exempelvis även obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt kallas kvalificeringskrav, se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13. Begreppsapparaten för obligatoriska krav är därmed inte helt klar.

## 5.2.2 Obligatoriska krav på varan eller tjänsten

Det finns också obligatoriska krav på själva varan eller tjänsten som upphandlas. Dessa är dock svårare att identifiera i detalj eftersom de ser olika ut beroende på vad som upphandlas. Kraven får dock inte strida mot

principerna i 1 kap. 9 § LOU. Kraven på kontraktetsföremålet kan emellertid framgå av kravspecifikationen och kan exempelvis vara tekniska specifikationer enligt 6 kap. LOU, såsom prestanda- eller funktionskrav med tillhörande miljöegenskaper. Det är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma vilka bevis som ska kopplas till respektive krav på kontraktetsföremålet, så länge det inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Även här kan kravet på verifiering enligt min uppfattning vara ett formkrav. Om ett bevis eller intyg krävs men anbudsgivaren inte bifogar beviset, strider det mot likabehandlingsprincipen om den upphandlande myndigheten ändå skulle anta anbudet. Det finns inte några bestämmelser i LOU om att kraven för kontraktetsföremålet ska kunna verifieras genom intyg eller annan dokumentation, utan det är upp till den upphandlande myndigheten att ställa sådana krav. Däremot har EU-domstolen mål C-488/01 Wienstrom påtalat vikten av att alla krav ska kunna kontrolleras av den upphandlande myndigheten och att en kontroll bäst kan ske genom verifiering i form av intyg eller andra handlingar.

### 5.2.3 Formkrav

Det finns obligatoriska krav som är av ordningskaraktär i förfrågningsunderlaget. Som framgår i punkt 2.2.2 ovan kan det röra sig om krav på underskrift, tid för anbudsinlämnande, vilket språk anbudet ska vara på eller övriga uppgifter som intyg, certifikat, referenser, bevis om teknisk och ekonomisk kapacitet, rubriksättning och andra dokument som begärs i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten har stor frihet att själv utforma formkrav i sin upphandling, se Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2370-13. Enligt Rosén Andersson m.fl. är det vid utformningen av förfrågningsunderlaget viktigt att den upphandlande myndigheten formulerar kraven på ett tydligt och transparent sätt och inte ställer onödiga formkrav som endast kan bli kostsamma för den upphandlande myndigheten och för anbudsgivaren. Formkrav som ställs i förfrågningsunderlaget får inte heller vara oproportionerliga eller strida mot de andra grundläggande principerna i upphandlingsrätten.

Av senare tids kammarrättspraxis<sup>394</sup> går det, enligt min uppfattning, att utläsa en allt liberalare syn på kravuppfyllelse hos anbudsgivare av obligatoriska formkrav. Domstolarna har ansett att vissa formkrav är irrelevanta och oväsentliga för att uppnå det efterstävande syftet med upphandlingen och att det därför inte gör något att en anbudsgivare inte uppfyllt ett sådant krav. Jag anser att utvecklingen därmed går åt rätt håll eftersom domstolarna visar att fokus bör vara på det som är viktigt i upphandlingen, nämligen kontraktetsföremålet och inte om en anbudsgivare missat att uppfylla ett irrelevant formkrav i upphandlingen. Det ska emellertid påpekas att formkrav kan vara viktiga för att styrka att ett annat obligatoriskt krav, såsom kvalificeringskrav eller krav på varan eller tjänsten, faktiskt är uppfyllt.

---

<sup>394</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2391-12, mål nr 3192-13 och mål nr 1547-14.

Om en upphandlande myndighet ska ställa formkrav så måste dessa krav i enlighet med proportionalitetsprincipen stå i rimlig proportion till syftet med upphandlingen och de måste fylla någon nämnvärd funktion i upphandlingen. Kraven får således inte vara irrelevanta, oväsentliga eller ha ringa betydelse för upphandlingen. Enligt min uppfattning har kammarrättspraxis den senaste tiden varit rimlig vad gäller synen på formkrav. Det är enligt min åsikt viktigt att domstolarna, och i förlängningen också den svenska lagstiftaren, poängterar att upphandlande myndigheter har ett ansvar att ställa krav som har relevans för föremålet i upphandlingen. Lagstiftaren skulle exempelvis i förarbetena kunna ge några exempel på formkrav som upphandlande myndigheter kan undvika att ställa. I enlighet med Rosén Andersson m.fl. anser jag att krav som i förlängningen endast blir kostnadsdrivande och tidskrävande, eftersom de ofta blir föremål för överprövning, inte bör förekomma i förfrågningsunderlag.

#### **5.2.4 Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt**

Efter att ha studerat kammarrättspraxis<sup>395</sup>, se punkt 3.1.3 ovan, konstaterar jag att det finns obligatoriska krav i förfrågningsunderlag som har en senare verifieringstidpunkt. Anbudsgivarna behöver inte tillhandahålla allt som den upphandlande myndigheten efterfrågar när anbudet lämnas in, utan det räcker i vissa fall att svara jakande på om kravet är uppfyllt för att anbudsgivaren senare kan visa att kravet är uppfyllt. Det skulle också, i enlighet med mål C-234/03 Contse, vara oproportionerligt att kräva att alla krav ska vara uppfyllda vid anbudets inlämnande, exempelvis tillhandahållande av lokaler eller utbildad personal. Huruvida dessa krav kan ställas som särskilda kontraktsvillkor eller obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt är dock enligt min uppfattning oklart och det verkar snarare vara upp till den upphandlande myndigheten att avgöra hur dessa krav ska utformas.

Ett typiskt problemscenario för obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt är scenarion som i ”sfi-upphandlingen”, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13. Kravet på lärarkompetens skulle i målet verifieras en månad innan avtalstidens början och den upphandlande myndigheten skulle då kontrollera att leverantörerna skulle kunna tillhandahålla den andel behöriga lärare som offererats i anbudet. I målet hade de tre leverantörerna som tillslut tilldelades kontraktet svarat jakande på om de vid en senare tidpunkt kunde uppfylla kraven på behöriga lärare. Inte alla leverantörerna visade sig senare kunna uppfylla kraven, och den upphandlande myndigheten stod därför efter genomförd upphandling utan behöriga lärare. Påpekas bör, att till och med domstolen i målet uttalade att det inte gick att svara på om avtalsleverantörerna skulle komma att uppfylla

---

<sup>395</sup> Exempelvis Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12.

kraven, vilket jag anser är anmärkningsvärt. I domskälen kan det enligt min uppfattning utläsas en viss tveksamhet från domstolens sida i hur den upphandlande myndigheten hade utformat förfrågningsunderlaget, och det trots att domstolen ansåg att kravet i sig inte stred mot proportionalitetsprincipen.

Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt är därmed enligt min uppfattning problematiska eftersom en anbudsgivare i princip kan ljuga sig till ett kontrakt genom att svara jakande på att de uppfyller ett krav som kan verifieras senare, såsom skedde i sfi-upphandlingen, och därefter ändå inte leverera det den lovat. Givetvis kan den upphandlande myndigheten i sina kommersiella villkor belägga sådana överträdelser med vite eller ange hävningsgrunder, men det löser inte problemet med att anbudsgivare kan ljuga sig till ett kontrakt i upphandlingsprocessen och på så sätt konkurrera ut andra anbudsgivare som eventuellt hade kunnat leverera det den upphandlande myndigheten efterfrågar. Advokaterna Sandstedt och Ulfsson beskriver dessa jakande svar som en "avtalsrättslig garanti" mellan den upphandlande myndigheten och leverantören, vilket jag anser är ett passande begrepp.

Så hur ska den upphandlande myndigheten komma runt problemet med att anbudsgivare lovar eller garanterar att de kommer uppfylla obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt? Det är svårt att komma runt problemet i sig, eftersom vissa krav helt enkelt inte får ställas vid anbudets inlämnande eftersom de skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Den upphandlande myndigheten kan då istället ställa dessa speciella krav som särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlaget, som anbudsgivaren endast måste acceptera för att vinna kontraktet. Då utgör inte kraven längre obligatoriska krav som den upphandlande myndigheten måste kontrollera innan avtalet tecknas. Uppföljning av de särskilda kontraktsvillkoren blir därmed av stor betydelse för den upphandlande myndigheten, för att se om leverantören håller det den accepterat i förfrågningsunderlaget under upphandlingsprocessen.

Vidare så kan den upphandlande myndigheten skriva kommersiella villkor med vitesbestämmelser och hävningsmöjligheter som rör avtalsrelationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantören, för att skydda sig mot senare avtalsrättsliga problem. Den upphandlande myndigheten har också möjlighet att följa upp och kontrollera så att leverantören faktiskt uppfyller det den lovat, även efter anbudstidens utgång och tiden därefter. Eventuella tvistigheter efter avtalsslut får dock anses bli avtalsrättsliga problem som får lösas enligt avtalsrättens regler.

## 5.2.5 Skillnaden mellan obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor

Den reella skillnaden mellan obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor enligt Falk är att de obligatoriska kraven kan kvalificera en leverantör i upphandlingen och det kan inte särskilda kontraktsvillkor.<sup>396</sup> Förarbetena anger att särskilda kontraktsvillkor skulle ha det namnet eftersom det var fråga om villkor som inte var krav på leverantören eller kvalificeringskrav, utan villkor som tillkommer utöver de kraven. Förarbetena anger också att villkoren utgör en förpliktelse som anbudsgivaren måste acceptera. Den upphandlande myndigheten kan därför ställa krav på att anbudsgivarna ska bekräfta att de kommer att uppfylla villkoren om de tilldelas kontraktet och skulle en anbudsgivare inte acceptera villkoren kommer dennes anbud att förkastas.<sup>397</sup> EU-domstolen har å sin sida inte specifikt uttalat sig om vad skillnaden är mellan obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor, men i mål C-234/03 Contse och mål 31/87 Beentjes behandlades i vart fall obligatoriska krav och dess relation till särskilda kontraktsvillkor.

Av ordalydelsen är i 6 kap. 13 § LOU kan också utläsas att särskilda kontraktsvillkor endast har med *fullgörandet* av ett kontrakt att göra och alltså inte tilldelningen av kontrakt. Vidare kan ett obligatoriskt krav ibland anses vara oproportionerligt att ställa som ett obligatoriskt krav. Kravet kan istället passa bättre som ett särskilt kontraktsvillkor, t.ex. såsom tillgång till lokaler vid avtalsstart. Problemet är emellertid att det av den rättspraxis, som det redogjorts för i punkt 3.1.3 ovan, framgår att upphandlande myndigheter ibland verkar blanda ihop obligatoriska krav med särskilda kontraktsvillkor, vilket enligt min uppfattning skapar förvirring hos anbudsgivarna om vilket som är vad. Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt kan nämligen ofta vara utformade såsom särskilda kontraktsvillkor, med ”Ja” och ”Nej” svar som anbudsgivarna måste svara på.

Enligt min uppfattning blir därför skillnaden mellan särskilda kontraktsvillkor och obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt hårfin och det är inte alltid som anbudsgivare vet eller upptäcker skillnaden mellan dem. Något som en anbudsgivare tror är ett obligatoriskt krav kan då istället vara ett särskilt kontraktsvillkor eller tvärtom, och vid en överprövningsprocess kan en leverantören som ansöker om överprövning inte vinna framgång med sin talan om denne inte förstått vad som är ett obligatoriskt krav eller särskilt kontraktsvillkor. För att skapa ett transparent och lättförståeligt förfrågningsunderlag, bör därför upphandlande myndigheter enligt min mening tydligt markera i förfrågningsunderlaget vad som är obligatoriska krav och när de ska vara uppfyllda, samt vad som är särskilda kontraktsvillkor. Särskilda kontraktsvillkor kan exempelvis skrivas i ett separat dokument med rubriken ”Särskilda kontraktsvillkor” i

<sup>396</sup> Jfr. det Falk skriver om mål C-225/98 Région Nord-Pas-de-Calais på s. 263 i hans bok.

<sup>397</sup> Jfr. prop. 2001/02:142 s. 94.

förfrågningsunderlaget. Även om sådana markeringar redan görs av upphandlande myndigheter idag, bör myndigheterna dock bli bättre på att tydligt visa vad som är obligatoriska krav och särskilda kontraktsvillkor, så att anbudsgivarna är väl informerade när de lämnar anbud.

### 5.3 Tidpunkten för kravuppfyllelse

Den andra frågeställningen som har utretts i uppsatsen är vid vilken tidpunkt de obligatoriska kraven ska vara uppfyllda. I rättspraxis har det uttalats att om inget annat framgår av förfrågningsunderlaget ska kraven vara uppfyllda innan sista dagen för anbudsinslämning.<sup>398</sup> Skulle det däremot framgå av förfrågningsunderlaget att det rör sig om ett obligatoriskt krav med senare verifieringstidpunkt, så behöver kravet inte vara uppfyllt förrän den tid som förfrågningsunderlaget anger.<sup>399</sup> I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, framgick det inte av förfrågningsunderlaget när det obligatoriska kravet skulle vara uppfyllt, men med tanke på att det var kort tid mellan sista dagen för att lämna anbud och när kontraktet skulle påbörjas, ansåg kammarrätten att kravet skulle vara uppfyllt senast vid sista dagen för att lämna anbud.

Jag kan därmed konstatera att tidpunkten för när kraven ska vara uppfyllda beror på vilket obligatoriskt krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Om kravet ska uppfyllas vid en senare tidpunkt än vid anbudets inslämning, ska även den upphandlande myndighetens kontroll av om kraven är uppfyllda ske vid den tidpunkten.<sup>400</sup> Därför har tidpunkten för kravuppfyllelsen också betydelse för när den upphandlande myndigheten gör sin kontroll av kraven. Advokaterna Sandstedt och Ulfsson Forssell anser att kraven ska vara uppfyllda när kontrollen av dem sker, enligt min uppfattning förutsätter det emellertid att den upphandlande myndigheten har ställt ett krav på att verifiering av kraven ska ske för att en kontrollskyldighet ska föreligga. Har den upphandlande myndigheten inte ställt något krav på verifiering, kan det utläsas av rättspraxis att den upphandlande myndigheten inte heller har någon skyldighet att kontrollera att kraven är uppfyllda, se mer om det i punkt 5.4.2 nedan.

### 5.4 Kontrollskyldighet av obligatoriska krav

Nästa frågeställning att besvara är huruvida upphandlande myndigheter har en skyldighet att kontrollera att anbudsgivarna uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Majoriteten av den kammarrättspraxis som behandlats i uppsatsen anför att det enligt LOU, förarbetena och rättspraxis

---

<sup>398</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, mål nr 6247-12, mål nr 3688-14 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13.

<sup>399</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, mål nr 6247-12.

<sup>400</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13.

inte finns någon generell skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera att anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. En kontroll måste dock göras om den upphandlande myndigheten misstänker att anbudsgivaren inte uppfyller kravet eller om omständigheterna i det enskilda fallet gör att den upphandlande myndigheten kan ifrågasätta uppgifterna som lämnats. Kammarrättpraxis har också i vissa fall angett att kontrollen i vart fall inte måste sträcka sig längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

Av mål C-448/01 Wienstrom framgår att krav som ställs i en upphandling måste vara möjliga att kontrollera för att likabehandlingsprincipen ska kunna uppfyllas. Vissa kammarrättsavgöranden som behandlat frågan om den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet av obligatoriska krav har emellertid inte tagit upp frågan om att kraven i sig måste *kunna kontrolleras* i enlighet med mål C-448/01 Wienstrom och likabehandlingsprincipen, utan kammarrätterna har endast anfört att den upphandlande myndigheten inte har någon *skyldighet att kontrollera* att de obligatoriska kraven är uppfyllda.<sup>401</sup> Det går därför enligt min mening att utläsa en skillnad mellan att en upphandlande myndighet *kan kontrollera* att kraven är uppfyllda, och att den upphandlande myndigheten *ska kontrollera* att kraven är uppfyllda.

## 5.4.1 Kontroll av djurskyddskrav

Kammarrättsavgörandena som rört djurskyddskrav vid upphandling av livsmedel har särskilt behandlat frågan om att kraven ska kunna kontrolleras i enlighet med likabehandlingsprincipen och mål C-448/01 Wienstrom.<sup>402</sup> Av Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, framgår att den upphandlande myndigheten inte haft möjlighet att kontrollera ett djurskyddskrav och att det stred mot likabehandlingsprincipen. Det räckte enligt domstolen inte med att anbudsgivaren intygade att denne uppfyllde ett krav. I Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, anförde domstolen att krav måste kunna kontrolleras och att det inte räckte med att anbudsgivaren intygade att kravet var uppfyllt. Kraven i upphandlingen handlade om hur varorna var producerade och det gick enligt kammarrätten inte att kontrollera desamma. Kontrollen skulle behöva genomföras av en fristående person eller organ till anbudsgivaren. Kammarrätten anförde att inspektioner från den upphandlande myndigheten inte kunde garantera att varan uppfyllde kraven som ställdes, och någon effektiv prövning och kontroll av djurskyddskraven kunde inte ske. I Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11, var det däremot accepterat att den upphandlande myndigheten gjorde inspektioner i förhållande till de ställda djurskyddskraven på antibiotikaanvändning, transporttider och slaktmetod vid en upphandling av

---

<sup>401</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09 och mål nr 6417—6422-10 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11 och mål nr 1472--1474-11.

<sup>402</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11 och Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11.



livsmedel. Anbudsgivaren hade också intygat att denne uppfyllde djurskyddskraven, vilket räckte enligt kammarrätten, och den upphandlande myndigheten hade inte behövt vidta fler åtgärder för att kontrollera att kraven uppfyllts.

Kammarrätterna resonerar därmed olika kring kontrollen av djurskyddskrav. I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, anser kammarrätterna att kontroll av kraven inte kunde ske och att inspektioner inte var tillräcklig åtgärd för att kontrollera att kraven uppfylldes. En anbudsgivarens intygande om att denne uppfyllde kraven räckte inte i målen för att kraven skulle anses vara uppfyllda. I Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11, däremot, ansågs inspektioner vara berättigade och anbudsgivarens intygande av att denne uppfyllde kraven i upphandlingen godkändes.

Det är viktigt att påpeka att djurskyddskraven var olika i de tre målen och att det förmodligen var därför kammarrätterna kom fram till olika slutsatser vad avsåg kontrollen av kraven. Jag anser emellertid att det inte är rättssäkert, vare sig upphandlande myndigheter eller leverantörer, att inte veta vilka åtgärder den upphandlande myndigheten får eller måste vidta. Det är inte heller rättssäkert att upphandlande myndigheter och leverantörer inte vet när ett intygande från en anbudsgivare räcker för att den upphandlande myndigheten kan anse att ett djurskyddskrav är uppfyllt.

Djurskyddskrav i upphandlingar är i och för sig enligt min mening speciella krav som till sin karaktär måste kontrolleras hårdare än vissa andra krav (eftersom det oftast är livsmedel som upphandlas när djurskyddskrav ställs och att människor ska äta livsmedlen) och det är förmodligen därför Kammarrätterna i Göteborg och Sundsvall också har anfört att det är viktigt att kraven ska kunna kontrolleras och att det inte räcker med ett intygande från anbudsgivaren om att kraven är uppfyllda. Det går därför att utläsa en strängare syn på kravuppfyllnad och den upphandlande myndighetens skyldighet att kontrollera djurskyddskrav än andra obligatoriska krav, se exempelvis krav som ställs i kammarrättsmålen i punkt 5.4.2 nedan.

## **5.4.2 Ingen verifiering, ingen kontrollskyldighet**

I kammarrättsmålen<sup>403</sup> där den upphandlande myndigheten inte har haft någon skyldighet att kontrollera om kraven varit uppfyllda, har det inte heller ställts något krav på att det obligatoriska kravet ska verifieras eller på annat sätt bevisas vara uppfyllt. Min uppfattning är att det av kammarrättspraxis framgår att om det inte i förfrågningsunderlaget krävs några bevis för att styrka att det obligatoriska kravet är uppfyllt, behöver den upphandlande myndigheten inte heller kontrollera att kravet är uppfyllt, eller i vart fall så är den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet

---

<sup>403</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09 och mål nr 6417—6422-10 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11 och mål nr 1472--1474-11.

mycket begränsad i en sådan situation. En anbudsgivarens ”avtalsrättsliga garanti”, sanningsförsäkran eller självdeklaration, dvs. ett jakande svar på om ett krav är uppfyllt, är alltså tillräckligt i en sådan situation för att obligatoriska krav utan tillhörande krav på verifiering ska vara uppfyllda. Den upphandlande myndigheten ska därför acceptera en sådan sanningsförsäkran utan att behöva göra en egen kontroll av det som anbudsgivaren hävdar att den uppfyller. Det betyder dock inte att den upphandlande myndigheten inte får göra en kontroll ex officio av uppgifterna i ett anbud, se Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10, och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661-13, nedan. Skulle en leverantörs självdeklaration inte stämma, dvs. att det efter avtalets undertecknande visar sig att leverantören inte uppfyller ett obligatoriskt krav som den lovat uppfylla i upphandlingen, blir det istället fråga om ett avtalsbrott och avtalsrättsliga bestämmelser blir tillämpliga.

I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6690-11 och 6691-11, borde däremot den upphandlande myndigheten ha kontrollerat om anbudsgivaren uppfyllde det obligatoriska kravet och skulle inte ha nöjt sig med ett jakande svar från anbudsgivaren. Kraven som ställdes i målet var emellertid sådana obligatoriska krav som lätt kunde kontrolleras av den upphandlande myndigheten eftersom det rörde sig om krav på maxbelastning av ett hyllsystem. Eftersom det fanns uppgifter i anbudet vilka indikerade att kraven inte var uppfyllda, borde den upphandlande myndigheten ha kontrollerat om kraven var uppfyllda eller inte.<sup>404</sup> Enligt min mening borde den upphandlande myndigheten ha jämfört uppgifterna i anbudet med de obligatoriska kraven som hade angetts i förfrågningsunderlaget. Då hade den upphandlande myndigheten fullgjort sin kontrollskyldighet i målet. Observera återigen att en sanningsförsäkran, eller ett intygande, från en anbudsgivare vad avsåg djurskyddskrav, inte ansågs vara tillräckligt i Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11.

### 5.4.3 Bevisbörda

Av Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10, och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661-13, framgår att det är anbudsgivaren som ska visa att denne uppfyller kraven i upphandlingen, det trots att det inte har krävts i förfrågningsunderlaget att denne skulle verifiera att den uppfyllde de obligatoriska kraven. Enligt min uppfattning går det därför att utläsa att det finns en bevisbörda för anbudsgivaren vid kravuppfyllnad, dvs. det är anbudsgivaren som ska visa att den uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Kammarrätten i Jönköping och Göteborg uttalar att det är en huvudprincip som råder inom upphandlingsrätten. Var huvudprincipen kommer till uttryck förutom i dessa två kammarrättsavgöranden går inte att

---

<sup>404</sup> Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E, s. 11. Författarens kursivering.

utläsa, och varför kammarrätterna i de andra målen<sup>405</sup> inte har resonerat på samma sätt ställer jag mig därför frågande till.

Kammarrätterna uttalade vidare att det är upp till de upphandlande myndigheterna att bestämma *om* och *hur* anbudsgivarna i sina anbud ska visa att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Enligt min uppfattning ger det de upphandlande myndigheterna stor frihet för hur upphandlingen ska fortlöpa och vem som till slut ska bli tilldelad kontrakt. De upphandlande myndigheterna får samtidigt ett stort ansvar för *om* och *hur* kontrollen av anbudsgivarnas verifiering av kraven ska genomföras.

Jag anser att det inte är tillräckligt att konstatera att anbudsgivarna ska visa att kraven är uppfyllda, utan det är också upp till de upphandlande myndigheterna att rent faktiskt kontrollera *att* kraven är uppfyllda när anbudsgivarna verifierar kraven, särskilt vid obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt. Däremot anser jag att det givetvis inte går att kontrollera något om en verifiering inte har krävts av den upphandlande myndigheten. Skulle den upphandlande myndigheten misstänka att kraven inte uppfylls, måste den dock kontrollera det i enlighet med Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14.

I Kammarrätten i Stockholm, 1860-13, ansåg kammarrätten att den upphandlande myndigheten fick kontrollera om en anbudsgivare uppfyllde ett obligatoriskt krav. Kammarrätten anförde att eftersom en upphandlande myndighet har en *rättighet*, men inte en *skyldighet*, att kontrollera riktigheten i de uppgifter som en anbudsgivare lämnar, så kan det inte anses strida mot likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten i målet kontrollerade de referenser som anbudsgivaren hade lämnat i sitt anbud. Det ska dock observeras att det målet skiljer sig från Kammarrätten i Göteborg, 661-13, på det sättet att det i målet från Göteborg inte behövdes någon bevisning alls, till skillnad från målet i Kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten i Göteborg och Kammarrätten i Jönköping anser därmed att det är fullt möjligt för en upphandlande myndighet att begära in bevisning för ett obligatoriskt krav som ställs som en självdeklarationsfråga utan att verifiering krävts. Det ankommer på anbudsgivaren att visa att denne uppfyller det obligatoriska kravet enligt kammarrätten.

Frågan jag avslutningsvis ställer mig är om den upphandlande myndighetens möjligheter att *ex officio* begära in kompletterande bevis för kravuppfyllelse, utan att det tidigare angetts i förfrågningsunderlaget, är förenligt med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen? Bestämmelserna om förtydligande och komplettering enligt 9 kap. LOU behandlas inte i uppsatsen och jag kommer därför inte gå in på dem, men jag ställer mig frågande till om det inte kan anses utgöra ett problem om den upphandlande myndigheten på eget initiativ inhämtar kompletterande bevis endast från en anbudsgivare, trots att det inte har krävts av alla anbudsgivare i förfrågningsunderlaget? Enligt min uppfattning är det varken förutseende

---

<sup>405</sup> Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09 och mål nr 6417—6422-10, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11 och mål nr 1472--1474-11.

eller likabehandlande av upphandlande myndigheter att göra det. Alla anbudsgivare måste ha samma möjligheter att kunna visa att deras anbud uppfyller kraven i upphandlingen. Det bästa vore om den upphandlande myndigheten i så fall från början ställer krav på att bevis ska lämnas in av alla anbudsgivare för att styrka kravuppfyllelsen, annars finns det en risk att en anbudsgivare som inte får lämna in kompletterande uppgifter inte känner sig likabehandlade och en ansökan om överprövning kan bli ett faktum.

#### **5.4.4 Transparensprincipen – ny vid kontrollskyldighet?**

Av kammarrättsmålet Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4060-14, hade den upphandlande enheten gått över gränsen för vilken kontroll som fick genomföras. Enligt kammarrätten hade det inte framkommit någon omständighet som gav den upphandlande enheten anledning att ifrågasätta de uppgifter som anbudsgivaren hade gett. Omständigheten att en produkt inte fanns, eller hade en annan volym i anbudsgivarens webbsortiment, innebar inte att anbudsgivaren inte kunde tillhandahålla produkten. Det hade inte heller i förfrågningsunderlaget angetts att offererade artiklar skulle finnas i anbudsgivarens butik eller att en kontroll mot utbudet i webbutiken skulle göras. Den upphandlande myndighetens kontroll var därför inte förutsägbar och inte i enlighet med transparensprincipen.

Att utgången i målet blev som den blev är inget anmärkningsvärt. I målet gick den upphandlande enheten över gränsen när den kontrollerade något som inte hade efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Jag förstår att den upphandlande enheten ville veta att anbudsgivaren uppfyller kraven, men istället borde enheten ha angett alla krav den ville ha uppfyllda och skrivit i förfrågningsunderlaget att en kontroll av om produkterna var tillgängliga i webbsortimentet vid misstanke om kravuppfyllnad skulle ske. Transparensprincipen har tidigare inte nämnts i rättspraxis i samband med kontrollskyldighet. Domen ger därmed upphandlande myndigheter ledning i vad de bör tänka på för att förfrågningsunderlaget och kontrollen av de obligatoriska kraven ska bli så förutsägbar som möjligt.

#### **5.4.5 Verifieringen – stor betydelse för kontrollskyldigheten**

I kammarrättspraxis återkommer diskussioner om krav på verifiering av de obligatoriska kraven har ställts. Det framgår av Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, mål nr 6417—6422-10, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11 och mål nr 1472--1474-11, där kammarrätterna uttalade att om det inte ställts krav på verifiering i förfrågningsunderlaget så fanns det inte heller någon kontrollskyldighet för den upphandlande myndigheten. Å andra sidan har den upphandlande myndigheten en stor kontrollskyldighet om en verifiering av kraven ska ske, såsom i Kammarrätten i Göteborg, mål nr

7554-13. Verifieringen har därmed enligt min mening stor betydelse för den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet av de obligatoriska kraven.

Skulle det indikeras att en anbudsgivare inte uppfyller kraven i upphandlingen får den upphandlande myndigheten kontrollera om så är fallet. Frågan är emellertid om kontrollskyldigheten vid en ren misstanke från den upphandlande myndighetens sida har skärpts, se punkt 5.4.6 nedan.

### 5.4.6 Har kontrollskyldigheten skärpts?

Efter Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, ställer jag mig frågan: ”Har den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet skärpts genom avgörandet?”. Kammarrätten anför i domen att den upphandlande myndigheten *måste* undersöka om en anbudsgivare uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen om den misstänker att så inte är fallet, och att det gäller även om anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget inte varit skyldig att lämna in bevis på att kravet uppfylls.<sup>406</sup> Eftersom kammarrätten använder sig av ordet *måste* anser jag att det kan tolkas som att den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet har skärpts. Domen betyder alltså att om den upphandlande myndigheten *misstänker* att de obligatoriska kraven inte uppfyllts, så *måste* myndigheten kontrollera om så är fallet.

Sammanfattningsvis kan sägas att den upphandlande myndigheten som utgångspunkt inte har någon generell kontrollskyldighet. Skulle den upphandlande myndigheten däremot misstänka att leverantören inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen, tolkar jag det som att den upphandlande myndigheten måste kontrollera om kraven är uppfyllda. Kontrollskyldigheten beror också på vid vilken tidpunkt kraven ska vara uppfyllda och huruvida en verifiering är kopplad till kraven. Kammarrätterna har i rättspraxis anfört att om ingen verifiering har krävts, utan att det endast behövs en självdeklaration eller sanningsförsäkran av anbudsgivaren, så har den upphandlande myndigheten inte en långtgående kontrollskyldighet, utan den upphandlande myndigheten ska förlita sig på de uppgifter som anbudsgivaren lämnar. Krävs det däremot verifiering av ett obligatoriskt krav, oavsett om det är vid en senare tidpunkt än anbudslämnandet eller inte, har den upphandlande myndigheten en starkare skyldighet att kontrollera ifall anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen.

## 5.5 Sammanfattande kommentarer

Sammanfattningsvis kan sägas att det utretts vilka olika obligatoriska krav som kan ställas i ett förfrågningsunderlag, vid vilken tidpunkt de ska vara uppfyllda och om en upphandlande myndighet har en skyldighet att

---

<sup>406</sup> Jfr. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, s. 5.

kontrollera kraven. Det är svårt att säga exakt vilka obligatoriska krav som kan ställas i ett förfrågningsunderlag, eftersom det beror på varje enskild upphandling, men uppsatsen har identifierat några av de obligatoriska kraven som kan förekomma. Obligatoriska krav med senare verifieringstidpunkt anser jag är krav som kan medföra en del svårigheter, dels under, men också efter upphandlingsprocessen. Att en anbudsgivare till en början endast avger en självdeklaration eller sanningsförsäkran om att de kommer uppfylla ett krav, kan leda till kostsamma processer för den upphandlande myndigheten om det visar sig att leverantören tillslut inte uppfyllde kravet. Att ställa sådana krav som särskilda kontraktsvillkor skulle kunna vara en lösning, men leder å sin sida till avtalsrättsliga följder om leverantören inte lever upp till vad den förbundit sig till enligt avtalet.

Den upphandlande myndighetens möjlighet att kontrollera leverantören kan då bli avgörande för ett gott resultat av upphandlingen, men om det inte finns någon skyldighet för myndigheten att kontrollera leverantören, kan möjligheten till kontroll gå om intet och upphandlingsprocessen istället bli kostsam och tidskrävande. Det bör emellertid påpekas att en generell kontrollskyldighet för den upphandlande myndigheten förmodligen hade varit praktiskt omöjlig att genomföra, eftersom materialet som anbudsgivarna lämnar in är omfattande och kontrollerna kan då i sin tur bli kostsamma och tidskrävande. Frågan är om det finns en lösning på det problemet? Att öka utbildningsinsatserna för upphandlande myndigheter om offentlig upphandling, och i synnerhet hur myndigheter bäst utformar förfrågningsunderlag, skulle eventuellt kunna leda till minskade problem vid upphandlingsprocessen. Ökad kunskap kan vara en början till att lösa de praktiska problem som kan uppkomma när en upphandlande myndighet utformar ett förfrågningsunderlag.

Såsom rättsläget är idag vad avser kontrollskyldigheten anser jag, i enlighet med viss kammarrättspraxis, att en upphandlande myndighet *måste* kontrollera om anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen om den *misstänker* att denne inte gör det. Kontrollskyldigheten har ansetts vara olika strikt beroende på vilka krav som ställs, exempelvis har kammarrätterna sett strängt på djurskyddskrav. Tidpunkten för när kraven ska vara uppfyllda varierar beroende på vilka obligatoriska krav som ställts. Utgångspunkten är emellertid att kraven ska vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudets inlämnande, om det inte framgår någon annan tid av förfrågningsunderlaget. Vad gäller kontrollskyldigheten, anser jag att Högsta förvaltningsdomstolen borde meddela prövningstillstånd i mål som rör den upphandlande myndighetens kontrollskyldighet. Om högsta instans kunde ge ett vägledande avgörande i frågan hade det förhoppningsvis klargjort rättsläget avsevärt och lett till att kammarrätterna kunde döma mer enhetligt i frågan om kontrollskyldighet, istället för att det blir in casu bedömningar som leder till spretig rättspraxis och rättsosäkerhet. Även lagstiftaren borde se över möjligheterna att lagstifta i frågan, eller i varje fall uttala sig i förarbetena om när den upphandlande myndigheten har en skyldighet att kontrollera om anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven i en upphandling.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Europeiska unionen

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, Europeiska unionens officiella tidning, C 83/199, 10 mars, 2010.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transport och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

### Sverige

#### Riksdagstryck

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

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.*

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

#### Övrigt offentligt tryck

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

SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.*

SOU 2014:51, *Nya regler om upphandling.*

SOU 2014:69, *En ny lag om upphandling av koncessioner.*

Ds 2014:25, *Nya regler om upphandling.*

Dir. 2014:161, *Inrättande av Upphandlingsmyndigheten.*

Dir. 2014:162, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.*

## Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, andra upplagan, 2005, Sweet & Maxwell.  
(cit. Arrowsmith 2005)

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement Regulation in the EU and UK Volume 1*, tredje upplagan, 2014, Sweet & Maxwell.  
(cit. Arrowsmith 2014)

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson, Daniel och Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, Jure Förlag AB.  
(cit. Asplund m.fl.)

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia och Madell, Tom, *Offentlig upphandling På rätt sätt och till rätt pris*, upplaga 1, 2011, Studentlitteratur.  
(cit. Bergman)

Bergström, Sture; Andersson, Torbjörn; Håstad, Torgny och Lindblom, Per Henrik, *Juridikens termer*, upplaga 9:3, 2007, Liber.  
(cit. Bergström m.fl.)

Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Warnling-Nerep, Wiweka och Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, upplaga 12, 2012, Norstedts Juridik AB.  
(cit. Bernitz m.fl.)

Craig, Paul och De Búrca Gráinne, *EU Law Text, Cases and Materials*, femte upplagan, 2011, Oxford University Press.  
(cit. Craig och De Búrca)

von Essen, Ulrik: *Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor*, 2009, Norstedts Juridik AB.  
(cit. von Essen)

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, tredje upplagan, 2014, Jure Förlag AB.  
(cit. Falk)

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*, andra upplagan, 2013, Norstedts Juridik AB.

Gerhard, Peter, *Köprättens grunder*, upplaga 11:1, 2011, Liber AB.  
(cit. Gerhard)

Gertéll, Pernilla, *Nya lagen om Offentlig upphandling*, 2011, Studentlitteratur.



Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen Studier i förmögenhetsrätt*, 2001, Elanders Gotab.

(cit. Hellner)

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, 2011, Norstedts Juridik AB.

(cit. Hettne och Otken Eriksson m.fl.)

Kihlman, Jon, *Köprätten En introduktion*, upplaga 5:1, 2008, Norstedts Juridik AB.

(cit. Kihlman)

Korling, Fredric; Zamboni, Mauro; Andersson, Håkan; Bakardjieva Engelbrekt, Antonia; Bastidas, Vladimir; Carlson, Laura; Gräns, Minna; Hydén, Håkan; Kleineman, Jan; Reichel, Jane; Samuelsson, Joel; Schultz, Mårten; Spaak, Torben; Svensson, Eva-Maria; Wahlgren, Peter och Valguarnera, Filippo, *Juridisk metodlära*, 2013, Studentlitteratur.

(cit. Korling och Zamboni m.fl.)

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, Norstedts Juridik AB.

(cit. Peczenik 1995)

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem*, 1980, AWE/GEBERS.

(cit. Peczenik 1980)

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, tredje upplagan, 2013, Jure Förlag AB.

(cit. Pedersen)

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik och Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 2013, Norstedts Juridik AB.

(cit. Rosén Andersson m.fl.)

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, 2007, Nordstedts Juridik AB.

(cit. Sandgren 2007)

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

(cit. Sundstrand 2012)

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion*, upplaga 2, 2013, Studentlitteratur.

(cit. Sundstrand 2013)

Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar*, femte upplagan, 2005, Norstedts Juridik AB.  
(cit. Wennergren)

Örnberg, Åsa, *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*, 2014, diss. Stockholms universitet.

## Tidskrifter

Munck, Johan, *”Rättskällor förr och nu”*, Juridisk Publikation, 2014, s. 199.

Jareborg, Nils, *”Rättsdogmatik som vetenskap”*, Svensk Juristtidning, 2004, s. 1.

Sandgren, Claes, *”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”*, Tidskrift for Rettsvitenskap, 2008, nr. 04-05, s. 648.

## Elektroniska källor

Konkurrensverket om Rådet för forskningsfrågor, uppgift hämtad den 25 september 2014:

[http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_309.aspx](http://www.kkv.se/t/Page___309.aspx).

Konkurrensverkets ordlista, uppgift hämtad den 2 november 2014:

[http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_2178.aspx#Tilldelningskriterier](http://www.kkv.se/t/Page___2178.aspx#Tilldelningskriterier).

Konkurrensverkets skrift *”Upphandlingsreglerna – en introduktion”*, uppgift hämtad den 4 november 2014:

[http://kkv.se/t/Process\\_\\_\\_2119.aspx](http://kkv.se/t/Process___2119.aspx).

Miljöstyrningsrådet om olika krav, uppgift hämtad den 12 november 2014:

<http://www.msr.se/sv/Upphandling/Kriterier/Olika-typer-av-krav/>.

Sandstedt, Ingrid och Ulfsson, Anna, uppgift hämtad den 20 december 2014:

<http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.546574/uppfyllnad-av-skall-krav--nar-galler-det>.

Sveriges Radio om sfi-upphandlingen, uppgift hämtad den 30 september 2014:

<http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=96&artikel=5955287>.

Sydskånskan om sfi-upphandlingen, uppgift hämtad den 30 september 2014:

<http://www.skanskan.se/article/20140904/MALMO/140909725/-/kritiska-roster-mot--upphandling-av-sfi>.

Ulfsdotter Forsell, Anna, ”Skallkrav är ett svenskt begrepp”, uppgift hämtad den 10 september 2014:  
<http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.293448/skallkrav-ar-ett-svenskt-begrepp>.

Upphandling24, ”Satsar på forskning kring upphandling”, uppgift hämtad den 25 september 2014:  
<http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.511755/satsar-pa-forskning-kring-upphandling>.

Upphandlingsrättslig Tidskrifts hemsida, uppgift hämtad den 10 november 2014:  
<http://www.urt.cc>.

Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, (1 juli 2013 Zeteo), kommentar till 9 kap. under rubriken ”Skillnaden mellan obligatoriska krav och krav av ordningskaraktär”, uppgift hämtad den 11 november 2014.

## Övriga publikationer

### Konkurrensverket

Konkurrensverkets granskningsrapport 2007:2, *Länsrättens domar om offentlig upphandling*.

### Kammarkollegiet

Kammarkollegiets vägledning 2011:4, *Utformning av förfrågningsunderlag för varor och tjänster enligt LOU*.

Kammarkollegiets vägledning 2011:8, *Kontraktsuppföljning – säkerställ goda affärer genom att följa upp*.

Kammarkollegiets vägledning 2011:9, *Upphandlingsprocessen steg för steg för upphandlande myndigheter*.

Kammarkollegiets vägledning 2014:1, *Kommersiella villkor*.

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolen

Mål 120/78 Cassis de Dijon, Domstolens dom den 20 februari 1979. Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Rättsfallssamling 1979 s. 00649).

De förenade målen 27/86, 28/86 och 29/86 CEI, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 9 juli 1987. SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) m.fl. mot Société coopérative "Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes" m.fl. (European Court reports 1987 page 3347).

Mål 31/87 Beentjes, Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 20 september 1988. Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten (Rättsfallssamling 1988 s. 04635).

Mål 45/87 Dundalk, Domstolens dom den 22 september 1988. Europeiska gemenskapernas kommission mot Irland (Rättsfallssamling 1988 s. 04929).

Mål C-243/89 Stora Bält, Domstolens dom den 22 juni 1993. Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark (Rättsfallssamling 1993 s. I-03353).

Mål C-87/94 Wallonska bussarna, Domstolens dom (femte avdelningen) den 25 april 1996. Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien (Rättsfallssamling 1996 s. I-02043).

Mål C-16/98 Kommissionen mot Frankrike, Domstolens dom den 5 oktober 2000. Europeiska kommissionen mot Franska republiken (Rättsfallssamling 2000 s. I-08315).

Mål C-17/98 Emesa Sugar, Domstolens dom den 4 februari 2000. Emesa Sugar (Free Zone) NV mot Aruba (Rättsfallssamling 2000 s. I-00675).

Mål C-225/98 Région Nord-Pas-de-Calais, Domstolens dom den 26 september 2000. Europeiska kommissionen mot Franska republiken (Rättsfallssamling 2000 s. I-07445).

Mål C-275/98 Unitron, Domstolens dom (första avdelningen) den 18 november 1999. Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Rättsfallssamling 1999 s. I-08291).

Mål C-324/98 Telaustria, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 7 december 2000. Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG (Rättsfallssamling 2000 s. I-10745).

Mål C-470/99 Universale Bau, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 12 december 2002. Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Schöne Baugers.mbh Salzburg 2. ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (Rättsfallssamling 2002 s. I-11617).

Mål C-513/99 Concordia Bus, Domstolens dom den 17 september 2002. Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne (Rättsfallssamling 2002 s. I-07213).

Mål C-19/00 SIAC Construction, Domstolens dom (femte avdelningen) den 18 oktober 2001. SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo (Rättsfallssamling 2001 s. I-07725).

Mål C-304/01 Kommissionen mot Spanien, Domstolens dom (andra avdelningen) den 9 september 2004. Konungariket Spanien mot Europeiska kommissionen (Rättsfallssamling 2004 s. I-07655).

Mål C-315/01 GAT, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 19 juni 2003. Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG) (Rättsfallssamling 2003 s. I-06351).

Mål C-448/01 Wienstrom, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 4 december 2003. EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich (Rättsfallssamling 2003 s. I-14527).

Mål C-434/02 Arnold André, Domstolens dom (stora avdelningen) den 14 december 2004. Arnold André GmbH & Co. KG mot Landart des Kreises Herford (Rättsfallssamling 2004 s. I-11825).

De förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, Domstolens dom (andra avdelningen) den 3 mars 2005. Fabricom SA mot Belgiska staten (Rättsfallssamling 2005 s. I-01559).

Mål C-210/03 Swedish Match, Domstolens dom (stora avdelningen) den 14 december 2004. The Queen, på begäran av Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd mot Secretary of State for Health (Rättsfallssamling 2004 s. I-11893).

Mål C-231/03 Coname, Domstolens dom (stora avdelningen) den 21 juli 2005. Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti (Rättsfallssamling 2005 s. I-07287).

Mål C-234/03 Contse, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 27 oktober 2005. Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) (Rättsfallssamling 2005 s. I-09315).

Mål C-458/03 Parking Brixen, Domstolens dom (första avdelningen) den 13 oktober 2005. Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG (Rättsfallssamling 2005 s. I-08585).

Mål C-254/05 Kommissionen mot Belgien, Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 7 juni 2007. Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien (Rättsfallssamling 2007 s. I-04269).

Mål C-532/06 Lianakis, Domstolens dom (första avdelningen) den 24 januari 2008. Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivelpseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl. (Rättsfallssamling 2008 s. I-00251).

Mål C-213/07 Michaniki, Domstolens dom (stora avdelningen) den 16 december 2008. Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis och Ypourgos Epikrateias (Rättsfallssamling 2008 s. I-09999).

Mål C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 10 maj 2012. Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna (Rättsfallssamling 2012 s. I-00000).

## **Tribunalen**

Mål T-139/99 Alsace International Car Service, Alsace International Car Services (AICS) mot Europaparlamentet (REG 2000-II s. 2849).

## **Högsta förvaltningsdomstolen**

RÅ 1996 ref. 100, dom 1996-12-30.

RÅ 2002 ref. 50, dom 2002-06-13.

RÅ 2010 ref. 78, dom 2010-10-18.

Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6124-14. HFD hade inte beslutat om prövningstillstånd 2014-01-27.

## **Kammarrätten**

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3969-02, dom 2002-09-25.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4904-09, dom 2009-12-18.

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

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2216-2221-10, dom 2010-12-16.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3159-10, dom 2010-10-21.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4660-10, dom 2011-02-11.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417—6422-10, dom 2011-07-15.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3105-11 och 3107-11, beslut 2011-09-30.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6690-11 och 6691-11, dom 2012-05-11.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 26-12, dom 2012-04-05.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6247-12, dom 2012-11-28.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6845-12, dom 2013-01-02.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 20-13, dom 2013-06-13.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661-13, dom 2013-05-07.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7510-13, dom 2014-06-03.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7554-13, dom 2014-02-27.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7603-7604-13, dom 2014-11-06.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 67-14, dom 2014-09-29.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1011-14, dom 2014-10-13.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1569—1572-14, dom 2014-10-21.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3688-14, dom 2014-12-11.  
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3952-14, dom 2014-11-12.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2235-10, dom 2010-12-08.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2449-10, dom 2010-10-28.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3274-10, dom 2011-04-28.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, dom 2011-06-10.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1472--1474-11, dom 2011-09-27.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2021-13, dom 2013-12-12.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2292-13, dom 2014-02-07.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2755-13, dom 2014-04-24.  
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 897-14, dom 2014-08-18.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6065-04, dom 2004-11-15.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4283-08, dom 2008-12-30.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1805-10, dom 2010-06-24.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5795-10, dom 2011-04-07.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1822-11, dom 2011-05-23.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11, dom 2012-02-23.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2391-12, dom 2012-08-28.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1195-13, dom 2013-06-13.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1860-13, dom 2013-08-21.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2370-13, dom 2013-09-10.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3192-13, dom 2013-10-24.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5113-13, dom 2013-10-10.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5798-13, dom 2014-02-17.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5945-13, dom 2014-02-21.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1302-14, dom 2014-09-23.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1547-14, dom 2014-06-27.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2842-14, dom 2014-11-21.  
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4060-14, dom 2014-10-08.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2437-09, dom 2009-11-30.  
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1829-10, dom 2010-09-29.  
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2091-11, dom 2011-12-22.  
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2427-11, dom 2012-03-01.  
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2458-11, dom 2011-12-20.  
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3211-13, dom 2014-02-13.

## **Förvaltningsrätten**

Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 8917-11 E, dom 2012-02-02.

Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6875-11 E och 6937-11 E, dom 2011-09-15.

Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 12255-13, 12257-13, 12258-13, 12260-13, dom 2014-02-28.

Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 9827-13, dom 2013-12-20.