



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Jennie Gunnarsson

# Effektivitet och konkurrens vid offentlig upphandling av byggentreprenader

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Moa De Lucia Dahlbeck

Termin: HT 2015

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR OCH ORDLISTA</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund och nuvarande reglering	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod	7
1.4 Avgränsning	8
1.5 Material	8
1.6 Forskningsläget	8
1.7 Disposition	9
<b>2 UPPHANDLINGSFÖRFARANDET VID ENTREPRENADER</b>	<b>10</b>
<b>3 SAMVERKANSFORMER</b>	<b>12</b>
3.1 Entreprenad	12
3.1.1 Utförandeentreprenad	13
3.1.2 Total-/Funktionsentreprenad	13
3.1.3 Partnering	14
3.2 Koncessioner	15
<b>4 EFFEKTIVITET, KONKURRENS OCH UPPHANDLING</b>	<b>17</b>
4.1 Överprövning och avtals ogiltighet	17
4.2 Undantag från ogiltighet	18
<b>5 SAMVERKANSPROJEKT I PRAKTIKEN</b>	<b>20</b>
5.1 Exempel I - Nya Karolinska Solna	20
5.1.1 Varför OPS?	22
5.1.2 Kommentarer	23
5.2 Exempel II - Ljungby Arena	25

5.2.1	Kommentarer	27
<b>6</b>	<b>ANALYS</b>	<b>28</b>
<b>7</b>	<b>SLUTSATS</b>	<b>31</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>33</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>37</b>

# Summary

The purpose of the rules about public procurement is to make sure that public contracts are allocated in an open, equivalent and pre-competitive way by letting suppliers compete over the contracts. No preferential treatment can arise to any supplier and all procurement must occur in commercial and competitive ways. All public procurement is funded through taxes, therefore it is important that the procedure occurs in the most effective way. The idea is that cooperative arrangements between public and private operators, such as construction companies, can invigorate the effectiveness in Swedish municipalities and county councils by letting private operators fund a portion of the project. A procurement of a building contract must be able to allow some flexibility at the execution of the project. Many times there is a picture of a result, but the way to get there can involve the first planned solutions to be changed or that better proposals get developed. Different forms of cooperative arrangements apply to different projects. However, it is required that both the public body and the supplier know what they are doing to make the project as effective as possible without overriding the competition. That is shown in this thesis by two present projects of building contracts, NKS and Ljungby Arena. At NKS the agreement was concluded despite only one tenderer, which may have sidelined the competition. At Ljungby Arena, the procurement was not even advertised because of the circumstances in the case. A building contract must meet the demands on budget and functionality, and at the same time follow the law on public procurement (LOU), which for a public body can be a difficult task to undertake.

# Sammanfattning

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att se till att offentliga kontrakt tilldelas på ett öppet, likvärdigt och konkurrensneutralt sätt genom att låta leverantörer konkurrera om kontrakten. Ingen leverantör får särbehandlas och all upphandling ska ske affärsmässigt och i konkurrens. All offentlig upphandling finansieras med hjälp av skattemedel, och därför är det viktigt att förfarandet sker på ett så effektivt sätt som möjligt. Tanken är att samarbete mellan offentlig och privat aktör, såsom byggföretag, kan stärka kommuners och landstings förmåga till effektivitet genom att låta privata aktörer stå för en del av finansieringen. En upphandling av en byggentreprenad måste vara sådan att den medger en flexibilitet vid utförandet av projektet. Ofta finns en bild av ett färdigt resultat, men vägen dit kan medföra att de först tänkta lösningarna ändras eller att bättre förslag utvecklas med tiden. Olika former för samarbete passar olika projekt. Det krävs dock att både den upphandlande enheten och leverantören vet vad de ger sig in i för att projektet ska bli så effektivt som möjligt utan att åsidosätta konkurrensen. Det visas i denna studie av två aktuella byggentreprenadprojekt, NKS och Ljungby Arena. Vid NKS slöts avtal trots anbud från endast en anbudsgivare, vilket kan ha åsidosatt konkurrensen. Vid Ljungby Arena annonserades aldrig ens upphandlingen på grund av de omständigheter som förelåg i fallet. En byggentreprenad ska uppfylla de krav som ställs på budget och funktionalitet och samtidigt följa LOU, vilket kan vara en svår uppgift för en upphandlande enhet.

# Förord

Ett stort tack riktas till min handledare, Moa De Lucia Dahlbäck. Jag vill även passa på att tacka Roland Eiman för en trevlig intervju. Sist men inte minst vill jag tacka Eskil Svensson som har lärt mig det mesta jag kan, en dag hoppas jag uppnå en bråkdel av den kunskapen du besitter.

Lund, Januari 2016

# Förkortningar och ordlista

## Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
Dir.	Direktiv från Europeiska Unionen
EU	Europeiska Unionen
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NKS	Nya Karolinska Solna
OPS	Offentlig Privat Samverkan
Prop.	Proposition till riksdagen
SLL	Stockholms Läns Landsting
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄTA	Ändrings- och tilläggsarbeten

## Ordlista

Fast pris	Anbudet anger en klumpsumma för alla kontraktsarbeten
Löpande räkning	Entreprenören ersätts för alla verifierade självkostnader
Självkostnadsprincipen	Kommuner och landsting får inte ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster som tillhandahålls

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund och nuvarande reglering

Sveriges offentliga inköp uppskattas till cirka 600 miljarder kronor per år, vilket är knappt en femtedel av landets BNP. Den offentliga sektorn blir därför en betydande aktör på den svenska marknaden.<sup>1</sup> Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) är i huvudsak den svenska reglering som finns på området.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att se till att offentliga kontrakt tilldelas på ett öppet, likvärdigt och konkurrensneutralt sätt. Genom att låta leverantörer konkurrera om kontrakten ökar möjligheten att skattemedel används på bästa sätt.<sup>2</sup> Inom Europeiska Unionen (EU) finns även flera detaljerade direktiv som samverkar med den svenska lagstiftningen inom detta område. Allmänna rättsprinciper som icke-diskriminering, proportionalitet, likabehandling, transparens och ömsesidigt erkännande ska genomsyra all offentlig upphandling. Dessa härleds ur fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).<sup>3</sup>

Huvudregeln enligt LOU är att alla köp av varor, tjänster eller byggtreprenader som görs av en upphandlande enhet omfattas av LOU.<sup>4</sup> De som omfattas av och är skyldiga att tillämpa LOU är statliga och kommunala myndigheter.<sup>5</sup> Beslutande församlingar i kommuner och landsting, s.k. offentligt styrda organ, jämställs med myndigheter. Även sammanslutningar av myndigheter, beslutande församlingar och offentligt

---

<sup>1</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten. *Siffror och fakta om offentlig upphandling: Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014*, Stockholm 2015, s. 14ff.

<sup>2</sup> Bergman, M., Indén, T., Lundberg, S. & Madell, T. *Offentlig upphandling: På rätt sätt och rätt pris*, Lund 2011, s. 15.

<sup>3</sup> Återfinns även i 1 kap 9§ LOU.

<sup>4</sup> 1 kap 2§ 1st LOU.

<sup>5</sup> 2 kap 19§ 1st LOU.



styrda organ omfattas av LOU.<sup>6</sup> Samtliga organisationer som nämnts ovan kommer i denna studie benämnas upphandlande enheter. Kontrakt mellan upphandlande enheter omfattas som huvudregel också av upphandlingslagstiftningen.<sup>7</sup> För att effektivisera upphandlingar, framförallt inom byggtreprenader, har olika former för samarbeten mellan privata och offentliga aktörer vuxit fram. Byggtreprenader är stora projekt som ofta behöver ändras under arbetets gång. Hur dessa ändringar i projektet ska hanteras bör regleras redan i upphandlingsskedet. LOU är en detaljreglerad lagstiftning och en intressant fråga är därför hur dessa samarbetsformer som vuxit fram stämmer överens med lagstiftningen.

Den 26 februari 2014 antogs nya EU-direktiv om upphandling, däribland ett om offentlig upphandling för den klassiska sektorn.<sup>8</sup> Bestämmelserna i direktivet ska införlivas i medlemsstaternas rättsordningar senast den 18 april 2016.<sup>9</sup> I Sverige har ett förslag om hur dessa bestämmelser ska införas i svensk rätt lämnats i ett betänkande av den s.k.

Genomförandeutredningen<sup>10</sup> samt i en departementspromemoria.<sup>11</sup>

Bestämmelserna ska enligt förslagen införas genom en ny lag om offentlig upphandling som föreslås träda ikraft den 1 april 2016.<sup>12</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att undersöka vilka möjligheter för samarbete det finns mellan offentlig och privat aktör samt hur dessa samarbeten fungerar inom ramen för den nuvarande regleringen i LOU. Fokus kommer ligga på byggtreprenadprojekt inom kommuner och landsting.

Uppsatsens syfte är även att undersöka skillnaderna mellan ett antal olika

---

<sup>6</sup> Pedersen, K. *Festskrift till Sveriges kommunaljuridiska förenings 100-årsjubileum*, Uppsala 2015, s. 92.

<sup>7</sup> Mål C-84/03 Kommissionen mot Spanien; Pedersen 2015, a.a., s. 93.

<sup>8</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>9</sup> Med undantag för några få medlemsländer.

<sup>10</sup> SOU 2014:51 - Nya regler om upphandling.

<sup>11</sup> Ds 2014:25 - Nya regler om upphandling.

<sup>12</sup> Pedersen 2015, a.a., s. 99.

former för samarbete i byggtrepreneurprojekt, hur de fungerar i praktiken samt ett försök till att belysa några av de eventuella problem eller svårigheter som finns med de olika samarbetsformerna i förhållande till LOU.

Följande forskningsfrågor kommer att behandlas i studien:

- Vilka möjligheter till samarbete mellan privat och offentlig aktör vid bygg- och entreprenadprojekt finns beskrivna i den nu gällande lagtexten, och hur tolkas dessa bestämmelser i doktrin och praxis?
- Vad för typ av problem kan en upphandlande enhet stöta på vid samverkansprojekt mellan offentlig och privat aktör?
- Hur tillämpas LOU i praktiken vid två utvalda byggtrepreneurprojekt?

## 1.3 Metod

Den metod som huvudsakligen använts är en rättsdogmatisk metod.

Rättskällor med juridisk relevans har studerats, analyserats och tolkats för att kunna svara på forskningsfrågorna samt ligga till grund för analys och slutsats. Den rättsdogmatiska metoden föreskriver att rättsläget ska utredas och analyseras utifrån fyra klassiska rättskällor; lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin.<sup>13</sup>

Detta arbete behandlar till viss del frågor inom entreprenadjuridik. Då det är ett till stora delar praktiskt område föreligger ett behov av att komplettera den rättsdogmatiska metoden med praxisnära källor. Ett kvalitativt inslag finns därför för att söka mönster och samband i de praktiska situationer som inte ryms inom de klassiska rättskällorna.

---

<sup>13</sup> Korling, F. & Zamboni, M. *Juridisk metodlära*. Lund 2013, s. 21.

## 1.4 Avgränsning

Uppsatsen avgränsas till att endast den så kallade klassiska sektorn kommer att belysas och inte försörjningssektorerna. Upphandling för områdena gällande vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna har därmed uteslutits.

Trots att en internationellt komparativ studie på uppsatsens område vore mycket intressant kommer fokus endast ligga på Sverige och det svenska förfarandet. EU-rätten har ett betydande inflytande i den nationella lagstiftningen och den direkt tillämpliga EU-rätten på området kommer därför att beröras.

## 1.5 Material

Lagar, förarbeten, doktrin och praxis på området har studerats, både inom ramen för den nationella regleringen men också på EU-nivå. Studiens primära källa har varit boken ”Offentlig-Privat Samverkan, rättsliga förutsättningar och utmaningar” skriven av Tom Madell och Tobias Indén. Boken berör flera olika områden av entreprenad och samverkansprojekt ur ett juridiskt perspektiv och har därför varit en användbar källa.

Vissa delar i studien berör ett fortfarande relativt nytt område. Med anledning av detta samt att entreprenad till hög grad är ett praktiskt område har de traditionella rättskällorna i materialet kompletteras med praxisnära källor. Därför innehåller materialet två praktiska exempel samt en intervju.

## 1.6 Forskningsläget

Det bedrivs forskning både på området för entreprenadjuridik och offentlig upphandling. Ett av de exempel som studien tar upp har under det senaste året fått stor uppmärksamhet och har därmed blivit föremål för forskning. Det finns en utbredd doktrin gällande praktiska handböcker för hur

upphandling av olika samarbetsformer ska gå till. Den analyserande forskningen gällande hur samverkansformerna korrelerar med LOU är dock knapphändig.

## **1.7 Disposition**

Inledningsvis kommer de olika förfarandena vid upphandling av entreprenader att beskrivas. Därefter följer en beskrivning av olika former för samverkan vid entreprenadprojekt. Två aktuella exempel av entreprenadprojekt kommer beskrivas. Efter detta kommenteras en del av de problem som uppkom vid dessa projekt. Kommentarer består dels av författarens iakttagelser av projekten dels av övriga källor. Detta arbete avslutas med en analys och slutsats som knyter an till forskningsfrågorna och presenterar resultatet av studien.

## 2 Upphandlingsförfarandet vid entreprenader

Avsikten med upphandlingslagstiftningen är att se till att den öppna marknaden fungerar. Ingen leverantör får särbehandlas och all upphandling ska ske affärsmässigt och i konkurrens. Konkurrens uppnås genom att upphandlingar offentliggörs till Europeiska kommissionen vilket möjliggör för leverantörer att konkurrera på den gemensamma marknaden. Konkurrens uppnås även genom att upphandlande enheter inte godtyckligt får förkasta anbud. Den upphandlande enheten måste kunna motivera varför ett anbud blir antaget och varför de övriga blir förkastade.<sup>14</sup>

När ett entreprenadarbete överskrider tröskelvärdet<sup>15</sup> ska upphandlingen falla under LOU:s regler.<sup>16</sup> Tröskelvärdet är den beloppsgräns som avgör om en myndighet ska följa de nationella eller de direktivstyrda reglerna vid en upphandling. Det är inte tillåtet att dela upp en upphandling i flera separata upphandlingar för att hamna under tröskelvärdet.<sup>17</sup> Om en upphandling består i ett projekt med blandning av entreprenad, varor och tjänster är huvudregeln att där olika delar har ett nödvändigt samband med varandra ska upphandlingen göras efter samma regler, även om de annars omfattas av två separata regelverk.<sup>18</sup>

Vid upphandling av byggentreprenader där LOU är tillämpligt kan den upphandlande enheten välja mellan att upphandla genom ett öppet eller selektivt förfarande med föregående annonsering.<sup>19</sup>

Med öppet förfarande avses en upphandling där alla leverantörer får lämna

---

<sup>14</sup> Höök, R. *Entreprenadjuridik*, Stockholm 2005, s. 50.

<sup>15</sup> Gällande tröskelvärde från 2014-01-28 för byggentreprenader uppgår till 5 186 000 EUR eller 45 256 666 SEK för samtliga upphandlande myndigheter. Tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>16</sup> 3 kap 1§ 3 p LOU.

<sup>17</sup> Bergman, Indén, Lundberg & Madell 2011, a.a., s. 66f.; Madell, T. & Indén, T. *Offentlig-privat samverkan*, Uppsala 2010, s. 131.

<sup>18</sup> Pedersen, K. *Upphandlingens grunder*, Stockholm 2013 s. 41f.

<sup>19</sup> 4 kap 1§, 7 kap 1§ LOU.

anbud. Selektivt förfarande är upphandlingar där den upphandlande enheten först genom annonsering bjuder in entreprenörer att lämna in ansökan att få komma in med ett anbud, en typ av intresseanmälan.<sup>20</sup> Därefter väljs vissa entreprenörer ut för att bjudas in att lämna anbud. Antalet entreprenörer som bjuds in att lämna anbud bestäms med hänsyn till projektets art och så att effektiv konkurrens uppnås.<sup>21</sup> Den upphandlande enheten bedömer och utvärderar anbuden med utgångspunkt i de bedömningskriterier som angetts i upphandlingsunderlaget. Normalt anges kriterier som innebär att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet med hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, miljöpåverkan och kvalitet ska antas. Därefter antas det anbud som bäst uppfyller bedömningskriterierna. I annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ska upphandlande enhet ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.<sup>22</sup>

I LOU finns också regler om förhandlat förfarande. Detta förfarande kan användas under begränsade förutsättningar, med eller utan föregående annonsering. Kortfattat gäller att en upphandlande enhet får övergå från en öppen eller selektiv upphandling till förhandlad upphandling om den upphandlande enheten inte har fått in något anbud som motsvarar underlaget eller om det inte lämnats något giltigt anbud.<sup>23</sup> En upphandlande enhet kan även använda sig av upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Detta sker vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt och när det inte går att upphandla enligt ett öppet eller selektivt förfarande.<sup>24</sup> I några särskilda situationer får den upphandlande myndigheten använda direktupphandling utan föregående annonsering. Detta gäller bland annat vid upphandlingar vars värde understiger direktupphandlingsgränsen<sup>25</sup> eller om det av tekniska skäl endast finns en leverantör som kan tillhandahålla det som ska upphandlas.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> 2 kap 16§, 2 kap 22§ LOU.

<sup>21</sup> Höök 2005, a.a., s. 55; 11 kap 4§ LOU.

<sup>22</sup> Höök 2005, a.a., s. 56; 12 kap 1§ LOU.

<sup>23</sup> Höök 2005, a.a., s. 56; 4 kap 2§ LOU.

<sup>24</sup> 4 kap 10§ LOU.

<sup>25</sup> Direktupphandlingsgränsen uppgår till 28 procent av tröskelvärdet, dvs. 505 800 kronor enligt 15 kap 3§ 2st LOU.

<sup>26</sup> Konkurrensverket. *Osund konkurrens i offentlig upphandling*, Stockholm 2013, s. 98.

## 3 Samverkansformer

Att upphandla en byggentreprenad som både når upp till de krav som ställs vad gäller kostnader och funktionalitet och samtidigt hålla sig inom LOU:s ramar kan vara en svår uppgift för den upphandlande enheten. Därför har olika samverkansformer utvecklats. En samverkansform är ett kontraktuellt samarbete mellan den upphandlande enheten och en eller flera entreprenörer för att nå ett gemensamt resultat. Följande avsnitt kommer, baserat på denna ovan givna definition av samverkansformer, beröra några av de vanligaste formerna för samverkan.

### 3.1 Entreprenad

Entreprenadavtal regleras inte av någon särskild lagstiftning. I köplagen (1990:931) anges uttryckligen att lagen inte gäller uppförande av byggnad eller annan fast anläggning på mark eller vatten.<sup>27</sup> Den främsta rättskällan är istället de allmänna bestämmelser som utformats av branschorganisationer genom standardavtal. Den senaste versionen är AB04 för utförandeentreprenader och ABT06 för totalentreprenader.

En entreprenad kan utföras antingen med fast pris eller med löpande räkning.<sup>28</sup> Något som bör uppmärksammas när det gäller entreprenadarbeten är den problematik som kan uppstå gällande ändrings-, tilläggs- och avgående arbeten (ÄTA-arbeten). Detta handlar om den situation när man som beställare avtalat om ett fast pris med en entreprenör, men sedan önskar att ändra något. Om beställare och entreprenör inte har samma bild av hur projektet i slutändan ska se ut kan detta bli mycket kostsamt, om ersättningen för ÄTA-arbetet inte är reglerat i avtalet.<sup>29</sup> Liksom avtalsskrivande i övrigt gäller att tydlighet och klarhet minskar risken för

---

<sup>27</sup> 2§ köplagen.

<sup>28</sup> Höök 2005, a.a., s. 42ff.

<sup>29</sup> Jfr. NJA 2015 s. 3.

tvister. Vid fast pris ersätts ÄTA-arbeten normalt enligt självkostnadsprincipen.<sup>30</sup>

Inom entreprenadjuridiken har former för hur parterna definierar olika projekt utvecklats. Framförallt rör det sig om två grupper av entreprenader där den ena gruppen kan benämnas utförandeentreprenader och den andra funktionsentreprenader. Dessa två entreprenadformer kommer behandlas nedan tillsammans med partnering/Offentlig Privat Samverkan (OPS).

### 3.1.1 Utförandeentreprenad

Det finns flera olika typer av utförandeentreprenader.

Utförandeentreprenader kan upphandlas som en *mycket delad entreprenad*, *delad entreprenad* eller som en *generalentreprenad*.<sup>31</sup> Vid en delad entreprenad utser beställaren flera olika entreprenörer som blir ansvariga för olika delar av projektet.<sup>32</sup> Beställaren har det största ansvaret för projektet, men utföraren står för produktionen.<sup>33</sup> Fördelen med denna entreprenadform är att upphandlande enhet kan styra projektet mer. Samtidigt kan denna typ av entreprenad leda till att saker faller mellan stolarna och det kan vara svårt att dra gränsen för vart de olika aktörernas ansvar går. Vid generalentreprenad utses endast en entreprenör.<sup>34</sup> Skillnaden på utförandeentreprenad och en funktionsentreprenad, som berörs i nedanstående avsnitt, är att vid funktionsentreprenad har beställaren köpt in ett funktionsansvar. Vid utförandeentreprenad är endast utförandet specificerat.

### 3.1.2 Total-/Funktionsentreprenad

Vid totalentreprenad träffar beställaren avtal med en entreprenör som utför projektet i överensstämmelse med de funktionskrav som beställaren

---

<sup>30</sup> Byggnads- och installationsentreprenader. *Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader: AB 04*, Solna 2004, 6 kap 9§.

<sup>31</sup> Höök 2005, a.a., s. 35ff.

<sup>32</sup> Höök 2005, a.a., s.36.

<sup>33</sup> Olsson, U. *Funktionsentreprenad för drift och underhåll av vägar och gator*, Luleå 1993, s. 15.

<sup>34</sup> Höök 2005, a.a., s. 37.



tillhandahåller. Möjligheten finns dock alltid att bryta ut vissa delar från totalentreprenaden och upphandla dessa enligt en annan typ av entreprenad. Totalentreprenaden flyttar ansvaret från beställaren och lägger ett större ansvar på utföraren av entreprenaden, som i sin tur anlitar konsulter och underentreprenörer. Fördelen med denna typ av entreprenad är, framförallt för beställaren, att det är tydligt vem som har ansvaret och förhindrar att saker hamnar mellan stolarna. Beställaren väljer att endast specificera det som är viktigt i processen vilket leder till att entreprenören i större utsträckning kan använda sig av egna kontakter och affärsrelationer för att få förmånliga priser.<sup>35</sup>

Funktionsentreprenad är en utveckling av totalentreprenaden. Skillnaden mellan dessa entreprenader definieras bland annat av att vid funktionsentreprenad innefattas ett funktionsansvar under flera år av brukstiden utöver den vanliga garantitiden, vanligen uttryckt som en förlängd garantitid.<sup>36</sup>

Något som bör nämnas är att byggföretaget har en skyldighet mot dess aktieägare att inte bygga till överkvalitet. Det finns inget incitament för byggföretaget att projektet ska hålla längre än avtalstiden. Inom branschen uttrycks detta att inte bygga med överkvalitet utan med rätt kvalitet.<sup>37</sup>

### 3.1.3 Partnering

Partnering är inte en entreprenadform utan en avtalsform som går att kombinera med andra entreprenadformer.<sup>38</sup> Partnering bygger på en struktur där parterna i ett entreprenadprojekt arbetar som ett team och styr mot ett

---

<sup>35</sup> Stenbeck, T. *Definitioner på funktionsentreprenad*, Juridisk Tidskrift 2006/07 s. 822f.; Höök 2005, a.a., s. 40ff.

<sup>36</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 46; Byggandets kontraktskommittee 2004, a.a. 4 kap 7§, 5 kap 5§. Enligt dessa paragrafer i AB 04 ansvarar entreprenören för fel som framträder under den vanliga garantitiden vilken sträcker sig till två år efter avslutat projekt för material samt fem års garanti för att arbetet ska vara utfört på rätt sätt.

<sup>37</sup> Björkman, L. & Ranhem, L. *Rätt kvalitet i byggprocessen: ISO 9001*, Stockholm 1995, s. 8.

<sup>38</sup> Fernström, G. *Handbok i samverkan och partnering*, Stockholm 2012, s. 13.

gemensamt mål, vilket kräver kommunikation och tillit mellan parterna.<sup>39</sup> Parterna arbetar med en öppen redovisning vilket innebär att det gemensamma intresset är att hitta bra lösningar och få en god ekonomi i projektet. Detta innebär även att de ekonomiska risker som kan uppstå under arbetets gång förhoppningsvis kan identifieras tidigt.<sup>40</sup>

## 3.2 Koncessioner

Med koncessioner åsyftas de förhållanden där en offentlig enhet ger en tredje part det totala eller delar av ansvaret för en verksamhet som enheten normalt ansvarar för, förutsatt att den tredje parten tar på sig riskerna med driften.<sup>41</sup> En koncession är ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggtreprenadkontrakt med skillnaden att ersättningen endast utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen/tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.<sup>42</sup> Ett exempel kan vara att en entreprenör anlagt en väg och tar ut vägavgift eller att en restaurang åtagit sig att t.ex. driva en personalmatsal hos en myndighet och har möjlighet att ta betalt av restaurangens gäster.<sup>43</sup>

I EU:s upphandlingsdirektiv delas koncessioner in i två olika grupper: byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. I byggkoncessioner får koncessionshavaren rätt att driva anläggningen som ersättning för byggandet av den. Detta ger koncessionshavaren rätt att ta ut avgifter eller andra former av betalning från anläggningens användare under en viss tid. Staten kan bidra till en del av koncessionens driftskostnader för att minska priserna för användarna. Om bidraget får till följd att koncessionshavarens risk för att driva anläggningen helt försvinner är det inte längre fråga om en koncession utan om ett entreprenadavtal.<sup>44</sup> Tjänstekoncessionerna har i motsats till byggkoncessionerna tidigare varit undantagna från

---

<sup>39</sup> Fernström 2012, a.a., s. 95.

<sup>40</sup> Fernström 2012, a.a., s. 35.

<sup>41</sup> Dir. 2014/24/EU.

<sup>42</sup> SOU 2014:69 - En lag om upphandling av koncessioner, s. 15; 2 kap 4§ LOU.

<sup>43</sup> SOU 2014:69, s. 10.

<sup>44</sup> Jfr. *Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten*, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 121, 29/04/2000.

upphandlingsdirektiven.<sup>45</sup> Genom det nya direktivet regleras även tjänstekoncessioner.<sup>46</sup> Reglerna om koncessioner syftar till att fastställa en tydlig, rättslig ram och att säkerställa effektiv tillgång till marknaden för koncessioner för alla europeiska företag och ge dem möjlighet att i framtiden investera i betydande offentliga tjänster.

---

<sup>45</sup> Dir. 2014/24 /EU, Art 27.

<sup>46</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

## 4 Effektivitet, konkurrens och upphandling

För att säkerställa att upphandlingsreglerna efterföljs är det viktigt med effektiva sanktioner mot överträdelser.<sup>47</sup> I huvudsak består de tillgängliga rättsmedlen av två delar: prövning före avtalets ingående, vilken syftar till att rätta till överträdelser av procedurreglerna, samt prövning efter avtalets ingående, vilken normalt endast omfattar skadestånd.<sup>48</sup> De situationer där en upphandlande myndighet felaktigt anser sig kunna göra ett inköp utan föregående annonsering eller konkurrensutsättning benämns för svenskt vidkommande oftast som otillåten direktupphandling.<sup>49</sup>

### 4.1 Överprövning och avtals ogiltighet

Ogiltighet är det mest effektiva sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för aktörer som berövats sina konkurrensmöjligheter. Under vissa förhållanden kan förvaltningsrätten förklara ett avtal ogiltigt.<sup>50</sup> I ett fall från Nyköpings kommun fastställde Högsta förvaltningsdomstolen att det faktum att ett avtal redan förelåg inte utgjorde något hinder för överprövning och hänvisade till EU-domstolens dom i mål C-26/03, Stadt Halle. I detta fall hade ett avtal ingåtts utan att bestämmelserna i LOU tillämpats, trots att så borde skett.<sup>51</sup> Avgörandet fick till följd att otillåtna direktupphandlingar i teorin kunde överprövas utan begränsning i tid.<sup>52</sup> I propositionen om nya rättsmedel på upphandlingsområdet framgår att ogiltigförklaring av avtal är en mycket ingripande åtgärd. Därför måste

---

<sup>47</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 163.

<sup>48</sup> Björklund, D. & Madell, T. *Skadestånd vid offentlig upphandling*, SvJT 2008 s. 578, s. 578.

<sup>49</sup> Björklund & Madell 2008, a.a., s. 580.

<sup>50</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, betänkandesats 14; Den uttömmande uppräknningen för ogiltighet finns i 16 kap 13§ LOU.

<sup>51</sup> RÅ 2005 ref. 10.

<sup>52</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 164f.

upphandlande enhet vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att avtal som slutits inte kommer att ogiltigförklaras.<sup>53</sup> Som huvudregel ska talan om ogiltighetsförklaring enligt LOU väckas inom sex månader från det att avtalet slutits. En förkortad tidsfrist på 30 dagar gäller om Europeiska kommissionen publicerat meddelande om efterannons eller då myndigheten lämnat meddelande om resultatet av en upphandling eller skriftligen underrättat anbudsgivare om att avtal slutits.<sup>54</sup>

## 4.2 Undantag från ogiltighet

Enligt LOU kan vissa situationer undantas från ogiltighet, trots att de grundläggande förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Ett annars ogiltigt avtal ska bestå om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.<sup>55</sup> Denna bestämmelse har sin grund i ett EU-direktiv<sup>56</sup> och begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse förekommer även inom andra områden av EU-rätten. Enligt EU-domstolens praxis omfattas bland annat bibehållande av allmän ordning, folkhälsa och skydd för människors liv och hälsa av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.<sup>57</sup> Enligt förarbetena ska denna undantagsbestämmelse tillämpas restriktivt. Endast mycket speciella omständigheter ska medföra att ett annars ogiltigt avtal får bestå.<sup>58</sup> Det kan tilläggas att om en domstol beslutar att avtalet ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver direktivet om effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling att en alternativ sanktion ska utgå.<sup>59</sup>

Enligt nyss nämnda direktiv får tvingande hänsyn tas till ekonomiska intressen om ogiltighet skulle leda till oproportionerliga följder.

Ekonomiska intressen med direkt anknytning till avtalet får däremot aldrig

---

<sup>53</sup> Regeringens proposition 2009/10:180 - Nya rättsmedel på upphandlingsområdet, s. 169.

<sup>54</sup> 16 kap 17§ LOU.

<sup>55</sup> 16 kap 14§ LOU.

<sup>56</sup> Dir. 2007/66/EG, Art. 2d.3-5.

<sup>57</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, betänkandesats 40.

<sup>58</sup> Prop. 2009/10:180 s. 139.

<sup>59</sup> Dir. 2007/66/EG, Art 2e.1. I Sverige aktualiseras frågan om upphandlingsskadeavgift.

anses utgöra tvingande hänsyn. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet omfattar bland annat kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Dir. 2007/66/EG, Art 2d.3.

# 5 Samverkansprojekt i praktiken

Partnering är en samverkansform som blir allt vanligare i byggsektorn.<sup>61</sup>

Begreppet partnering har inte någon officiell definition och det är inte heller fastställt vilka arbetsmoment eller villkor som krävs för att ett samarbete ska kunna rubriceras som partnering. Offentlig Privat Samverkan (OPS) är den form av partnering som blir aktuell när ett förhållande rör avtal mellan en beställare i den offentliga sektorn och en privat part som utförare.<sup>62</sup>

Benämningen OPS betyder att parterna samarbetar och i någon form delar på risker och förtjänster.<sup>63</sup> Oftast är det byggentreprenader eller byggkoncessioner som avses när det talas om en OPS, men det kan också vara fråga om en tjänstekoncession.<sup>64</sup>

Ett avtal om OPS tar ofta sikte på själva funktionen hos det projekt som avtalet avser och präglas av en mindre detaljstyrning från den upphandlande enhetens sida och har till sin karaktär därför stor likhet med en funktionsentreprenad.<sup>65</sup> Varje projekt är unikt, men i ett OPS-projekt ansvarar den privata aktören för den största delen av de finansiella riskerna till skillnad från ett mer traditionellt entreprenadprojekt, där den offentliga aktören bär de största riskerna.<sup>66</sup>

## 5.1 Exempel I - Nya Karolinska Solna

Nya Karolinska Solna-projektet (härefter NKS) är ett omfattande byggprojekt som startade sommaren 2010 och kommer att pågå fram till

---

<sup>61</sup> Fernström 2012, a.a., s. 9.

<sup>62</sup> Sveriges Kommuner och Landsting, *Riskhantering Vid Offentlig Privat Samverkan OPS*, Stockholm 2009, s. 29.

<sup>63</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 22.

<sup>64</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 34.

<sup>65</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 34, 47.

<sup>66</sup> Sveriges Kommuner och Landsting 2009, a.a., s. 29.

våren 2018. NKS är det första stora projektet i Sverige som använder sig av OPS-avtal.<sup>67</sup>

NKS var från början beräknat att kosta 14,5 miljarder kronor att bygga. Eftersom projektet finansierades genom just OPS var alla kostnader för byggnationen budgeterade från början. I ett inledande skede är det svårt att säga hur kostnaderna i detalj kommer se ut, men det ska finnas ett incitament hos entreprenören att utföra arbetet så billigt som möjligt för beställaren. NKS var och är ett komplext projekt, och Stockholms Läns Landsting (härefter SLL) saknade erfarenhet av liknande projekt. Detta innebar att projektet var riskfyllt och därigenom lämpligt för OPS då tanken med OPS innebär just en optimerad riskfördelning.<sup>68</sup> Planerna för projektet har dock utvecklats sedan OPS-avtalet skrevs. SLL har därför gjort tilläggsbeställningar för 1,5 miljarder kronor, samt övriga bygginvesteringar för 2,5 miljarder kronor utöver vad som först ingick i avtalet.

OPS-avtalet sträcker sig ända fram till år 2040 och innefattar, utöver byggkostnaden, också driften, underhållet och finansieringen samt servicetjänster på sjukhuset, som lokalvård och teknisk service. Med alla tillägg blir totalsumman fram till 2040 cirka 61 miljarder kronor, varav själva byggkostnaden står för ca 22,5 miljarder kronor.<sup>69</sup> Att projektet blev dyrare är inte helt oväntat, utan kan ses som en följd av vad som i byggbranschen kallas "knapring". Detta innebär att centrala funktioner lyfts ut ur avtalet för att klara den beslutade budgetramen, och återkommer senare som tilläggsbeställningar.<sup>70</sup>

NKS skulle bli en OPS och upphandlas genom ett förhandlat förfarande. Det konsortium som tilldelades kontraktet skulle bilda ett bolag med syfte att bygga, finansiera, äga och förvalta den färdiga anläggningen. Under

---

<sup>67</sup> Stockholms läns landsting (2013-12-12). *Planering och genomförande av byggnation*.

<sup>68</sup> Lundberg, A./Timbro. *Skandalen Nya Karolinska*. Stockholm 2013, s. 22.

<sup>69</sup> Stockholms läns landsting, NKS Bygg (2015-06-02). *Kostnader för Nya Karolinska Solna*.

<sup>70</sup> Mellgren, F. & Ennart, H. *Här är SvD:s avslöjanden om Nya Karolinska*. Svenska Dagbladet, 25 september 2015.



kontraktstiden skulle detta bolag också ansvara för drift och underhåll.<sup>71</sup> Intresset var stort då anbudstävlingen för NKS presenterades hösten 2008. Trots det var det bara ett konsortium, Skanska och brittiska Innisfree, som till slut lämnade in ett anbud. Avtal tecknades våren 2010 och byggföretaget Skanska blev tilldelade projektet.<sup>72</sup> De konsulter som SLL anlitat hade redan innan meddelat att konkurrens var en förutsättning för att projektet skulle få kostnader jämförbara med samverkansentreprenad och att avsaknad av konkurrens gjorde OPS till ett mindre fördelaktigt alternativ.<sup>73</sup>

Enligt den praktiserande juristen Christina Möll, specialiserad på LOU och som granskat upphandlingar åt Riksrevisionen och varit chefsjurist i Region Skåne, kan SLL ha begränsat konkurrensen när man bara förhandlat med en aktör.

*”Huvudregeln är en öppen eller selektiv upphandling så att alla kan vara med. Det handlar om transparens, förutsägbarhet och likabehandling. Men här valde man ett undantag i LOU som bara får användas om man har särskilda skäl. Kan man inte styrka det bryter man mot upphandlingsreglerna och därmed EU:s direktiv. Eftersom anbudet var högre än maxtaket kunde landstinget utan vidare ha avvisat.”*<sup>74</sup>

SLL ansåg själva att de följde LOU när avtalet tecknades. De ansåg att konkurrensstrycket kunde upprätthållas eftersom Skanska inte visste att de var ensam anbudslämnare.<sup>75</sup>

### **5.1.1 Varför OPS?**

David Erixon, seniorkonsult hos Kreab och tidigare politiskt sakkunnig till före detta infrastrukturminister Catharina Elmsäter-Svärd, belyser i en

---

<sup>71</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 52.

<sup>72</sup> Rosdahl, T., Starbrink, A., Bohlin, E. & Hemming, G. ”Vi står upp för beslutet om Nya Karolinska”. Svenska Dagbladet Debatt, 29 juni 2015.

<sup>73</sup> Lundberg/Timbrot 2013, a.a., s. 24.

<sup>74</sup> Mellgren, F. & Ennart, H. *Expert: Upphandling av NKS kan bryta mot lag*. Svenska Dagbladet, 6 oktober 2015.

<sup>75</sup> Enl. Stig Nyman (KD), ordförande i landstingets NKS-nämnd, Mellgren & Ennart 2015, a.a. *Expert: Upphandling av NKS kan bryta mot lag*.

artikel intressanta ståndpunkter om varför OPS kan vara en bra form för samverkan. Det bör dock tas i åtanke att Erixon genom sin position inte är neutral i frågan.

Primärt anser Erixon att det handlar om tre aspekter där OPS kan utgöra ett viktigt komplement till traditionell anslagsfinansiering och upphandling. Den första aspekten är ökad effektivitet. OPS ger ökad samverkan mellan parterna och genom att finans- och byggkompetens involveras tidigare kan ny teknik, material och innovationer sänka kostnaderna och förkorta processen från avtal till färdigt projekt. Den andra aspekten är att en central del i nyttan av OPS handlar om att hantera, dela och minimera risker. När exempelvis en tunnel blir för dyr och nyttan understiger tidigare beräkningar bärs idag hela risken av det offentliga och i förlängningen skattebetalarna. Med OPS minimeras risken för skattebetalarna när den privata parten tar en större risk. Erixons tredje aspekt är att OPS ger bättre drift, underhåll och ett tydligare livscykelperspektiv. Underhållskostnaden som ofta är större än den initiala investeringen exkluderas ofta annars i beräkningarna. Det helhetsåtagande som OPS ofta innebär skapar incitament för att välja effektiva metoder och material.<sup>76</sup>

## 5.1.2 Kommentarer

OPS är intressant för att effektivisera, kvalitetssäkra och för att lösa den offentliga sektorns finansieringsproblem, men mot Erixons ovan nämnda ståndpunkter för OPS bör också ställas en bild av de risker som finns förknippade med OPS. OPS innebär i regel långa avtalsrelationer och det kan vara svårt att förutse konsekvenserna av ett sådant kontrakt. Ett sjukhus eller en idrottsarena måste drivas under lång tid och när avtalet tar slut får landstinget eller kommunen ta över ansvaret. Landstinget eller kommunen kan då välja att konkurrensutsätta driften på nytt eller fortsätta driva anläggningen i egen regi. Först då ges egentligen svaret på om den ursprungliga kalkylen var tillräckligt genomtänkt eller om projektet medfört

---

<sup>76</sup> Erixon, David. "Sverige har inte råd att avstå från OPS". Svenska Dagbladet Debatt, 20 augusti 2015.

en ekonomisk belastning.<sup>77</sup> Långa avtalstider medför en stabilitet och viss förutsebarhet. Förutsättningar kan dock ändras med tiden och upphandlande enhet finna sig i ett avtal som fortsätter löpa trots att behovet av det inte längre kvarstår. En sådan situation kan bli kostsam för den upphandlande enheten att ta sig ur.

Enligt LOU finns inga hinder för upphandling av en OPS.<sup>78</sup> Det upphandlingsförfarande som enligt huvudregeln i LOU ska användas när entreprenadens värde överstiger tröskelvärdet, vilket var fallet avseende NKS, är selektivt förfarande.<sup>79</sup> I undantagsfall får förhandlat förfarande med föregående annonsering tillämpas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg.<sup>80</sup> Särskilda omständigheter är en undantagsregel och riskerna eller svårigheterna ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen.<sup>81</sup> Tillämpningen av bestämmelsen har inte prövats av domstol, men det kan noteras att Europakommissionens inställning är att man i normalfallet inte kan tillämpa förhandlat förfarande vid OPS-projekt.<sup>82</sup> Trots detta var det ett förhandlat förfarande man använde sig av i NKS.

Alla typer av OPS ska konkurrensutsättas och projekt på så stora värden som NKS-projektets måste offentliggöras till Europeiska kommissionen.<sup>83</sup> Annonseringen sker i tillägget till Europeiska Unionens officiella tidning EUT S och den elektroniska databasen TED.<sup>84</sup> Antalet anbudsgivare som kvalificeras bör inte vara för stort då alltför många anbudsgivare minskar

---

<sup>77</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 77.

<sup>78</sup> ÖPwC:s utvärdering, *Alternativa lösningar för finansiering och drift av NKS*, Appendix del III, Bilaga till Rapport den 19 oktober 2007, s.1. (ÖPwC fick i uppdrag av SLL att beskriva förutsättningarna för att välja alternativa lösningar för finansiering och drift av hela eller delar av NKS samt utvärdera konsekvenserna av dessa. Uppdraget genomfördes i samarbete med Mannheimer Swartling Advokatbyrå och SWECO Projektledning AB).

<sup>79</sup> 4 kap 1§ LOU.

<sup>80</sup> 4 kap 2§ 2st LOU.

<sup>81</sup> ÖPwC 2007, a.a., s. 3.

<sup>82</sup> ÖPwC 2007, a.a., s. 2.

<sup>83</sup> Madell & Indén 2010, a.a., s. 24; Upphandlingsförordningen 2§.

<sup>84</sup> Simap – information om offentlig upphandling i Europa/Publikationsbyrå 2015.

projektets attraktivitet.<sup>85</sup> Antalet ska bestämmas med hänsyn till projektets art och vara tillräckligt stort för att uppnå effektiv konkurrens, dock krävs minst fem anbudsgivare vid selektivt förfarande och tre vid förhandlat förfarande.<sup>86</sup> Endast en anbudsgivare, som var fallet i NKS, borde inte anses uppnå kravet på effektiv konkurrens.

## 5.2 Exempel II - Ljungby Arena

I Ljungby kommun har ishallen nyligen byggts om. Hallen har länge varit i behov av en ombyggnad då den lokala hockeyklubben fått en tidsbegränsad dispens för att fortsätta spela i hockeyallsvenskan, trots att hallen inte uppfyllde kraven från Svenska Ishockeyförbundet. I ett besiktningsprotokoll från Svenska Ishockeyförbundet från 2013-11-13 framgick att samtliga åtgärder skulle vara klara till nästkommande säsong då ingen fortsatt dispens skulle medges.

Ett av hockeyklubben helägt bolag bildades, Arenabolaget i Ljungby AB. Bolaget hade till syfte att köpa hallen av Ljungby kommun, ansvara för ombyggnaden och sedan hyra ut den färdiga hallen, Ljungby Arena, till bland annat kommunen. Kommunen sålde hallen till Arenabolaget och lånade samtidigt ut pengar till investeringen. På grund av tidspress för att hinna bygga mellan säsongerna började en entreprenör med avtal om en totalentreprenad från Arenabolaget riva den gamla ishallen. Innan kommunens beslut om försäljning och utlåning av pengarna vunnit laga kraft överklagades beslutet till förvaltningsrätten.<sup>87</sup> Den klagande yrkade även på inhibition, vilket förvaltningsrätten biföll i väntan på dom i målet.<sup>88</sup> Senare gick domstolen på kommunens linje och kommunen vann målet.

Att domstolen biföll yrkandet om inhibition ledde till att Arenabolaget inte kunde ansöka om lagfart. På grund av detta hindrades byggfirman i sitt

---

<sup>85</sup> ÖPwC 2007, a.a., s. 5.

<sup>86</sup> 11 kap 4§ LOU.

<sup>87</sup> Förvaltningsrätten i Växjö, Mål nr 4440-14.

<sup>88</sup> Förvaltningsrätten i Växjö, Mål nr 3144-14.

arbete och kortfattat ledde detta till att kommunen gick in och tog över avtalet med bygghuset för att undvika stora kostnader för kommunen. Arenabolaget skulle inte haft någon möjlighet att betala och kostnaderna skulle i slutändan ändå hamnat hos kommunen som skulle fått gå in och rädda arenan. Kostnaderna bestod av redan beställda jobb, kostnader för rivning m.m. och uppgick till en summa av 37 miljoner kronor. I det läget gjorde kommunen bedömningen att de inte kunde annonsera ut upphandlingen. *”Ingen hade kunnat planerat att detta scenariot skulle hända.”* säger Roland Eiman, kommunchef i Ljungby kommun.<sup>89</sup>

Konkurrensverket inledde en undersökning för att utreda huruvida kommunen åsidosatt konkurrensreglerna när de valt att inte annonsera upphandlingen.<sup>90</sup> Frågan är ännu inte avgjord hos konkurrensverket. Kommunen gjorde bedömningen att det i vilket fall skulle bli billigare att betala den eventuella upphandlingsskadeavgiften. Denna uppgår till lägst 10 000 kronor och max 10 miljoner kronor, dock max 10 procent av det ingångna avtalets värde.<sup>91</sup> Procentsatsen bestäms genom de förmildrande eller försvårande omständigheter som föreligger i det enskilda fallet.<sup>92</sup> Projektet var beräknat att kosta 71 miljoner SEK, vilket skulle bli max 7,1 miljoner SEK i upphandlingsskadeavgift.

*”Det var en beräknad risk, men vi kände inte att vi hade något val. Om vi skulle varit helt säkra på att vi gjorde rätt hade vi kastat ut hur mycket skattepengar som helst i sjön. Skattepengarna måste användas optimalt, och då är det bra att man utsätter det för konkurrens, men hade vi följt LOU hade det kostat 37 miljoner mer i skattepengar plus ingen verksamhet på ett år, och det är inte rimligt.”*<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> Vid genomförd intervju, Ljungby 4 december 2015.

<sup>90</sup> Konkurrensverket, Dnr 98/2015.

<sup>91</sup> 17 kap 4§ LOU.

<sup>92</sup> HFD 2014 ref 69.

<sup>93</sup> Vid genomförd intervju, Ljungby 4 december 2015.

## 5.2.1 Kommentarer

I projektet Ljungby Arena åsidosattes annonseringsskyldigheten i LOU. Det finns tillfällen när annonseringsskyldigheten kan undantas. Ett sådant tillfälle är undantaget på grund av tekniska skäl. Undantaget kan endast tillämpas om upphandlande enhet på objektiva grunder kan konstatera att det endast finns en leverantör som kan fullgöra kontraktet. Undantaget ska tillämpas restriktivt.<sup>94</sup> EU-domstolen har konstaterat att det inte är tillräckligt att visa att en särskild leverantör är mest effektiv avseende ett visst utförande. Det krävs att leverantören är den enda som kan producera det som efterfrågas.<sup>95</sup>

Ett annat undantag från annonseringsskyldigheten är undantaget på grund av synnerlig brådska. För att det ska kunna tillämpas måste flera förutsättningar vara uppfyllda. Det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen och den synnerliga brådskan ska göra det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett annonserat förfarande. Brådskan får inte vara orsakad av enheten själv och inte heller orsakad av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande enheten. Även detta undantag ska tillämpas restriktivt.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> 4 kap 5§ 2 p LOU; Ulfsdotter Forsell, A. *Lexino - Lagen om offentlig upphandling*, 2013, 4 kap 5§.

<sup>95</sup> Mål C-328/92, Kommissionen mot Spanien.

<sup>96</sup> 4 kap 5§ 3 p LOU; Ulfsdotter Forsell 2013. a.a., 4 kap 5§.

## 6 Analys

Syftet med detta arbete har varit att undersöka vilka möjligheter för samarbete det finns mellan offentlig och privat aktör samt hur dessa samarbeten fungerar inom ramen för den nuvarande regleringen i LOU.

Följande frågeställningar uppställdes:

- Vilka möjligheter till samarbete mellan privat och offentlig aktör vid bygg- och entreprenadprojekt finns beskrivna i den nu gällande lagtexten, och hur tolkas dessa bestämmelser i doktrin och praxis?
- Vad för typ av problem kan en upphandlande enhet stöta på vid samverkansprojekt mellan offentlig och privat aktör?
- Hur tillämpas LOU i praktiken vid två utvalda byggentreprenadprojekt?

Svaren på dessa frågeställningar kommer att utgöra grunden för slutsatsen och kommer att diskuteras i följande analys.

Offentliga upphandlingar omsätter årligen mycket stora summor pengar. Därför är det viktigt att upphandlingar fungerar och är så effektiva som möjligt. Vad projekten NKS och Ljungby Arena har gemensamt är att de visar på att upphandlingsreglerna kan motverka sitt konkurrensstimulerande syfte om de blir alltför svåra att tillämpa. Att det är viktigt med god konkurrens inom offentlig upphandling visas av NKS som blev många miljarder dyrare än beräknat. Där deltog bara ett företag i upphandlingen, troligen på grund av att det uppfattades som ett för stort projekt för många entreprenörer att ta sig an.

Eftersom skattebetalarna bär kostnaden vid alla offentliga upphandlingar är det också viktigt att det är tydligt vilka för- och nackdelar som följer av olika sätt att upphandla och finansiera ett projekt. Argumenten som lyfts fram för OPS är de effektivitetsvinster som väntas uppstå om den privata parten tar en finansiell risk, samt att det ges en hög grad av frihet i att

utforma lösningar som tar hänsyn till hela livscykeln i ett projekt. Det är dock inslaget av privat finansiering i OPS som skiljer det från vanliga entreprenadformer och gör att projekt riskerar att bli dyrare jämfört med om staten själv finansierar. Det går inte att komma ifrån att staten alltid lånar billigast. Den privata finansieringen måste alltså leda till stora effektivitetsvinster för att överstiga den ökade kostnaden.

I projektet Ljungby Arena rörde det sig inte om en OPS utan om en totalentreprenad, dock med en föregående direktupphandling utan annonsering. En av de inblandade personerna i upphandlingen menade att kommunen undvek en betydligt högre kostnad när de valde att inte följa upphandlingsreglerna. Om kommunen hade upphandlat projektet i den situation de befann sig i hade detta enligt utsago lett till att 37 miljoner kronor i form av skattemedel gått till spillo. Kommunen valde alltså att prioritera en minimal förlust av skattepengar framför att följa LOU, vilket kan ha lett till att konkurrensen begränsades.

Vid NKS slöts avtal trots anbud från endast en anbudsgivare och vid Ljungby Arena annonserades aldrig ens upphandlingen efter att kommunen tagit över avtalet. I båda fallen bör diskuteras ifall konkurrensreglerna i LOU åsidosatts. Upphandlande enhet i NKS-projektet ansåg att de följde reglerna eftersom Skanska inte visste om att de var ensam anbudsgivare. I projektet Ljungby Arena ansåg kommunen att de inte hade något val och att det hade fått absurda resultat om de hade valt att prioritera upphandlingsreglerna före förlusten av skattemedel. Om ett avtal slutits utan att avtalet annonserats i enlighet med LOU, vid en så kallad otillåten direktupphandling, ska det som huvudregel förklaras ogiltigt. Det finns undantag, men dessa ska tillämpas restriktivt.

Myndigheter som missköter sina offentliga upphandlingar och genomför upphandlingar i strid med reglerna riskerar att få sitt förtroende skadat. Transparens i upphandlingsprocessen är ett bra sätt att förebygga risken för ett skadat förtroende, vid direktupphandling är insynsmöjligheterna lägre än



vid de andra förfarandena. Om insynsmöjligheterna blir färre och offentliga upphandlingar uppfattas som felaktiga riskeras att tilltron till det demokratiska systemet skadas, oavsett om uppfattningen är välgrundad eller inte. I varken NKS eller Ljungby Arena är det fastställt att projekten brutit mot konkurrensreglerna, men om utgången av projektet Ljungby Arena varit planerad från början är projektet uppenbart lagstridigt. Ur en samhällsekonomisk synpunkt är det dock svårt att försvara en ekonomisk förlust på 37 miljoner kronor.

Gällande NKS är det mer troligt att upphandlande enhet inte brutit mot LOU i genomförandet av projektet. Innan NKS var erfarenheterna av OPS projekt mycket små, vilket i sig var en riskfaktor som borde ha beaktats. OPS förutsätter också ett incitament från båda parter att genomföra projektet så kostnadseffektivt som möjligt. Det kan ifrågasättas om så var fallet gällande NKS. Om upphandlande enhet kan ingå ett avtal med förutsättningar som dessa som gör att projektet blir många miljarder dyrare än vad som först var budgeterat, skulle detta kunna ligga till grund för att möjliggöra storskalig korruption.

## 7 Slutsats

Effektivitet och konkurrens är viktiga byggstenar i regelverket och att det finns regler om offentlig upphandling är nödvändigt. LOU reglerar hur det offentliga ska hantera medborgarnas skattepengar på den kommersiella marknaden och offentliga upphandlingar är därför en ekonomiskt viktig samhällsfunktion. Reglerna skapar möjlighet för svenska företag att konkurrera på den europeiska marknaden och möjligheter för utländska företag att konkurrera på den svenska marknaden. En ökad konkurrensutsättning ska bidra till att upphandlingen kan ske till en lägre kostnad, vilket gynnar det offentliga och den enskilde skattebetalaren.

Möjligheten till samarbete mellan offentlig och privat aktör kan få både positiva och negativa effekter. Det krävs att samarbetsformerna är flexibla så att de inte istället motverkar sitt syfte att få en bra produkt till ett bra pris. Fördelen med samverkansformer för en upphandlande enhet är att hela projektet kan lämnas över till en entreprenör med ett långsiktigt ansvar. Entreprenören har i sin tur fördel av en lång kontraktstid och att bygga så bra att projektet håller under den avtalade driftstiden. Allt som byggföretaget har lagt extra kostnader på för att projektet ska hålla längre än avtalstiden är dock inte till fördel för deras aktieägare.

Alla samverkansprojekt ser olika ut, och i detta arbete har ett par av de former för samverkan som finns på området beskrivits. Olika former för samarbete passar olika projekt. Gemensamt för upphandlingar av byggtreprenader är att de kräver ett visst utrymme för flexibilitet, något som ofta kan tillgodoses med en OPS eller funktionsentreprenad. Det krävs emellertid att både beställare och leverantör vet vad de ger sig in i för att projektet ska bli så effektivt som möjligt utan att åsidosätta konkurrensen, vilket detta arbete visar på inte är en helt enkel uppgift. Något som ytterligare har exemplifierats är att om reglerna i LOU blir för svåra att tillämpa kan de motverka sitt konkurrensstimulerande syfte. Upphandlingsreglernas komplexitet och svårtilämplighet kan komma att

påverka upphandlande enheters vilja att genomföra sina projekt i enlighet med upphandlingslagstiftningen och leda till att överträdelser av exempelvis annonseringsskyldigheten inte ifrågasätts.

När effekterna av NKS och Ljungby Arena jämförs, där landstinget handlande i det ena projektet kostade 8 miljarder kronor mer än beräknat och kommunen i det andra projektet sparade 37 miljoner kronor i skattemedel, är det lätt att se att en effektiv hantering av skattemedel inte alltid är förenligt med LOU. Trots detta är syftet med LOU att minska den offentliga sektorns kostnader genom konkurrens och transparenta upphandlingsprocesser, något som uppenbarligen inte alltid går hand i hand med varandra.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

### Böcker

Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia & Madell, Tom. *Offentlig upphandling: På rätt sätt och rätt pris*.

1. uppl. Studentlitteratur, Lund 2011

Björkman, Lars. & Ranhem, Lars. *Rätt kvalitet i byggprocessen: ISO 9001*,

1. utg. SIS kvalitetsforum, Stockholm 1995

Byggandets kontraktskommittee. *Allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader: AB 04*.

Svensk byggtjänst, Solna 2004

Fernström, Gösta. *Handbok i samverkan och partnering*.

Fernia Consulting, Stockholm 2012

Höök, Rolf. *Entreprenadjuridik: [förvaltning, garantitid, byggperiod, upphandling, projektering]*.

4., [rev.] uppl. Norstedts juridik, Stockholm 2005

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro. *Juridisk metodlära*.

1. uppl. Studentlitteratur, Lund 2013

Madell, Tom & Indén, Tobias. *Offentlig-privat samverkan: rättsliga förutsättningar och utmaningar*

Iustus, Uppsala 2010

Olsson, Ulf. *Funktionsentreprenad för drift och underhåll av vägar och gator*. Luleå 1993

Pedersen, Kristian. *Festskrift till Sveriges kommunaljuridiska förenings 100-årsjubileum: Kommunala samverkansformer och offentlig upphandling*.

Iustus förlag, Uppsala 2015

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*

3., [utök.] uppl. Jure, Stockholm 2013

### Artiklar

Björklund, Daniel & Madell, Tom. *Skadestånd vid offentlig upphandling*

SvJT 2008 s. 578.

Stenbeck, Torbjörn. *Definitioner på funktionsentreprenad*, Juridisk Tidskrift Nr 3 2006/07 s. 818.

## Elektroniska källor

Erixon, David. ”Sverige har inte råd att avstå från OPS”. *Svenska Dagbladet Debatt*, 20 augusti 2015.

<http://www.svd.se/sverige-har-inte-rad-att-avsta-fran-ops/om/nya-karolinska>, hämtad 2015-11-26

Konkurrensverket. *Osund konkurrens i offentlig upphandling: Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*

Stockholm: Konkurrensverket 2013

(Konkurrensverkets rapportserie 2013:6)

Tillgänglig på:

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/osund-konkurrens-i-offentlig-upphandling---om-lagovertradelser-som-konkurrensmedel.pdf>, hämtad 2015-11-27

Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten. *Siffror och fakta om offentlig upphandling: Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014*.

Stockholm: Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten 2015

(Konkurrensverkets rapportserie 2015:9)

Tillgänglig på:

[http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport\\_2015-9.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2015-9.pdf), hämtad 2015-11-23

Lundberg, Anders/Timbro. *Skandalen Nya Karolinska*.

Stockholm: Timbro 2013

Tillgänglig på:

<http://timbro.se/sites/timbro.se/files/files/reports/9175669335.pdf>, hämtad 2015-12-23

Mellgren, Fredrik & Ennart, Henrik. Expert: Upphandling av NKS kan bryta mot lag. *Svenska Dagbladet*, 6 oktober 2015.

<http://www.svd.se/expert-upphandling-av-nya-karolinska-kan-vara-olaglig>, hämtad 2016-11-25

Mellgren, Fredrik & Ennart, Henrik. Här är SvD:s avslöjanden om Nya Karolinska. *Svenska Dagbladet*, 25 september 2015.

<http://www.svd.se/har-ar-svds-avslojanden-om-nya-karolinska>, hämtad 2016-11-25

Rosdahl, Torbjörn, Starbrink, Anna, Bohlin, Ella & Hemming, Gustav. ”Vi står upp för beslutet om Nya Karolinska”. *Svenska Dagbladet Debatt*, 29 juni 2015.

<http://www.svd.se/vi-star-upp-for-beslutet-om-nya-karolinska/om/nya->

karolinska, hämtad 2015-11-25

Simap – information om offentlig upphandling i Europa/Publikationsbyrån  
Senast uppdaterad: 2015-12-14  
<http://simap.ted.europa.eu/sv/web/simap/european-public-procurement>,  
hämtad 2015-12-23

Stockholms läns landsting, NKS Bygg. *Kostnader för Nya Karolinska Solna*.  
Senast uppdaterad: 2015-06-02  
<http://www.nyakarolinskasolna.se/sv/Aktuellt/Nyheter/Kostnader-for-Nya-Karolinska-Solna/>, hämtad 2015-11-24

Stockholms läns landsting. *Planering och genomförande av byggnation*.  
Senast uppdaterad: 2013-12-12  
<http://www.nyakarolinskasolna.se/sv/byggprojektet>, hämtad 2015-11-24

Sveriges Kommuner och Landsting, sektionen för demokrati och styrning.  
*Riskhantering vid Offentlig Privat Samverkan, OPS*.  
Stockholm: Sveriges Kommuner och Landsting 2009  
Tillgänglig på: <http://webbutik.skl.se/bilder/artiklar/pdf/7164-505-0.pdf>,  
hämtad 2015-11-27

Ulfsdotter Forssell, Anna. *Lexino - Lag om offentlig upphandling 4 kap. 5 §*,  
Lexino Djup kommentar, Karnovgroup  
Senast uppdaterad: 2013-03-17  
[https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se:2443/document/844179/element/SFS2007-1091\\_K4\\_P5](https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se:2443/document/844179/element/SFS2007-1091_K4_P5),  
hämtad 2015-12-23

Öhrling PwC. *Utvärdering av alternativa lösningar för finansiering och drift av Nya Karolinska Solna*, Appendix del III – Fördjupad legal analys,  
Bilaga till Rapport den 19 oktober 2007  
Tillgänglig på:  
<http://www.nyakarolinskasolna.se/contentassets/e9b20c32d91945dcad0d96be02a0377f/ops-bilaga.pdf>, hämtad 2015-11-27

## **Författningar**

### *Direktiv*

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 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden

### **Offentligt tryck**

*Statens offentliga utredningar*

SOU 2014:69 – En lag om upphandling av koncessioner

SOU 2014:51 - Nya regler om upphandling

*Propositioner*

Regeringens proposition 2009/10:180 - Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

*Departementsserien*

Ds 2014:25 - Nya regler om upphandling

### **Övrigt**

Europeiska Kommissionen. *Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten*, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 121 , 29/04/2000.

Intervju med Roland Eiman, Kommunchef i Ljungby Kommun. Intervjun med Eiman ägde rum i Ljungby 2015-12-04

Konkurrensverkets pågående ärende Ljungby Kommun – Arenabygge, Dnr 98/2015

# Rättsfallsförteckning

## **EU-domstolen**

Mål C-26/03, Stadt Halle

Mål C-84/03, Kommissionen mot Spanien

Mål C-328/92, Kommissionen mot Spanien

## **Högsta domstolen**

NJA 2015 s. 3

## **Högsta förvaltningsdomstolen**

HFD 2014 ref. 69

RÅ 2005 ref. 10

## **Förvaltningsrätten**

Förvaltningsrätten i Växjö, Mål nr 4440-14

Förvaltningsrätten i Växjö, Mål nr 3144-14