



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kajsa Frondelius

Likabehandling och proportionalitet
- praktisk tillämpning av principerna vid
offentlig upphandling

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder
HT 2015

Innehållsförteckning

Sammanfattning	4
Summary	6
Förord	8
1. Inledning	9
1.1 Syfte och frågeställning	11
1.2 Metod och material	11
1.3 Disposition och avgränsningar	14
1.3.1 Disposition	14
1.3.2 Avgränsningar	15
1.3.3 Terminologi	17
1.4 Forskningsläge	18
2. Principerna för offentlig upphandling	19
2.1 Inledning	19
2.2 Det klassiska direktivet	21
2.3 Det nya direktivet	23
2.3.1 Principerna transparens och icke-diskriminering	24
3. Likabehandling	26
3.1 Inledning	26
3.2 Upphandlingsförfarandet	29
3.2.1 Förfrågningsunderlaget	29
3.2.2 Skall-krav	30
3.3 Praxis	34
3.4 Sammanfattning	36
3.4.1 Likabehandlingsprincipen	36
3.4.2 Sammanfattning av utvald EU-praxis	37
4. Proportionalitet	41
4.1 Inledning	41
4.2 Proportionalitetsbedömning	44
4.3 Upphandlingsförfarandet	46
4.3.1 Förfrågningsunderlaget	46
4.3.2 Skall-krav	47
4.4 Praxis	49
4.4.1 Praxis avseende proportionalitetsbedömningen	49
4.4.2 Prövning av proportionalitetsprincipen	51
4.5 Sammanfattning proportionalitetsprincipen	52
5. Likabehandling och proportionalitet	54
5.1 Prövning av likabehandling och proportionalitet	54
5.2 Principerna i kommande lagstiftning	58

5.2.1 Lagrådsremissen	59
5.2.1.1 Principerna	59
5.2.1.2 Andra relevanta nyheter	60
5.2.2 Onormalt låga anbud	61
5.2.3 Lågt anbud som marknadsdominant	63
6. Analys	65
6.1 Inledande sammanfattning	65
6.2 Precisering, ändring och komplettering av anbud	66
6.3 Praxis gällande likabehandling och proportionalitet	63
6.4 Proportionalitetsprincipen	70
6.5 Onormalt låga anbud	70
6.6 Lågt anbud vid marknadsdominerande ställning	72
6.7 Lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud	75
6.8 Avslutande kommentarer	76
Käll- och litteraturförteckning	77
Rättsfallsförteckning	82

Sammanfattning

Likabehandling och proportionalitet tillhör de grundläggande principer som en upphandlande myndighet ska iaktta vid genomförandet av en offentlig upphandling. Likabehandlingsprincipen innebär att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska inte behandlas lika om inte sakliga skäl föreligger. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att påvisa att ett mindre ingripande alternativ saknas. Bedömningen ska genomföras som en strukturerad avvägning mellan motstående intressen. För att bedöma om en upphandlande myndighet under en upphandling brutit mot proportionalitetsprincipen kan domstolen använda en bedömning i tre steg. Bedömning avser om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet och ifall åtgärden är nödvändig så tillvida att det saknas mindre ingripande alternativ. Vidare avser bedömningen om den negativa effekten som åtgärden får, och om åtgärden står i proportion till det eftersträvade syftet.

Direktiv 2014/24/EU innebär viss tillspetsning av principerna, men de större nyheterna i direktivet berör endast indirekt principerna då det är av vikt att iaktta principerna under upphandlingens samtliga faser. Särskilt relevant är det att beakta principerna även vid utvärdering av onormalt låga anbud, när ett lågt anbud av en marknadsdominant ska förkastas, eller i fall av ändringar eller kompletteringar av anbud.

Av utredningen i uppsatsen framkommer att proportionalitetsprincipen är av större vikt att iaktta än likabehandlingsprincipen. Proportionalitetsprincipen tillämpas på upphandlingen i stort och inte mellan anbudsgivare som likabehandlingsprincipen gör. Ingivande av ett onormalt lågt anbud eller ett lågt anbud som marknadsdominant är konkurrensstörande. Vid

diskvalificering av ett onormalt lågt anbud eller en marknadsdominant från ett upphandlingsförfarande måste dock likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen iakttas. Ur ett praktiskt perspektiv är ett välmotiverat förfrågningsunderlag och ett medvetet handlande vid förfrågan om förtydliganden, kompletteringar och vid uteslutningar ett bra sätt att undvika överprövningar.

Summary

The contracting authority must treat all economic operators equally and observe the principle of proportionality during the realization of a public procurement. The principle of equality states that similar cases should be treated equally and different cases should not be treated equally unless substantial reasons exist. The principle of proportionality states that all measures taken must be necessary and appropriate to the purpose of the procurement. The contracting authority has the burden of the proof to demonstrate the lack of less intrusive alternative measures. The proportionality assessment that the court will carry out is based on a structured balance between opposing interests. To assess if a contracting authority has violated the principle of proportionality the court can use an assessment of three basic criteria developed through the case law. The assessment relates to whether the measure is appropriate and effective in achieving the desired objective in the procurement, if the measure is necessary in the sense that there is no less intrusive alternative than the one taken and if the adverse effect is proportionate to the pursued objective of the procurement.

The directive 2014/24/EU on public procurement may result in an uplifting of the principles. The news in the directive will only affect the principles in an indirect manner. It is of the utmost importance to observe the principles during all stages of the public procurement. It is relevant to consider the principles during the evaluation of abnormally low tenders, rejection of a low tender submitted by a dominant on the market, but also when the tender is altered or complemented.

In this master thesis the inquiry has shown that the case law states that the principle of proportionality is of greater importance to observe than the

principle of equal treatment. The principle of proportionality is applicable on the procurement per se and not between the tenderer. An abnormally low tender or low tender submitted by a dominant on the market interferes with the competition. In case of disqualifying an abnormally low tender or a dominant on the market from the procurement procedure the principles must be taken into consideration. From a practical point of view, a well motivated contract document and a conscious acting while asking for clarification and additions to the tender, this should also be considered during the disqualification of a tenderer to avoid review procedure.

Förord

Det blir sällan som en tänkt sig. Inte kunde jag ana att vägen till juristexamen skulle se ut som den gjort den dagen då jag tog mina, aningen tveksamma, första steg på Juridicum.

Den snåriga vägen har gett mig en hel del spännande perspektiv och en del att tänka på under de år jag vandrat. Av en rad tillfälligheter ledde den mig in på offentlig upphandling. Ett område som tack vare sin nyckfullhet och kreativitet har just de egenskaper som charmat mig. Kanske kommer vi följas åt ett tag för att sedan gå skilda vägar, vem vet.

Ett stort tack vill jag rikta till min handledare Henrik Norinder. Tack för dina skarpa synpunkter och ditt brinnande engagemang. Du har en förmåga att förstå även de mest ologiska formuleringar. En konst i sig.

Ett stort tack vill jag även rikta till Christoffer Löfquist och Andreas Lindström och till övriga medarbetare på Foyens advokatkontor i Malmö. Tack för era värdefulla insikter och tankar om offentlig upphandling och allt däromkring. Den praktiska insynen har för mig varit av stor betydelse då jag fick möjlighet att lite lätt pröva mina vingar. Det medförde även att jag snabbt insåg att jag inte famlat helt i mörker utan hittat en väg på vilken jag trivs och kommer följa.

På denna tillsynes oändliga väg har jag haft förmånen att träffa de mest underbara människor, som genom sin härliga energi förgyllt även de tyngsta stunder. Tack till er som utmanar, stärker, ifrågasätter och delar med er. Ingen nämnd, ingen glömd, men vad vore regler utan undantag?

Isabelle! Min kära vän, vad hade jag gjort utan dig?

Ett särskilt tack till dig Andrea som stått ut med mig under slutfasen av examensarbetet.

Nu när vinterkylan verkar bita sig fast tar denna väg slut. Men det är bara att traska ut i snön mot nya mål och utmaningar!

Huskvarna, den 5 januari 2016

Kajsa Frondelius

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen återfinns i 1 kapitlet 9 § i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). För att en upphandling ska anses korrekt utförd måste hänsyn tas till de grundläggande principer som uppställs i lagen. Likabehandling och proportionalitet uppställs i 1 kap 9 § LOU jämte icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande samt öppenhet.

Likabehandling och proportionalitet tillhör de grundläggande principer som ligger till grund för hur offentlig upphandling ska utföras.

Likabehandlingsprincipen utgör ett primärt skydd för samtliga anbudsgivare, och har till syfte är att anbudsgivarna ska behandlas likvärdigt exempelvis genom att samtliga delges samma information och i de fall ny information tillkommer en upphandling så ska denna spridas till samtliga intressenter på samma sätt.

Offentlig upphandling regleras på EU-nivå för att säkerställa likvärdiga konkurrensmöjligheter för företag inom EU att konkurrera att vinna en offentlig upphandling. Den gemenskapsrättsliga regleringen ska därför motverka diskriminering av internationella aktörer. På den europeiska marknaden har alla aktörer rätt att konkurrera på lika villkor för offentliga arbeten oavsett geografisk placering och nationalitet. Som skydd mot att en utländsk aktör skulle bli diskriminerad, inte få tillgång till rätt information eller på annat sätt inte behandlas likvärdigt säkerställs detta genom de gällande direktiven på området. Artikel 2 i direktivet 2004/18/EU stadgar rätten till likabehandling. Proportionalitetsprincipen återfinns däremot i preambeln. I det nya direktivet 2014/24/EU har både proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen fått plats i artikel

18. I och med det nya direktivet kommer det inte ske någon större förändring för svenskt vidkommande gällande principerna.

Likabehandling och proportionalitet ska iakttas under upphandlingens samtliga faser och även efter att en upphandling avslutats. Likabehandling innebär att samtliga anbudsgivare ska behandlas lika under upphandlingens samtliga faser. Proportionalitetsprincipen innebär att kraven på upphandlingsförfarandet ska stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas samt ha ett naturligt samband till det behov som ska täckas av upphandlingen. Upphandlingens art och värde ska beaktas vid fastställandet av villkoren för deltagandet i upphandlingen. De uppställda skall-kraven bör inte vara onödiga eller oproportionerliga. Vad som kommer visas i praxis är att ett förfarande vid en upphandling kan iakttas likabehandlingsprincipen men strida mot proportionalitetsprincipen. Detta innebär att förfarandet i stort inte är godtagbart och upphandlingen måste i sådant fall rättas eller göras om. Villkor som är oproportionerliga eller ett förfarande som är oproportionerligt är vanskligare att rättfärdiga. Likabehandlingsprincipen innebär att anbudsgivare med olika villkor, tex en småföretagare och en marknadsdominant kommer inte och bör inte behandlas lika utan att den ena ges konkurrensfördelar framför den andra på ett otillbörligt sätt. Om någon av principerna måste ge vika är det min mening att likabehandlingsprincipen får stå tillbaka för proportionalitetsprincipen. Fokus för uppsatsen kommer att vara på praxis då det är där principerna utvecklats och tagit sin form.

De nedslag som kommer göras som innebär en viss inblick i framtiden gäller bland annat onormalt låga anbud. En anbudsgivare som inkommer med ett onormalt lågt anbud kommer den upphandlande myndigheten obligatoriskt utesluta. Den upphandlande myndigheten måste först kräva en förklaring av anbudsgivaren där denne ska påvisa att anbudet är seriöst menat. Syftet med denna reglering är att ge bättre konkurrensvillkor på marknaden, att marknadsdominanta aktörer inte ska skaffa sig

konkurrensfördelar framför småföretag. Det som ur en likabehandlings- och proportionalitetssynvinkel blir centralt är hur förklaringen inhämtas, att uteslutningen är proportionerlig och att samtliga anbudsgivare i upphandlingen under hela förfarandet behandlas likvärdigt.

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen förhåller sig till varandra inom offentlig upphandling. Att utreda gränsdragningen mellan dessa två principer samt undersöka vilken av dessa som prioriteras vid en eventuell överlappning. Syftet är även att se till vad som är relevant att, ur ett praktiskt perspektiv, ha i åtanke nu när den nya lagen är på ingående. Jag kommer att besvara följande frågeställningar.

- Hur tillämpas likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen inom offentlig upphandling?
- Bakgrunden till principerna återfinns i den europeiska lagstiftningen. Kommer detta nämnvärt att förändras i och med det nya direktivet och vilka problem kan uppstå i den nya lagstiftningen?
- I situation med kollision mellan likabehandling och proportionalitet, vilken av principerna har enligt praxis gett vika och bör någon av principerna ge vika för den andra?

1.2 Metod och material

Den metod jag har valt att använda mig av är juridisk metod, vilken faller under rättsdogmatisk metod och innefattar bland annat rättsdogmatisk argumentation, rättsfallstolkning, lagtolkning samt framställande av gällande rätt.¹

¹ Peczenik, 1995, s. 9.

Innebörden av rättsdogmatik är omtvistad. Rättsdogmatik kan sägas bestå av en rekonstruktion av rättssystem.² I denna uppsats har rättskällevärdet stått till grund för metoden.³

Tolkning samt systematisering av gällande rätt är grundläggande för den rättsdogmatiska metoden.⁴ Rättskällevärdet ingår i denna metod och bör indelas i en svensk samt en unionsrättslig rättskällevärdet. Den svenska rättskällevärdet bygger på lagar, förarbeten, praxis och doktrin. Exempelvis så anses lagar och fasta sedvanerättsliga regler som auktoriteter inom den juridiska argumentationen. Prejudikat samt förarbeten bör beaktas. Praxis som ej är prejudicerande, riktlinjer för myndigheter samt doktrin är sådant material som får åberopas.⁵

Jag har valt den rättsdogmatiska metoden för den del av uppsatsen som behandlar svensk rätt. Detta då det är den metod som jag anser vara relevant i förhållande till uppsatsens syfte och för att svara på frågorna.

Stora delar av uppsatsen behandlar EU-rätt. Jag har därför valt att använda mig av den EU-rättsliga metoden i uppsatsen. Den svenska rätten fäster en större vikt vid förarbeten än vad EU-rätten gör. Detta eftersom i den svenska rätten används förarbetena som rättskälla och genom en teleologisk tolkning av förarbetena framhävs lagstiftarens avsikt som även står till grund för tolkning av lagtexten. Lagstiftningsprocessen inom EU består av förhandlingar vilkas slutgiltiga resultat kan variera från det ursprungliga förslaget. Detta innebär att de EU-rättsliga förarbetena generellt sett kan

² Jareborg, 2004, s. 4.

³ Jareborg, 2004, s. 4, Sandgren 2007, s. 36-38, 53, Sandgren, 2008, s. 4f.

⁴ Peczenik, 1995, s. 33.

⁵ Peczenik, 1995, s.35, Sandgren 2007, s.37.

anses ha ett minskat värde, dock kan analysen av bakgrunden till rättsakterna inneha visst värde.⁶

Den unionsrättsliga rättskälleläran skiljer sig från den svenska. Den är uppdelad i primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten inkluderar fördrag och utgör de centrala bestämmelserna inom EU-rätten. Sekundärrätten innefattar rättsakter som beslutas med stöd i primärrätten, såsom direktiv, förordningar och beslut. De bindande rättskällorna i EU-rätten inkluderar utöver primärrätten och sekundärrätten även internationella avtal, rättighetsstadgan samt allmänna rättsprinciper. EU-domstolen använder sig av restriktiv lagtolkning, men ser även till den effekt och konsekvens en viss bestämmelse får inom det gemenskapsrättsliga regelverket.⁷

Avseende praxis så är både praxis från tribunalen samt EU-domstolen bindande för svenskt vidkommande och även av en överordnad position jämfört med svensk eller annan nationell praxis. Utöver dessa bindande rättsakter så skapar EU:s institutioner icke-bindande rättsakter såsom meddelanden, riktlinjer, tillkännagivanden samt uppförandekoder. Dessa har dock i vissa undantagsfall ansetts som bindande av kommissionen.⁸

Materialvalet följer således metodvalet och kommer främst att bestå av relevanta lagrum, förarbeten, rättspraxis samt doktrin. Detta då principerna utvecklas ständigt genom praxis.

⁶ Hettne, 2011, s. 34, s. 40, s. 114f, s. 173f.

⁷ Hettne, 2011, s. 36, s. 40ff.

⁸ Hettne, 2011, s. 47ff.

Gällande rättspraxis kommer den avgörande delen bestå av kammarrättsavgöranden, då det är bristfälligt med avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) på upphandlingsområdet.⁹

Den EU-rättsliga praxisen är däremot mer omfattande. Offentlig upphandling är ett betydande område för EU ur ett konkurrensrättsligt hänseende. Relevanta rättsfall samt upphandlingsdirektiven¹⁰ ligger till grund för materialet på den EU-rättsliga sidan.

Det kan vara av vikt att ha i åtanke att det nya direktivet är relativt nytt vilket medför att den rättspraxis som finns på området främst behandlar det klassiska direktivet¹¹ och den nu gällande svenska lagen. Den nya lagen om offentlig upphandling förväntas (i skrivande stund) träda i kraft under 2016.

1.3 Disposition och avgränsningar

1.3.1 Disposition

Uppsatsen kommer ta sitt avstamp i en grundläggande redogörelse kring de båda för uppsatsen centrala principerna, om likabehandling och proportionalitet. Därefter kommer ett kapitel om likabehandlingsprincipen efterföljt av ett kapitel om proportionalitetsprincipen.

Likabehandlingsprincipen kommer först, av den enkla anledningen att det i direktivet 2004/18 var upptaget i artikeln, medan proportionalitet endast fanns med i preambeln. I kapitlet om likabehandlingsprincipen går jag mer utförligt igenom vissa delar av upphandlingsförfarandet, exempelvis vad förfrågningsunderlag och så kallade skall-krav och hur det tolkas i praxis.

⁹ SOU 2013:12 s. 349f.

¹⁰ Se mer under kapitel 2.

¹¹ Direktiv 2004/18/EU.

Detta medför således att delen om likabehandling kan upplevas som längre och mer utförlig än proportionalitetsprincipen. I kapitlet om proportionalitetsprincipen finns ett avsnitt som behandlar proportionalitetsbedömningen i tre steg, vilket inte har sin motsvarighet i likabehandlingsprincipen.

Underkapitlet gällande viss utvald EU-praxis återfinns under likabehandlingsprincipen kapitel 2. Stor del av den EU-praxis som finns på området är relevant både gällande proportionalitet och likabehandling. Inte sällan tas även andra principer upp i samma rättsfall. För att få en fokuserad uppsats och undvika onödig faktaupprepning för läsaren har jag valt att ta endast de relevanta delarna ur berörda rättsfall. Både kapitlet om likabehandling och proportionalitet efterföljs av en kortare sammanfattning.

I det femte avsnittet sker en sammanvävning av principerna genom rättsfall där de båda principerna har en avgörande roll. I detta kapitel presenteras även eventuella problem, utifrån lagrådsremissen och det nya direktivet om hur principerna kommer att påverkas, utifrån ett antal nedslag inom olika områden. Uppsatsen avslutas med en analys med en viss tanke om de leger ferenda.

1.3.2 Avgränsningar

Då uppsatsen fokuserar på likabehandling och proportionalitet kommer jag inte att redogöra närmre för de övriga gemenskapsrättsliga principerna som återfinns i 1 kap 9 § LOU. 1 kap 9 § LOU fastslår ytterligare tre principer, icke-diskriminering, vilket syftar till att anbudsgivare i EUs samtliga medlemsstater ska ha en möjlighet att inkomma med ett anbud vid en offentlig upphandling. Transparensprincipen vilken syftar till att möjliggöra insyn och ett öppet förfarande för att alla anbudsgivare ska ges samma

information vid en upphandling. Principen om ömsesidigt erkännande¹² innebär att en upphandlande myndighet måste godta intyg från andra EU-länder. Av dessa fem principer anser jag att principen om likabehandling och proportionalitet är möjliga att jämföra men också att ställas mot varandra. Öppenhet är en form av allmän princip för att möjliggöra en transparant och öppen upphandling. Principerna om ömsesidigt erkännande och icke-diskriminering syftar till att möjliggöra för företag i andra länder inom EU att medverka i en offentlig upphandling.

En längre historisk framställning av principernas utveckling kommer inte att göras, vare sig gällande den svenska eller den europeiskt relevanta lagstiftningen. En kort sammanfattning av direktivens framväxt kommer att göras. Detta då de relevanta principerna kan sägas ha sitt ursprung i det klassiska direktivet (se under 2.2) och proportionalitetsprincipen inte upptas i artikeltexten förens i det nya direktivet från 2014.

Det finns en oräknelig praxis gällande brott mot de gemenskapsrättsliga principerna. Den praxis jag valt ut är den jag anser vara av betydelse, bland annat genom att det finns fler fall som refererar till samma rättsfall men även att de tillför något till uppsatsen. Jag har försökt undvika rättsfall som upprepar det redan sagda för ”utfyllnad”. I flertalet fall, som behandlar brott mot principerna, har även andra principer trätts förnär, eller andra lagar för den delen. I de fall då så har skett har jag valt att fokusera på den delen av fallet som behandlar likabehandlingsprincipen eller proportionalitetsprincipen eller de båda principerna.

För svenskt vidkommande tillämpas principerna brett inom offentlig upphandling vilket medför att en begränsning i urval av praxis och exempel har gjorts. Jag har försökt att välja ut relevanta delar som är av stor praktisk

¹² För mer om ömsesidigt erkännande se C-120/78 Cassis de Dijon.

betydelse som även har ett tydligare behov av tillämpningen av likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.

Bakgrunden till principerna finns i den europeiska lagstiftningen och även praxisen där är som ovan nämnts omfattande. Det nya direktivet innebär inte större förändringar gällande principerna. Men för att visa hur det nya direktivet påverkar principerna har jag valt att göra ett antal nedslag i de nyheter som kommer med lagrådsremissen. De nedslag som jag där valt att göra är för att tydliggöra behovet av att iaktta principerna under samtliga delar av upphandlingsförfarandet men också för att möjliggöra en praktisk tillämpning av uppsatsen och de beskrivna principerna. Det är svårt att begränsa ett så stort område, men genom rubrikindelning och en återkoppling i analysen till de exempel jag valt hoppas jag möjliggöra för läsaren ett både teoretiskt och praktiskt perspektiv på principerna inom offentlig upphandling.

1.3.3 Terminologi

Då Regeringsrätten ändrat namn till Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) kommer samtliga avgöranden från denna instans refereras till som HFD. Avseende avgörande från kammarrätten, kommer förkortningen KamR endast komma att användas i fotnoterna och inte i den löpande texten.

I lagen om offentlig upphandling förekommer ett antal frekvent återkommande begrepp. Dessa definieras till största del i 2 kap. 1 § LOU men återfinns även i direktiv 2004/18/EG artikel 1.8. För att förtydliga kommer härmed en kortare sammanställning av de begrepp som valts för denna framställning.

Inom offentlig upphandling förekommer både termen ”upphandlande myndigheter” och ”upphandlande enheter”. För enkelhetens skull kommer

dessa endast att benämnas som ”upphandlande myndigheter”. Vidare kommer ”anbudsgivare” att användas framför termen ”anbudssökande”. Termen anbudsgivare kommer att användas framför termen ”leverantör” då en leverantör rent faktiskt inte måste vara anbudsgivare (exempelvis underleverantör till anbudsgivare) i en upphandling. Jag har även valt att använda den gällande termen ”förfrågningsunderlag”. Enligt lagrådsremissen kommer termen förfrågningsunderlag ändras till ”upphandlingsdokument”. Med upphandlingsdokument avses alla dokument som den upphandlande myndigheten eller enheten utarbetar eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.¹³

1.4 Forskningsläge

Forskningen inom offentlig upphandling är inte nämnvärt omfattningsrik. Konkurrensverket, genom stöd från Rådet för forskningsfrågor, främjar forskning på området.¹⁴ Upphandlingsrättslig Tidskrift startades 2014 av doktorand Andrea Sundstrand och tillför nyheter på området. Även nyhetssidor som upphandling24.se och JPInfonet mfl. bidrar till ökad kunskap på området genom referat, artiklar och analyser.

Gällande litteraturen på området finns det viss doktrin¹⁵ på området samt två omfattande lagkommentarer till LOU skrivna av Helena Rosén Andersson m.fl. ”*Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*” och av Jan-Erik Falk har författat en lagkommentar, ”*Lag om offentlig upphandling – en kommentar*”.

¹³ Lagrådsremissen s. 309f.

¹⁴ <http://www.konkurrensverket.se/forskning/radet-for-forskningsfragor/> och <http://upphandling24.se/miljoner-till-ny-forskning-inom-upphandling/>

¹⁵ Se exempelvis Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, ”*Offentlig upphandling På rätt sätt och till rätt pris*”, Gertéll, Pernilla, ”*Nya lagen om offentlig upphandling*”, Forsberg, Niclas, ”*Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*”, Pedersen, Kristian, ”*Upphandlingens grunder*”, Sundstrand Andrea ”*Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*”.

2. Principerna för offentlig upphandling

2.1 Inledning

Grunden i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna, tillika grunden för LOU återfinns i FEUF-fördraget¹⁶. Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, fri rörlighet för varor och tjänster och etableringsrätt återfinns i artiklarna 18, 34, 35, 43, 49, 56 samt artikel 81 i FEUF. Sedan Sveriges inträde i EU tillämpas de gemenskapsrättsliga reglerna jämte den svenska nationella lagstiftningen. Regleringen kring offentlig upphandling sker på gemenskapsrättslig nivå eftersom alla EU-länder ska beredas möjlighet att lägga anbud på nationella upphandlingar. Det är en central del av gemenskapsrätten att inte hindra konkurrens mellan företag etablerade i de olika länderna.

Offentlig upphandling inom försörjningssektorerna dvs. vatten, energi, telekommunikation och transporter har varit reglerat i direktiv 93/38/EEG. Direktiven gällande upphandlingar av varor genom direktiv 93/36/EEG, gällande upphandling av tjänster i direktiv 92/50/EEG samt gällande upphandling av byggtreprenader i direktiv 93/37/EEG. En viss förändring av dessa direktiv skedde genom införandet av direktiv 97/52/EG vilket innebar en samordning av de tidigare direktiven. Samtliga ovan nämnda direktiv har ersatts av nya direktiv, men de har lagt grunden för den reglering som återfinns idag i gemenskapsrätten.¹⁷

Offentlig upphandling regleras i den svenska rätten i LOU i vilket det dock saknas en reglering kring kraven som får ställas på upphandlingen. För att komma fram till hur reglerna ska tillämpas i det enskilda fallet sker en *in*

¹⁶ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

¹⁷ Prop. 2006/07:128 s. 132ff.

casu bedömning med tillämpning av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som anses följa de ovan nämnda artiklarna i FEUF. Detta gäller även om en upphandling hamnar under tröskelvärdena¹⁸ och inte egentligen omfattas av de upphandlingsrättsliga direktiven.¹⁹

I den gällande lagstiftningen anges de grundläggande principerna för offentlig upphandling: likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, öppenhet samt ömsesidigt erkännande i 1 kap 9 § LOU enligt följande.

Allmänna bestämmelser

Principer för offentlig upphandling

9 § Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Principerna för offentlig upphandling fanns tidigare i 1 kap 4 § i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling där det stadgades att upphandling ska genomföras med utnyttjande av konkurrensmöjligheter och upphandlingen ska i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska vidare enligt paragrafen behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Den betydande skillnaden mellan den äldre paragrafen och den nuvarande 1 kap 9 § LOU är främst att begreppet ”affärsmässigt” togs bort eftersom begreppet ansågs utmönstrat samt att proportionalitetsprincipen togs in i paragrafen. Uttrycket affärsmässighet var avsett att tillgodose att upphandlingen utförs med att tydligt iaktta konkurrensmöjligheterna. Vissa av remissinstanserna ville behålla begreppet med motivering att det främjar

¹⁸ Tröskelvädren är beloppsgränser som avgör om den aktuella upphandlingen kommer att genomföras enligt 15 kap LOU eller enligt övriga kapitel i LOU, även möjlighet att direktupphandla är beroende av om upphandlingen i relation till de aktuella tröskelvärdena.

¹⁹ C-59/00 Vestergaard, C-324/98 Telaustria et Telefonadress. EG-kommissionens tolkningsmeddelande EGT C 121, 2000-04-29 s. 6, EG-kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2007)6661, s. 4.

konkurrensen. Till slut valdes en tydligare anpassning till EU-direktiv 2004/18/EG som låg till grund för lagändringen.²⁰

Att ta bort affärsmässighet och införa proportionalitetsprincipen i paragrafen medförde ett krav på förtydligande gällande sammankopplingen till de principer som är centrala i det bakomliggande direktivet. Principerna om proportionalitet och ömsesidighet fanns i direktiv 2004/18 i preambel och inte i artikel 2 där principen om likabehandling och icke-diskriminering återfinns. I den svenska lagtexten infördes proportionalitet jämte de andra principerna för att betona vikten av rekvisiten samt för att tillmötesgå de remissinstanser som uttryckt oro gällande borttagandet av ”affärsmässighet” ur ett konkurrensperspektiv.²¹

2.2 Det klassiska direktivet

Direktiv 2004/18/EU är det s.k klassiska direktivet och har ersatt i stort de ovan nämnda direktiv et klassiska direktivet. De grundläggande principerna för offentlig upphandling återfinns i direktivets artikel 2:

Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

Artikel 2 ska ses i förhållande till beaktandesats 2 i direktivet²²:

[D]e principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke- diskriminering, principen om ömsesidigt godkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.

Regleringen kring offentlig upphandling syftar till ett unisont genomförande av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna för att kunna främja fri rörlighet av varor och tjänster. Samtliga aktörer på den europeiska marknaden ska ges

²⁰ Prop. 2006/07;128 s. 151ff.

²¹ Prop. 2006/07:128 s. 157.

²² Jmf prop. 2006/07:128 s. 150f.

jämförbart utgångsläge för en likvärdig möjlighet till konkurrens beträffande de offentliga kontrakten i medlemsstaterna.

Likabehandlingsprincipen återfinns i artikeln, däremot förekommer proportionalitetsprincipen endast i direktivets beaktandesats 2, vilket innebär en indirekt reglering i och med att den inte är upptagen i artikeln. Likabehandlingsprincipen kan ses som mer etablerad än proportionalitetsprincipen. Dock framgår inte principernas relevans inom offentlig upphandling av det klassiska direktivet.²³ Däremot har EG-domstolen lyft fram dessa principer i flertalet domar och påpekat principernas relevans i upphandlingsärenden. Samtliga principer i artikel 2 ska iakttas under upphandlingsförfarandets samtliga faser. Principerna om likabehandling och icke-diskriminering innebär att anbudssökande och anbudsgivare behandlas lika i samtliga skeden av anbuds-förfarandet, detta oberoende av faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen, exempelvis nationalitet.²⁴

Likabehandlingsprincipen innebär i korthet att lika fall ska behandlas lika och att anbudsgivarna ska ges lika förutsättningar vid en upphandling.²⁵ Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas i upphandlingen. Arten och värdet på upphandlingen ska beaktas. Villkoren i anbuds-förfarandet ska exempelvis korrelera med upphandlingens art.²⁶

²³ Direktiv 2004/18/EG.

²⁴ Prop. 2006/07:128 s. 155.

²⁵ Jmf C-304/01 Kommissionen mot Spanien punkt 31, C-21/03 och C-34/03 Fabricom, punkt 27, Arrowsmith, 2014, 615f.

²⁶ Prop. 2006/07:128 s.155f.

2.3 Det nya direktivet

De ovan nämnda direktiven har numera ersatts av direktiven 2014/24/EU samt 2014/25/EU vilket innebär att de tidigare direktiven upphävs. Artikel 18.1 i 2014/24/EU anger följande:

Principer för upphandling

1. De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

I preambeln till bland annat direktivet 2004/18 kan en härledning göras från de allmänna EU-rättsliga principerna (se kapitel 2). Vidare går att utläsa ett behov av komplettering gällande upphandlingskontrakt över vissa värden. Enligt preambeln syftar direktivens regler dock till att säkerställa att de allmänna principerna får effekt och dessutom till att garantera att upphandlingar genomförs enligt direktiven och möjliggör en sund konkurrens.²⁷

I det nya direktivet har proportionalitetsprincipen lyfts in i artikeln. De övriga principer som återfinns i artikeln är icke-diskriminering och öppenhet. Icke-diskriminering syftar till att omöjliggöra diskriminering av anbudsgivare som inte kommer från samma EU-land som den upphandlande myndigheten. Samma möjligheter ska ges samtliga anbudsgivare och upphandlingen ska exempelvis inte styras av var företagen har sina säten. Öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering anses kunna öka möjligheterna till en sund konkurrens vilket i sin tur leder till affärsmässigt mer fördelaktiga kontrakt vid offentliga upphandlingar. Fördelaktiga kontrakt gynnar det allmänna då det är för skattemedel som finansierar

²⁷ SOU 2014:51 s. 31f.

upphandlingen.²⁸ Samtliga principer ska iaktas under hela upphandlingsprocessen.²⁹

2.3.1 Principerna transparens och icke-diskriminering

Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet. Ett förfrågningsunderlag måste vara klart och tydligt formulerat och innehålla samtliga skall-krav. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna tolka kriteriet på samma sätt så att samtliga potentiella anbudsgivare på så vis ges samma förutsättningar.³⁰ I förfrågningsunderlaget ska det tydligt upplysas om viktning och tilldelningskriterier för transparens.³¹ Krav på tydlighet och transparens gäller även i fall då annan tilldelningsgrund än lägsta pris ska användas, exempelvis det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.³²

Icke-diskrimineringsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte direkt eller indirekt får diskriminera en potentiell anbudsgivare på grund av dennes nationalitet. Detta sträcker sig även till att gälla skall-kravens utformning så att exempelvis krav på att ett utförande inte får vara utformade enligt en nationell skyddslagstiftning utan måste vara av mer allmängiltigt format.³³ Skall-krav som inte är sakligt motiverade kan indirekt utesluta anbudsgivare genom att omöjliggöra för anbudsgivare som

²⁸ Hartley, 2003, s. 152f.

²⁹C-59/00 Vestergaard, C-324/98 Telaustria et Telefonadress, Rosén Andersson et al. 2015, s. 75.

³⁰ C-19/00 SIAC Construction, RÅ 2002 ref 50.

³¹ C-532/06 Lianakis, Prop. 2006/2007:128 s. 132, se även C-59/00 Vestergaard, C-324/98 Telaustria et Telefonadress.

³² KamR i Stockholm mål nr 5913-10, KamR i Göteborg mål nr 5293-10.

³³ KamR i Göteborg mål nr 2216-2221-10

geografiskt befinner sig för långt bort för att kunna leverera vissa varor eller tjänster.³⁴

³⁴ Konkurrensverkets beslut dnr 387/2009.

3. Likabehandling

3.1 Inledning

Likabehandling medför att anbudsgivare och anbudssökande behandlas lika under samtliga element av anbudsförfarandet. Detta gäller exempelvis anbudets inkommande till hanterandet av ”frågor och svar” eller antalet intervjutillfällen som erbjuds de olika potentiella anbudsgivarna. Enligt konstaterande av kammarrätten i Göteborg³⁵ var upphandlingen inte korrekt utförd då en anbudsgivare blev intervjuat två gånger och de övriga potentiella leverantörerna endast en gång. Felet kunde dock läkas genom rättelse och samtliga leverantörer intervjuades slutligen lika många gånger. Om ”frågor och svar” används i ett förfarande ska samtliga svar vara tillgängliga för samtliga potentiella anbudsgivare samtidigt.³⁶ Vid upphandling av ramavtal för entreprenadtjänster hade den upphandlande myndigheten utformat meddelanden om förtydliganden av anbud på innehållsmässigt olika sätt till olika anbudsgivare vilket stred mot likabehandlingsprincipen då lika fall inte får behandlas olika.³⁷

Kammarrätten i Sundsvall³⁸ konstaterar att det innebär en konkurrensfördel för en enskild anbudsgivare om denne erhåller mer information än övriga potentiella anbudsgivare. Enligt kammarrätten i Stockholm³⁹ strider det mot likabehandlingsprincipen om den upphandlande myndigheten ändrar ett inkommande anbud för att det ska uppfylla och innehålla de efterfrågade värdena som angetts i förfrågningsunderlaget efter det att anbudstiden gått

³⁵ KamR i Göteborg mål nr 1336-14.

³⁶ KamR i Stockholm mål nr 5042-08.

³⁷ KamR i Göteborg mål nr 1404-12.

³⁸ KamR i Sundsvall mål nr 2458-11.

³⁹ KamR i Stockholm mål nr 1503-13.

ut. Inte heller får en komplettering innebära att redan lämnade prisuppgifter ändras så att de nya uppgifterna påverkar anbudsutvärderingen.⁴⁰

Genomförandetiden i ett upphandlingsförfarande måste vara skäligt, ta hänsyn till utländska anbudsgivare.⁴¹ En genomförandetid på under en månad⁴² har ansetts strida mot likabehandlingsprincipen. HFD⁴³ konstaterar att tidsramen inte får uppfattas som så snäv att den skulle kunna tänkas gynna en viss anbudsgivare.

Den upphandlande myndigheten kan ställa mer långtgående krav på ett redan etablerat företag jämfört med ett nystartat företag, men måste ta hänsyn till de olika förutsättningar som föreligger enligt EU-domstolen.⁴⁴ Ett nyetablerat företag kan genom anlita underleverantörer uppfylla krav på teknisk kapacitet samt ekonomisk möjlighet. Detta innebär alltså att likabehandlingsprincipen fastställer att lika fall ska behandlas lika men också att olika fall inte ska behandlas lika om inte sakliga skäl föreligger.⁴⁵

Tillåtande av justering av anbud som avviker från anbudsinvitan och om den upphandlande myndigheten tar hänsyn till ny information efter anbudsöppningen behandlades i mål C-87/94 Vallonska bussarna. Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen åsidosätts om den upphandlande myndigheten tar in den nya informationen som ingetts efter anbudsöppningen om det inkomna anbudet inte är att anses som komplett

⁴⁰ Prop. 2006/07:128 s. 155, KamR i Stockholm 4214-05.

⁴¹ KamR i Stockholm mål nr 114-116-12.

⁴² HFD 2012 ref 48 (I), anbudstid om 16-23 dagar.

⁴³ HFD 2012 ref 48 (II).

⁴⁴ Förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom.

⁴⁵ Rosén Andersson et al. 2015, s. 80f.

från början. Generaladvokatens förslag gällande gränsen för tillåten komplettering är av vägledande betydelse:

”Tvisten handlar således, terminologiskt och i sak, om huruvida de omtvistade uppgifterna preciserar eller ändrar anbudet. Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen ”precisera”, som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen ”komplettera”, ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte var tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt.”⁴⁶

I detta fall är alltså den språkliga innebörden av termerna precisera och komplettera det som avgör ifall man i förevarande fall kan komplettera en uppgift utan att likabehandlingsprincipen åsidosätts. Resonemanget bekräftas i C-599/10 SAG ELV Slovensko. För svenskt vidkommande har det prövats bland annat i en kammarrättsdom från Göteborg⁴⁷ där frågan gällde en kompletterande uppgift efter att anbudstiden har gått ut där domstolen fann att det stred mot likabehandlingsprincipen att uppta ett kompletterande efter att anbudstiden gått ut. Den skiljaktige domaren i målet tillförde för egen del att ett uttalande hade tjänat tolkningen gällande godtagbara kompletteringar för att inte annars riskera att diskriminera andra anbudsgivare.

⁴⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Carl Otto Lenz, föredraget den 12 september 1995, p. 37

⁴⁷ KamR i Göteborg mål nr 872-12, se även KamR i Stockholm mål nr 4214-05.

3.2 Upphandlingsförfarandet

3.2.1 Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlag är det underlag för ett anbud som den upphandlande myndigheten tillhandahåller samtliga potentiella anbudsgivare enligt 2 kap 8 § LOU. Likabehandlingsprincipen är viktig att beakta redan vid utformandet av förfrågningsunderlaget. Landstinget i Jönköping⁴⁸ upphandlade bemanning med inhyrda läkare genom ett förenklat förfarande. Förfrågningsunderlaget innehöll två kvalitetskriterier gällande leveransförmåga samt kontinuitet. Kraven ansågs vara tillräckligt tydliga och därmed hade den upphandlande myndigheten inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan av de gemenskapsrättsliga principerna. Om otydligt formulerat förfrågningsunderlag leder till uteslutning av anbudsgivare så strider uteslutningen mot likabehandlingsprincipen. Detta konstaterar kammarrätten i Göteborg⁴⁹ vid en upphandling av ramavtal avseende reparations- och underhållsarbeten inom sju olika områden.

3.2.2 Skall-krav

Skall-krav som en upphandlande myndighet ställer på en upphandling är för att ange en accepterad lägstanivå. Prövningen av de inkommande anbuden är binär, anbuden uppfyller skall-kraven eller inte. För att anbuden ska kunna värderas behövs en grundram som då dessa skall-krav ger.

Principen om likabehandling ska genomsyra offentlig upphandling. Det innebär att upphandlingskriterierna vid prövningen av anbuden ska

⁴⁸ KamR i Jönköping mål 1245-13.

⁴⁹ KamR i Göteborg mål nr 3659-13.

tillämpas objektivt och lika för samtliga anbudsgivare och leverantören. Principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn för att säkerställa att principen iakttas. Detta syftar bland annat till att garantera att upphandlingsförfarandena är opartiska. Insyn ger även möjlighet för potentiella anbudsgivare att underrättas om samtliga uppgifter och kan på så sätt inkomma med sitt bästa anbud. Upphandlaren i fråga har även möjlighet att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁵⁰

Bevisbördan för att ett skall-krav är uppfyllt åligger anbudsgivaren⁵¹ och den upphandlande myndigheten är i stort oförhindrad i att ange hur skall-kravet ska visas vara uppfyllt.⁵² Skall-krav ska tolkas strikt enligt sin ordalydelse.⁵³ Den upphandlande myndigheten ska förlita sig på att skall-kraven är uppfyllda och att uppgifterna i anbudet är korrekta så länge inget annat indikerar att det ej skulle vara fallet.⁵⁴

För att uppfylla likabehandling av anbudsgivarna bör en objektiv jämförelse av anbudena företas och för detta krävs att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna.⁵⁵

Likabehandlingsprincipen ansågs inte utgöra hinder för enligt vilken den upphandlande myndigheten skriftligen kan begära ett förtydligande av de inkomna anbudena. Detta i sig innebär dock inte att den upphandlande myndigheten bör godta en ändring i själva anbudet. Det centrala i bedömningen är dock att det vid en utvärdering av anbudena ankommer det

⁵⁰ Jämför C-470/99 *Universale-Bau* och C-87/94 *Vallonska bussarna*.

⁵¹ KamR i Stockholm mål nr 8202-09.

⁵² KamR i Jönköping mål nr 2449-10.

⁵³ KamR i Sundsvall mål nr 2767-09 och KamR i Sundsvall mål nr 2768-09.

⁵⁴ KamR i Göteborg mål nr 6417-6422-10, KamR i Jönköping 1472-1474-11.

⁵⁵ C-243/89 *Stora Bält*, punkt 37.

på den upphandlande myndigheten att behandla samtliga anbudssökanden på ett likvärdigt sätt. Förtydligandet ska inte framstå som att begäran av ett förtydligande på ett otillbördigt sätt gynnat eller missgynnat en potentiell anbudsgivare.⁵⁶

De upphandlingskriterierna som används ska vara formulerade, i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.⁵⁷

Den upphandlande myndigheten måste inneha möjlighet att kontrollera så att anbudsgivarna uppfyller samtliga upphandlingskriterier. Syftet är att säkerställa en objektiv och öppen bedömning av de olika inkomna anbuden och att garantera opartiskhet. Om upphandlingskriterierna däremot är av den art att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet till kontroll av anbuden eller rent av saknar ambitionen att kontrollera de inkomna anbuden åsidosätts likabehandlingsprincipen. Även avsaknad av krav som innebär en möjlighet till en framtida kontroll strider mot de gemenskapsrättsliga principerna.⁵⁸ I en situation där anbudet i sig brister kan däremot inte kontroll eller undersökningar som den upphandlande myndigheten företar läka bristerna i anbudet. För det fall anbudet visar sig brista under avtalstiden blir detta således en avtalsrättslig fråga.⁵⁹

För att möjliggöra ett fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får den upphandlande myndigheten tydligt välja ut de kriterier som de ämnar att tillämpa. De utvalda kriterierna ska ha ett samband med

⁵⁶ C-599/10 SAG ELV Slovensko.

⁵⁷ C-470/99 Universale-Bau.

⁵⁸ C-448/01 Wienstrom, C-470/99 Universale-Bau.

⁵⁹ KamR i Stockholm mål nr 5042-08.

kontraktsföremålet, då den upphandlande myndigheten inte ska ges en obehindrad valfrihet gällande tilldelning av kontrakt till anbudsgivare. De nämnda kriterierna måste alltid uppfylla de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Vidare ska en upphandlande myndighet tillämpa urvalskriterier på ett likvärdigt sätt för att inte gynna viss anbudsgivare genom att tillämpa vissa urvalskriterier mer strikt mot vissa anbudsgivare.⁶⁰

De upphandlande myndigheterna måste fritt kunna att tillämpa utvärderingskriterierna även om utvärderingskriterierna inte endast syftar till att säkerställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta går i linje med likabehandlingsprincipen så länge som förfarandet är förutsägbart samt att förfarandet medför att alla potentiella anbudsgivare behandlas lika och ges möjlighet till insyn.⁶¹

Den upphandlande myndigheten måste se till samtliga upphandlingskriterier vid en utvärdering och kan inte bortse från de i förfrågningsunderlaget tidigare angiva kriterierna eller endast välja ut enstaka. Samtliga anbud måste utvärderas på ett likvärdigt sätt.⁶²

Bland de kriterier som läggs till grund för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan exempelvis leveranssäkerhet ingå. Men för att tillämpningen av ett sådant kriterium ska anses vara förenlig med kraven på likabehandling av anbudsgivare förutsätts att kriteriet anges i meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlaget eller i

⁶⁰ C-448/01 Wienstrom, C-87/94 Vallonska bussarna, C-513/99 Concordia Bus Finland och KamR i Stockholm mål nr 126-14.

⁶¹ KamR i Jönköping mål nr 3005-12.

⁶² KamR i Göteborg mål nr 2357-11.

kontraktshandlingarna. Vidare innebär detta att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten.⁶³

De urvalskriterier som inte har ett samband med upphandlingsföremålet får inte tas i beaktande vid en utvärdering av de inkomna anbuden. Exempelvis är det inte enligt EU-domstolen tillåtet att värdera anbuden grundat på möjlighet till leverans utöver den mängd som angivits i upphandlingen.⁶⁴

Vidare gäller även att förfrågningsunderlaget ska vara tydligt så att en anbudsgivare förstår och inser innebörden av det samt tydligt kan avgöra vad som efterfrågas. Utvärderingsmodellen ska vara tydligt och förståeligt utformat, likaså gäller förfrågningsunderlaget. Det står den upphandlande myndigheten fritt att själv bestämma utformningen av ett förfrågningsunderlag och vad i detta som ska tillmätas betydelse. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat får dock godtas under förutsättning att de gemenskapsrättsliga eller de grundläggande upphandlingsprinciperna inte träds för när enligt avgörande från HFD.⁶⁵ I samma avgörande fastslog domstolen att ett förfrågningsunderlag ska vara tydligt utformat så att en potentiell anbudsgivare på grundval av förfrågningsunderlaget kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den utvärderingsmodell med vilken den upphandlande myndigheten kommer utvärdera de inkomna anbuden ska vara utformad så att den är ägnad att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

⁶³ C-19/00 SIAC.

⁶⁴ C-448/01 Wienstrom.

⁶⁵ RÅ 2002 ref 50.

3.3 Praxis

I ett mål gällande frågan om när ett skall-krav ska anses vara uppfyllt konstaterar EG-domstolen i mål C-234/03 Contse att skall-kraven ska anses som tillräckligt uppfyllda om förutsättningarna är uppfyllda vid avtalets ingående. I det aktuella målet upphandlades utrustning av bland annat hemrespiratorer och tillbehör till dessa i form av gasflaskor. De skall-krav som ställts ansågs gå utöver vad som kan anses vara nödvändigt för att uppnå det upphandlingen eftersträvade, nämligen förbättring av leveranssäkerhet samt patienters liv och hälsa. Att ställa skall-krav som ska vara uppfyllda vid tidpunkten för avlämnande av anbud är uppenbart oproportionerligt samt strider mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling samt icke-diskriminering.

I upphandling mellan Norrlandsflyg och Gotlands kommun konstaterar Svea hovrätt⁶⁶ att skall-krav först borde vara uppfyllda när den aktuella entreprenaden ska utföras och inte vid tidpunkten för själva anbudsgivningen. Vidare är det ett brott mot likabehandlingsprincipen att frångå ett uppställt skall-krav under tiden för upphandlingen och att anta en anbudsgivare som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav.⁶⁷

Principen om att orena anbud alltid ska förkastas är hänförligt till likabehandlingsprincipen, vilket konstateras av EU-domstolen i Stora Bältsmålet⁶⁸ som visserligen huvudsakligen behandlar principen om icke-diskriminering. För att säkerställa en sund konkurrensmöjlighet måste likabehandlingsprincipen efterföljas. Samtliga anbud måste presenteras likvärdigt och uppfylla de krav som den upphandlande myndigheten

⁶⁶ Svea HovR mål T 567-02.

⁶⁷ RÅ 2009 ref 69.

⁶⁸ C-243/89 Stora Bält.

framställt som skall-krav, för att sedan möjliggöra en objektiv jämförelse mellan de inkomna anbuden. Att tillåta ett avvikande anbud och utvärdera detta i annat fall än om förfrågningsunderlag eller liknande uttryckligen medger denna möjlighet strider förfarandet mot likabehandlingsprincipen.

En anbudsgivare får inkomma med förklaring till anbudsgivarens situation efter att tidsfristen utlöp för att möjliggöra komplettering av anbudshandlingarna. Domstolen konstaterar att likabehandling inte utgör hinder för sådant förfarande såvida det inte i förfrågningsunderlaget uttryckligen krävdes att dessa upplysningar skulle ingivits vid anbudsansökan och där det i förfrågningsunderlaget framkommit att anbudssökanden annars skulle uteslutas från upphandlingsförfarandet. En sådan begäran får inte otillbörligt gynna eller missgynna den eller de anbudssökande som var föremål för begäran. För att kunna kontrollera anbudet på ett objektivt sätt krävs således att handlingen ska vara tillgängliggjord före tidsfristen för inkommandet av anbud gått ut. I det aktuella målet kompletterades anbudet genom ett offentliggörande av årsbokslut.⁶⁹ Rosén Andersson framhåller att en viss parallell skulle kunna dras mellan ett sådant offentliggörande och ett kompletterande av anbudsansökan enligt 9 kap 8 § LOU i de fall då en anbudsgivare är i behov av kompletterande av anbudet.⁷⁰

I ett mål⁷¹ från kammarrätten i Stockholm från oktober 2008 (som nämnts under kapitel 3.1 och 3.2.2) ansågs den upphandlande myndigheten ha brutit mot likabehandlingsprincipen. Den avgörande paragrafen 1 kap 4 § ÄLOU innehöll även en specificering om att upphandlingar ska utföras affärsmässigt, något den nuvarande paragrafen saknar. I detta fall hade ett

⁶⁹ C-336/12 Manova A/S.

⁷⁰ Rosén Andersson et al. 2015, s. 80.

⁷¹ KamR i Stockholm mål nr 5042-08.

antal frågor, bland annat gällande förtydligande av förfrågningsunderlaget, ställts under själva anbudstiden. Det är upp till den upphandlande myndigheten att tillse att all information lämnas till samtliga potentiella anbudsgivare, med vilka avses samtliga som uthämtat förfrågningsunderlaget. Majoriteten av frågorna hade inte kommunicerats vidare till samtliga potentiella anbudsgivare. Kammarrätten finner att samtliga potentiella anbudsgivare är de som hämtat ut förfrågningsunderlaget, och inte bara anbudsgivarna. En del av frågorna hade mottagits muntligen. Kammarrätten konstaterar vidare att samtliga potentiella leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt vid deltagande i en offentlig upphandling. Huruvida den uteblivna informationen hade inverkat menligt och medfört skada för anbudsgivarna eller inte utreddes inte i fallet. Kammarrätten konstaterar att skada presumeras vid en så pass allvarlig överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis kan konstateras att vid en situation med frågor och svar som i ovanstående fall är det av yttersta vikt att frågor och svar eller annan typ av information publiceras på ett lika, för samtliga anbudsgivare, tillgängligt sätt för att undvika att likabehandlingsprincipen inte efterföljs på ett tillfredsställande sätt.

3.4 Sammanfattning

3.4.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandling medför att anbudsgivare och anbudssökande behandlas likvärdigt under samtliga element av anbudsproceduren. Detta innebär att samtliga anbudsgivare ska uppfylla de av den upphandlande myndigheten ställda skall-kraven. Utvärdering av inkommande anbud som inte uppfyller

samtliga skall-krav strider således mot likabehandlingsprincipen. Den upphandlande myndigheten måste ta hänsyn till de olika förhållandena som föreligger mellan olika företags kapacitet. Detta för att inte agera konkurrensbegränsande. Likabehandlingsprincipen innebär att lika fall ska behandlas lika men också att olika fall inte ska behandlas lika om inte särskilda skäl föreligger.

3.4.2 Sammanfattning av utvald EU-praxis

Likabehandlingsprincipen har en bred EU-praxis. Nedan kommer, av utrymmesskäl, endast ett fåtal fall som redan behandlats under 3.2 nämnas igen och utvecklas. Dessa rättsfall återkommer som referenser i både svensk praxis och EU-praxis gällande likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. Redogörelsen nedan är fokuserad på de delar som är relevanta för uppsatsens syfte.

I mål C-19/00 SAIC Construction konstaterar domstolen först att samordning av offentlig upphandling på gemenskapsnivå har till syfte att säkerställa fri rörlighet för varor och tjänster och i enlighet med detta syfte ska den upphandlande myndigheten iaktta principen om likabehandling av anbudsgivare. Detta innebär enligt domstolen att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (ett snarlikt konstaterande återfinns i mål C-87/94 Vallonska bussarna).

Gällande tilldelningskriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud saknas en begränsning avseende antalet kriterier som uppställs för tilldelningen så länge kriterierna avser det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Likabehandlingsprincipen innebär vidare en möjlighet till insyn, vilket medför att den upphandlande myndigheten alltjämt genom förfarandet tolkar kriterierna på likvärdigt sätt. Tilldelningskriterierna, i

förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

I målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom konstaterar EU-domstolen att upphandlande myndighet ska säkerställa likabehandling av samtliga anbudsgivare. I de fall då hade en person som ansvarat för forskning, experiment, analys eller utveckling m.m. förbjudits att lämna anbud i en upphandling avseende dessa arbeten. Person gavs inte möjlighet att i det konkreta fallet visa att de tidigare erfarenheterna inte har lett till en fördel vilket i sin tur lett till en snedvridning av konkurrensen. Den fördelaktiga situation som en person kan anses befinna sig i kan förvisso inte medföra att likabehandlingsprincipen innebär ett krav på att denna person ska behandlas på samma sätt som övriga anbudsgivare. Om en person inte tillåts inkomma med anbud utan någon möjlighet att visa att situationen fall inte inneburit snedvridning av konkurrensen går uteslutningen av denna person utöver vad som kan anses vara nödvändigt ur ett likabehandlingsperspektiv.

Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen ska, enligt mål C-87/94 Vallonska bussarna, iakttas under samtliga stadier av upphandlingsförfarandet. Skyldigheten att beakta principerna under samtliga av upphandlingens stadier underlåts om det vid upphandling beaktas uppgifter som har lämnats av en anbudsgivare efter anbudsöppningen. Den upphandlande myndigheten får inte vid jämförelsen mellan anbuderna beakta uppgifter som inte omnämnts i förfrågningsunderlaget. Inte heller får den upphandlande myndigheten för att kompensera de ekonomiska skillnaderna mellan anbuderna på första plats och denna vinnande anbudsgivares anbud och anta det vinnande anbudet på grundval av uppgifter som inkommit efter anbudsöppningen.

Mål C-234/03 Contse gällde bland annat bedömningskriterier vilka gav tilläggspoäng för tillhandahållandet av syrgastuber inom en radie 1 000 km från den nämnda provinsen. Företråde ska enligt förfrågningsunderlaget ges till det företag som tidigare tillhandahållit den aktuella tjänsten, om flera anbud uppnår samma poängtal. Domstolen konstaterar att rättspraxis gällande likabehandlingsprincipen förbjuder inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet utan även alla former av dold diskriminering vilka, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, leder till samma resultat av diskriminering. Det uppställda kriteriet uppfyllde enligt domstolen inte det avsedda syftet. Bedömningskriterierna, anses således inte ha ett samband med kontraktets syfte eller dess genomförande (jämför målet Wienstrom). Domstolen konstaterar även att anbudsgivarnas förmåga att leverera inte får användas som tilldelningskriterium. Samma sak gäller även avseende att garantera leveranssäkerheten och kraven blir därmed är knutna till upphandlingsföremålet.

Målet C-448/01 Wienstrom, gällde tilldelning av kontrakt om elförsörjning. EU-domstolen konstaterar att gemenskapsbestämmelserna inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet, inom ramen för bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktigt anbudet, tillämpar ett krav på att den levererade elen producerats från förnybara energikällor. Däremot är ett sådant krav inte godtagbart då det inte möjliggör verklig kontroll av om den information som lämnats i anbudet är korrekt. Samma sak gäller i de fall då anbudsgivarna ska ange hur mycket el från förnybara energikällor de kan leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare, varvid det maximala antalet poäng tilldelas den anbudsgivare som anger störst mängd.

Den upphandlande myndigheten hade i mål C-470/99 Universale-Bau använt sig av ett selektivt förfarande. Frågan i målet gällde regler avseende den inbördes betydelsen av tilldelningskriterierna. Domstolen konstaterar

att principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras att principen iakttas (jämför även mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress och C-87/94 Vallonska bussarna). Skyldighet att lämna insyn åvilar varje upphandlande myndighet och syftar till att garantera potentiella anbudsgivare att upphandlingen går att kontrollera om upphandlingsförfarandet genomförs opartiskt.

Likabehandlingsprincipen måste vidare iakttas under upphandlingens samtliga stadier, bland annat då anbudssökande väljs ut vid ett selektivt förfarande, så att alla ges samma möjligheter vid utformningen av ansökningarna om deltagandet eller vid utformandet av anbudet (liknande resonemang avseende jämförelsen av anbud i mål C-87/94 Vallonska bussarna). Det är en tolkning som innebär att den upphandlande myndigheten i ett selektivt förfarande fastställt regler för viktning av urvalskriterier som kommer att tillämpas och är skyldig att i förväg underrätta de anbudssökande om dessa. Denna tolkning garanterar en tillräckligt hög grad av insyn och således ett iakttagandet av likabehandlingsprincipens syfte.

I mål C-599/10 SAG Slovensko klargjorde EU-domstolen att ett av huvudsyftena med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att icke snedvriden konkurrens ska främjas i alla medlemsstater. För att detta dubbla syfte ska kunna uppnås kräver unionsrätten särskilt en tillämpning av principen om likabehandling av anbudsgivare eller anbudssökande och den därav följande skyldigheten att iaktta transparensprincipen. I mål C-454/06 Presstext framkommer ett snarlikt resonemang. Enligt den gemenskapsrättsliga regleringen ska upphandlande myndigheter iaktta dessa principer och skyldigheter vid tilldelning av kontrakt.

4. Proportionalitetsprincipen

4.1 Inledning

Proportionalitetsprincipen återfinns⁷² i preambeln till direktiv 2004/18/EG. Där framkommer det att tilldelning av kontrakt endast får ske om principerna om icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet har tillgodosetts. I det nya direktivet 2014/24/EU⁷³ är proportionalitetsprincipen upptagen i artikel 18 jämte likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och öppenhet.

Proportionalitet innebär att kraven på upphandlingsförfarandet ska stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas samt ha ett naturligt samband till det behov som ska täckas av upphandlingen. Upphandlingens art samt värde beaktas vid fastställandet av villkoren för deltagandet i själva upphandlingen. Detsamma gäller i fråga om kraven på anbudsförfrågans innehåll och villkoren i anbudsförfarandet, kraven ska således stå i proportion till upphandlingens art. EU-domstolen fastslog i mål C-234/03 Contse, att de uppställda kraven inte bör vara onödiga eller oproportionerliga.⁷⁴

Om de uppställda skall-kraven inte har en affärsmässig koppling till upphandlingsföremålet kan detta bryta mot proportionalitetsprincipen. Exempelvis så står krav på anslutning till visst informationssystem inte i rimlig proportion till upphandlingsföremålet då det upphandlas batterier. Detta fastställde kammarrätten i Jönköping efter en bedömning av skallkravet utifrån proportionalitetsprincipen, dvs. om åtgärden är nödvändig,

⁷² Jämför ovan under kapitel 2.

⁷³ Jämför ovan under kapitel 2.2.

⁷⁴ Prop. 2009/10:180, s. 91, prop. 2006/07:128 s. 132, s. 155, C-234/03 Contse.

lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet utan att dess negativa konsekvenser är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. I målet framkom även att bestämmelsen om att inkomma med anbudet på olika sätt beroende på om anbudsgivaren var ansluten till informationssystemet eller inte enligt kammarrätten stred mot likabehandlingsprincipen.⁷⁵

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas i upphandlingen. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att påvisa att ett mindre ingripande alternativ saknas. Bedömningen ska genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen.⁷⁶

Ett uppställt krav som framkommer i förfrågningsunderlaget som den upphandlande myndigheten ställer, som sedermera leder till diskvalificering av en anbudsgivare som inte lyckas uppfylla kravet, måste vara relevant för den aktuella upphandlingen. Kravet måste dessutom rimligen vara av inte oväsentlig betydelse vilket är konsekvens av proportionalitetsprincipen som lyfts fram i doktrin.⁷⁷

Uppställda krav får inte heller anses onödiga, oproportionerliga eller på annat sätt strida mot principerna i gemenskapsrätten. I upphandling av suturer kom målet att handla om ämnet triclosan. HFD tog ställning till om det är att anse som oproportionerligt att uppställa skall-krav om avsaknad av triclosan i de upphandlade suturerna. Domstolen ansåg att de av den upphandlande myndigheten uppställda kraven var objektivt utformade och

⁷⁵ KamR i Jönköping mål nr 568-570-08.

⁷⁶ KamR i Stockholm mål nr 4846-09.

⁷⁷ Hentze, M et al. 1998, s. 16, tillstyrkes av KamR i Sundsvall mål nr 652-15.

på så sätt varken godtyckliga eller osakliga och därmed ansågs kraven stå i proportion till upphandlingsföremålet.⁷⁸

Kraven på anbudsfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet ska stå i proportion till upphandlingens art. Proportionalitetsprincipen kan även tillämpas vid bedömningen av om en upphandling med beaktande av de nationella tröskelvärdena ska konkurrensutsättas. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna ska iakttas under upphandlingsförfarandets samtliga faser. Detta innebär exempelvis att en anbudsfrågan inte kan utarbetas på ett sådant sätt att anbudsgivarna försätts i en ojämlik ställning redan vid tidpunkten för fastställandet av upphandlingsföremålet.

Anbudsfrågan ska öppet tillställas alla som tillkännagivit intresse eller vid ett selektivt förfarande utvalts för anbudsförfarandet. Vid bedömningen av anbudsgivarna och anbuden förutsätter jämlikhetskravet att de uppställda kraven gäller samtliga anbudsgivare på samma sätt. Tidsfristerna⁷⁹ för en intresseanmälan och för att inkomma med anbud måste vara tillräckligt långa för att anbudsgivare även från andra medlemsstater ska kunna göra en tillfredsställande bedömning och kunna utarbeta ett anbud. Vid eventuell konkurrensutsättning av en upphandling, i förhållande till de nationella tröskelvärdena, kan proportionalitetsprincipen också tillämpas.⁸⁰

Även under upphandlingskontraktets löptid ska principerna tillämpas.⁸¹ En befintlig anbudsgivare får inte gynnas särskilt genom väsentliga förändringar i ett redan existerande kontrakt, då en väsentlig förändring av ett kontrakt likställs med en ny kontraktstilldelning och kan på så vis utgöra

⁷⁸ RÅ 2010 ref 78.

⁷⁹ KamR i Stockholm mål nr 114-116-12.

⁸⁰ Prop. 2009/10:180 s. 91, prop. 2006/07 s. 155f.

⁸¹ C-496/99 *Succhi di Frutta*.

otillåten direktupphandling.⁸² Byte av underleverantör under ett långt tjänstekoncessionskontrakt kan i vissa fall innebära en väsentlig förändring.⁸³

4.2 Proportionalitetsbedömning

Proportionalitetsprincipen återfinns i bland annat Lissabonfördragets artikel 3b. EU-domstolen har därifrån utvecklat tre kriterier för proportionalitetsbedömning. Dessa är *lämplighet*, *nödvändighet* och proportionalitet *sensu stricto*.

Det första kriteriet lämplighet hänför sig till relationen mellan den avsedda objektiviteten och de tillämpade åtgärderna. Nödvändighet är det dominerande kriteriet vid proportionalitetsbedömning. Domstolen bedömer de åtgärder som vidtagits inte överstiger vad som är nödvändigt. Vid valmöjlighet ska den åtgärd väljas som medlemsstaten kan vidta ska den väljas som medför minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten.⁸⁴ Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de vidtagna åtgärderna. De åtgärder som tillämpats måste ur en proportionalitetssynvinkel således vara nödvändiga och inte ersättningsbara av ett motsvarande alternativ som hade gett samma resultat vid samma tidpunkt. Åtgärden hade vidare inte uppnått likvärdigt skydd för objektivitet eller rättsligt skyddade intressen.⁸⁵ Proportionalitetsprincipen *sensu stricto* utgörs av en balans mellan de skador, begränsningar och

⁸² C-454/06 Pressetext.

⁸³ C-91/08 Wall.

⁸⁴ EG-kommissionens tolkningsmeddelande EGT C 121, 2000-04-29, se även NOU dnr 2005/0138-21.

⁸⁵ Leanaert van Nuffel, 1999, s.108.

liknande som individen orsakas kontra den nytta gärningen tillför medlemsstaten.⁸⁶

Det råder delade åsikter kring vikten av proportionalitetsprincipen som en generell tillämplig regel inom EU-rätten. De Búrca⁸⁷ anser att principen kan användas för att uppnå olika grad av aktning och tydlighet av de olika stegen i proportionalitetsbedömningen. Harbo⁸⁸ anser att principen i sig inte är lika tydligt framstående och därmed saknar en uppdelning betydelse.⁸⁹

Användandet av en trestegsmodell för bedömning av proportionalitet används inte konsekvent. Vissa delar av bedömningen är mer frekvent förekommande än andra. I mål C-331/88 Fedesa framgår att huvudregeln är att det inte krävs att det föreligger ett uppenbart brott mot proportionalitetsprincipen för att en överträdelse anses föreligga. Enligt domstolen medför detta att det endast är i vissa undantagsfall en utförlig bedömning ska genomföras. I målet framgår att vid ett förbud mot en ekonomisk verksamhet ska endast nödvändiga och proportionerliga metoder användas i förhållande till syftet och att detta ska avgöras genom en helhetsbedömning. I de fall domstolen inte genomfört en bedömning i tre steg har det visat sig att kriterierna lämplighet och nödvändighet används övervägande del i rättsprövningen om inte samtliga tre delar tagits i beaktande.⁹⁰

⁸⁶ De Búrca, 1993 s. 113, s. 117.

⁸⁷ Professor Gráinne de Búrca i Europeisk rätt vid New York University School of Law. De Búrca, 1993, s. 105, s. 126f.

⁸⁸ Professor i juridik med inriktning bland annat EU-rätt Tor Inge Harbo vid European University Institute, Florence. Harbo, 2010, s. 158, s. 164f, 171ff.

⁸⁹ Se även Barnard et al. 2013, s. 440ff.

⁹⁰ C-331/88 Fedesa, C-66/82 Forma, C-15/83 Denkavit Nederlands BV, se även Mailiszewska-Nienartowitz.

Av EU-domstolens praxis framgår att en strukturerad avvägning av motstående intressen ska genomföras i tre steg för att bedöma om proportionalitetsprincipen åsidosatts eller ej. För det första bedöms om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra innefattas bedömningen av ifall åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det saknas mindre ingripande alternativ. För det tredje bedöms om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.⁹¹

Svensk rättspraxis följer den ovan nämnda bedömningsstruktur för att avgöra om proportionalitetsprincipen har efterlevts eller ej. I vissa fall har en helhetsbedömning genomförts, men den bedömning i tre steg som ovan presenterats är frekvent förekommande både i domar och Konkurrensverkets uttalanden.⁹²

4.3 Upphandlingsförfarandet

4.3.1 Förfrågningsunderlaget

Om ett förfrågningsunderlag innehåller brister som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet kan detta inte läkas genom rättelse vilket innebär att förhandlingen måste göras om. I ett fall gällande upphandling av behandlingshem stred skall-kravet mot proportionalitetsprincipen och även mot icke-diskrimineringsprincipen genom att den upphandlande myndigheten uppställt krav på att behandlingen inte fick vara längre än

⁹¹ De Búrca, 1993, s. 146.

⁹² Exempelvis KamR i Stockholm mål nr 6435-07, KamR i Stockholm mål nr 5451-12, KamR i Stockholm mål nr, KamR i Stockholm mål nr 8457-08 för vilka redogörs närmre under 4.3. Se även exempelvis Konkurrensverket yttrande dnr 494/2007.

20 mil fågelvägen från uppsamlingsorten. Kammarrätten konstaterade att det krav gällande den enskildes samhörighet med anhöriga och hemmiljö, den s.k. närhetsprincipen, skulle vara förenlig med 1 kap 9 § LOU om det hade beräknats utefter lättillgänglighet och inte begränsats till avstånd. Att uppge avstånd hade varit ett lämpligt sätt att uppnå det eftersträvade syftet enligt kammarrätten men då det uppenbart finns mindre ingripande sätt att uppnå syftet med upphandlingen så kan det inte motiveras att uppställa ett sådant krav i förfrågningsunderlaget.⁹³

Som ovan angivits (under 3.1.2) ska skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget kunna kontrolleras. I ett avgörande från kammarrätten i Göteborg⁹⁴ ansågs möjligheten att styrka att lokalen var tillgänglig från avtalsstart av största vikt. I ett fall där ett närhetskrav uppställts och där kammarrätten inte fann att det stred mot proportionalitetsprincipen att ange krav på 15 minuter gångavstånd till Kungsbacka station. Med motiveringen att kravet var ställt så att syftet inte kunnat uppnås med mindre ingripande åtgärder och att de negativa effekterna för de potentiella anbudsgivarna kan inte anses som oproportionerliga.

4.3.2 Skall-krav

Vad angår skall-kraven måste de krav som uppställs ha ett naturligt samband och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vidare vara relevanta och inte av oväsentlig betydelse. I ett fall från i kammarrätten i Göteborg hade det genom en s.k. urvalsupphandling upphandlats städtjänster. Som skall-krav angavs att att tre referenskunder som anbudsgivaren arbetat för under de senaste tre åren skulle anges. Av dessa tre var kravet att ett av dessa skulle ha varit ett museum. Kravet uppställdes

⁹³ KamR i Jönköping mål 3274-10.

⁹⁴ KamR i Göteborg mål nr 3952-14.

för att anbudsgivaren skulle påvisa tekniska förmågan och kapacitet. Kammarrätten uttryckte att de krav som ställts på tidigare erfarenheter inte bör vara mer långtgående än vad som ska anses vara motiverat med hänsyn till utförandet av aktuellt uppdrag. I detta fall ansågs således det uttryckliga kravet på att en tidigare referens skulle vara ett museum inte stå i rimlig proportion till vad som efterfrågats eftersom det inte ansågs styrka varken kapaciteten eller den tekniska förmågan.⁹⁵

Skall-kraven i förfrågningsunderlaget ska stå i rimlig proportion till upphandlingsföremålet. Vid en upphandling gällande avfallshantering hade den upphandlande myndigheten uppställt krav gällande färgen på de fordon som ska användas vid avfallshanteringen. Enligt den upphandlande myndigheten gällde frågan fastställandet av huvudmannaskap genom färgsättning. Kammarrätten gjorde bedömningen att en skyltning är att anse som fullt tillräcklig. Kravet på en fullständig färgsättning av avfallshanteringsfordonen kan inte ses som att det står i rimlig proportion till vad som efterfrågas i förfrågningsunderlaget.⁹⁶

I upphandling gällande lärarkompetens vid upphandling av sfi-utbildning angavs i förfrågningsunderlaget ett högre kompetenskrav. Kravet ansågs uppfylla syftet med upphandlingen uppnås och kravet hade därmed visat stå i rimlig proportion till upphandlingen.⁹⁷

⁹⁵ KamR i Stockholm mål nr 6065-04.

⁹⁶ KamR i Göteborg mål nr 3969-2002.

⁹⁷ KamR i Göteborg mål nr 7554-13.

4.4 Praxis

4.4.1 Praxis avseende proportionalitetsbedömningen

I en upphandling gällande förmedling av språktjänster uppställdes skall-krav om ett skriftligt medgivande från respektive tolk på anbudsgivarens lista om att de arbetar eller kommer att arbeta med anbudsgivaren. I målet⁹⁸ hade yttrande⁹⁹ från nämnden för offentlig upphandling (NOU) inhämtas.

Kammarrätten vidhöll nämndens yttrande och uttalade att den negativa effekt som kravet på skriftligt medgivande från tolkar medför är ett visst merarbete för anbudsgivaren som dock inte anses som särskilt betungande. Först gjordes en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Av den aktuella upphandlingens skall-krav framgick att upphandlingen syftar till att tillgodose behovet av språktolkar. Kammarrätten fann att kravet på skriftligt medgivande från tolkarna har ett naturligt samband med upphandlingen och att det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet med skall-kravet.

För det andra gjordes en bedömning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Anbudsgivaren hade inte begärt in skriftliga medgivanden från tolkarna, utan endast per telefon inhämtat den efterfrågade bekräftelsen. Kammarrätten finner således att det skall-krav som uppställts varit nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

För det tredje bedömdes om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven i jämförelse med det eftersträvade syftet. Kammarrätten ansåg här att ett krav på skriftligt medgivande från auktoriserade tolkar inte

⁹⁸ KamR i Göteborg mål nr 4475-07.

⁹⁹ NOU dnr 2005/0138-21.

utesluter någon anbudsgivare från att inkomma med anbud, utan alla anbudsgivare har samma möjlighet att inhämta sådana intyg. Skall-kravet är inte oproportionerligt jämfört med det eftersträvade syftet och således har den upphandlande myndigheten inte brutit mot proportionalitetsprincipen.

Vid upphandling av elkraft och portföljförvaltning i samma bolag användes ett selektivt förfarande och det uppställda kvalificeringskravet om att anbudsgivaren själv ska vara elkraftsproducent medförde att ett antal anbudssökande uteslöts. Frågan i målet var om det i upphandlingen hade varit berättigat att ställa ett sådant krav och om det bakomliggande syftet med kravet hade kunnat uppnås med ett mindre ingripande alternativ. Här inhämtade kammarrätten ett yttrande¹⁰⁰ från Konkurrensverket i vilket en tydlig trestegsuppdelning av bedömning av proportionalitetsprincipen genomfördes. Bedömningen av den negativa effekt som uteslutningen får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med kommunens eftersträvade syfte att upphandla en oberoende leverantör. Den upphandlande myndigheten hade uppställt ett, sammantaget, proportionerligt kvalificeringskrav vilket inte stred mot affärsmässighet enligt LOU och överklagandet avslogs.¹⁰¹

Vid en upphandling av skolmat prövade kammarrätten¹⁰² om ett skall-krav angående ett självrisktak i anbudsgivarnas bakomliggande ansvarsförsäkring var förenligt med proportionalitetsprincipen. Kravet stred mot proportionalitetsprincipen eftersom man kunde uppnå det eftersträvade syftet genom mindre ingripande alternativ. Istället för att kräva en högsta tillåtna självrisk hade den upphandlande myndigheten kunnat möjliggöra för

¹⁰⁰ Konkurrensverket yttrande dnr 494/2007.

¹⁰¹ KamR i Stockholm mål nr 6435-07.

¹⁰² KamR i Stockholm mål nr 5451-12.

anbudsgivare att på annat sätt visa sin kapacitet att betala en högre självrisk vid eventuell skada, t.ex. genom finansiell styrka.

4.4.2. Prövning av proportionalitetsprincipen

Sodexo hade inte angivit enkelomättade fetter och argumenterade att det enkelt går att uträkna fettmängden i förhållande till de andra angivna fettsyror. Kammarrätten i Stockholm¹⁰³ fastslog att skall-kravet var tydligt och lättförståeligt. Den upphandlande myndigheten hade förkastat anbudet då det inte uppfyllde de ställda skall-kraven. Vid det fall att den upphandlande myndigheten beaktat anbudet hade beaktandet i sig inneburit ett avsteg från likabehandlingsprincipen då anbudet inte uppfyllde de uppställda skall-kraven. Att upprätthålla skall-krav ställda i förfrågningsunderlaget kan inte anses oproportionerligt. HFD¹⁰⁴ har meddelat prövningstillstånd gällande om det är att anse som förenligt i vissa fall med proportionalitetsprincipen att inte utvärdera ett anbud till följd av en avvikelse från förfrågningsunderlaget. Målet har ännu inte avgjorts.

I ett avgörande från kammarrätten i Göteborg gällande komplettering av anbud konstaterades att komplettering inte får innebära annat än att marginella sakuppgifter tillföras. De uppgifter anbudsgivaren tillåtits komplettera gällde i detta fallet de uppställda skall-kraven som utelämnats vid anbudsingivningen. Kammarrätten ansåg att de grunderna på vilket anbudsgivarens anbud brustit inte föll inom ramen för utvärderingen av anbudet och därmed skulle ett förkastande av anbudet vara oproportionerligt.¹⁰⁵

¹⁰³ KamR i Stockholm mål nr 6806-14.

¹⁰⁴ HFD mål nr 555-15.

¹⁰⁵ KamR i Göteborg 3467-13.

Vid en upphandling av flytande helium framkom i förfrågningsunderlaget skall-krav där anbudsgivarens skulle redogöra för inköpsvolym av flytande helium för den svenska marknaden år 2013. En anbudsgivare uteslöts då de inte uppfyllde skall-kravet. Kammarrätten konstaterar att kravet är att anse som oproportionerligt då det inte går att avläsa syftet med kravet. Kravet saknar vidare koppling till upphandlingsföremålet.¹⁰⁶

4.5 Sammanfattning proportionalitetsprincipen

Proportionalitet innebär att kraven på upphandlingsförfarandet ska stå i rimlig proportion till de mål som eftersträvas samt ha ett naturligt samband till det behov som ska täckas av upphandlingen. Upphandlingens art och värde ska beaktas vid fastställandet av villkoren för deltagandet i upphandlingen. De uppställda skall-kraven bör inte vara onödiga eller oproportionerliga eller på annat sätt strida mot principerna i gemenskapsrätten.

De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna ska iakttas under upphandlingsförfarandets samtliga faser vilket medför att en anbudsförfrågan inte får utformas så att anbudsgivarna försätts i en ojämlig ställning vid fastställande av upphandlingsföremålet. Vidare ska skall-kraven som uppställts vara relevanta, inte av oväsentlig betydelse, ha ett naturligt samband och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.

Som ovan nämns råder delade åsikter kring proportionalitetsprincipen som en generellt tillämplig regel inom EU-rätten. Vidare används inte den trestegsmodell som presenterats konsekvent av EU-domstolen.

Trestegsmodellen står till grund för den proportionalitetsbedömning som genomförs av domstolen. Dock avviker utförandet i vissa fall då domstolen

¹⁰⁶ KamR i Göteborg mål nr 3309-13.

stundom föredrar att göra en samlad bedömning utan att visa på de olika bedömningsstegen och i andra fall används en avvägning av de motstående intressena uttryckligen endast två av de tre stegen. Ytterligare i vissa fall förekommer endast en samlad bedömning.

Den avvägningsmetod som är mest frekvent inom svensk rättspraxis är den presenterade trestegsmodellen. Det innebär att det först bedöms om åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå upphandlingens syfte. Därefter om åtgärden är nödvändig för att uppnå syftet dvs. om det finns ett mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet. För det tredje bedöms effekten på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker för att avgöra om effekten är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

5. Likabehandling och proportionalitet

5.1 Prövning av likabehandling och proportionalitet

Upphandling¹⁰⁷ avseende ”IT-konsulttjänster 2007” genomfördes som en öppen upphandling. Som villkor fick anbudsgivaren endast lämna anbud i en av två delar vilket ansågs begränsa möjligheten till deltagandet i upphandlingen. Kammarrätten ansåg att det rörde sig om en upphandling som delats upp i olika anbudsområden vilket inte innebär att villkoret strider mot likabehandlingsprincipen och snedvrider konkurrensen. Kammarrätten genomförde en proportionalitetsbedömning i tre steg och villkoret ansågs strida mot proportionalitetsprincipen då den upphandlande myndigheten inte lyckades påvisa att åtgärden var nödvändig för att uppnå upphandlingens syfte. Det argumenterades att det borde ha genomförts en mindre strikt proportionalitetsbedömning. Men denna typ av proportionalitetsbedömning ska endast tillämpas i fall som är ”känsliga”, då det rör sig om grundläggande religiösa eller liknande frågor.¹⁰⁸ Kammarrätten framhåller att oavsett tillvägagångssätt för en proportionalitetsbedömning i detta fall så skulle utgången resultera i detsamma. För tydlighetens skull valde kammarrätten en trestegsbedömning. Först prövade kammarrätten om åtgärden varit en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträlvade syftet att säkerställa optimalt utnyttjande av konkurrens genom att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor, genom att begränsa möjligheten för ett stort företag att lämna anbud på hela upphandlingen och därmed vinna. Kammarrätten konstaterade att det inte kan uteslutas att åtgärden är en

¹⁰⁷ KamR i Stockholm mål nr 4283-08.

¹⁰⁸ Hettne, 2011, s. 152f och KamR i Stockholm mål nr 4283-08 s. 21f.

lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet med att ta hänsyn till små och medelstora företags villkor.

För det andra prövade kammarrätten om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Kammarrätten konstaterade att åtgärden är ingripande och att det borde påvisats av den upphandlande myndigheten att åtgärden var nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet såtillvida att det saknades ett mindre ingripande alternativ. Den upphandlande myndigheten kan inte anses ha påvisat detta.

För det tredje prövade kammarrätten om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Kammarrätten konstaterade att den i målet utförda utredningen inte är tillräcklig för att finna att den effekt som följer åtgärden kan anses proportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet.

Sammanfattningsvis fastslog kammarrätten att den metod den upphandlande myndighet använt i syfte att ta hänsyn till små och medelstora företags bryter mot proportionalitetsprincipen men inte mot likabehandlingsprincipen.

I mål från kammarrätten i Sundsvall gällande upphandling av konsultuppdrag avseende "Finansiell prissäkring av Banverkets framtida elbehov". Ett av skall-kraven innebar att anbudsgivaren skulle inneha tillstånd från Finansinspektionen att bedriva handel med finansiella instrument. Upphandlingen tilldelades en anbudsgivare som inte uppfyllde det skall-kravet. Syftet med skall-kravet innebar enligt den upphandlande myndigheten dels garanti för att anbudsgivaren är en seriös aktör, dels en

säkerhet för att den som ska utföra tjänsten har rättslig möjlighet att fullfölja sitt åtagande. Den antagna anbudsgivaren hade på grund av sin verksamhet varken tillstånd eller möjlighet att söka tillstånd från Finansinspektionen. Den upphandlande myndigheten ansåg att upphållandet av det ställda skallkravet mot anbudsgivaren skulle verka diskriminerande. Kammarrätten konstaterade att det ställda skallkravet strider mot proportionalitetsprincipen då kravet, när det riktas mot en sådan anbudsgivare går utöver vad som krävs i förhållande till det syfte som kravet ska uppnå. Kravet riktade sig till samtliga anbudsgivare vilket torde strida mot likabehandlingsprincipen då det medförde att nationella anbudsgivare gavs företräde vid upphandlingen.¹⁰⁹

I avgörandet från HFD¹¹⁰ i RÅ 2010 ref 78 gällde frågan i målet om landstinget vid en upphandling av suturer har haft rätt att i förfrågningsunderlaget ställa som krav att suturerna inte innehöll ämnet triclosan. Avgörandet i målet kan ses som både en fråga kring likabehandlingsprincipen och en proportionalitetsbedömning av ett i upphandlingen angivet skallkrav. Domstolen angav att de uppställda skallkraven måste vara kopplade till upphandlingsföremålet och avse att påverka den efterfrågade produkten. Domstolen konstaterar att ett krav innebärandes att produkten av miljöskäl inte får innehålla ett visst ämne har en sådan koppling till upphandlingsföremålet. De krav som den upphandlande myndigheten ställt måste vidare uppfylla krav på objektiv utformning, icke-diskriminering. Kraven får inte vidare ses som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Domstolens bedömning skedde inte efter den trestegsmodell som presenterats ovan under 4.2. Det kan ifrågasättas på dessa grunder om målet i sig är ett mål som innehåller en proportionalitetsbedömning eller om målet i fråga endast avser en bedömning av kravets förenlighet med de

¹⁰⁹ KamR i Sundsvall 1885-07.

¹¹⁰ Jämför ovan under kapitel 4.

upphandlingsrättsliga reglerna. Ulfsson¹¹¹ menar att domen kan ifrågasättas gällande tolkningen av proportionalitetsprincipen. Däremot är domen av betydelse när det gäller tolkningen av de övriga gemenskapsrättsliga principerna, framförallt principen om likabehandling.

I upphandling av krossning av avfall kom frågan att handla om ett intyg (Hitachiintyget) utfärdat av en branchorganisation och inte som skall-kravet uppställt en maskinleverantör. Kammarrätten gjorde en bedömning av proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen och konstaterade följande. Avvikelsen från förfrågningsunderlaget, med hänsyn till upphandlingen och innebörden av det aktuella skall-kravet, måste anses vara irrelevant och oväsentlig. Avvikelsen från kravet är inte av sådan art att det medför en konkurrensfördel för anbudsgivaren eller att bristen på likabehandling får anses vara försumbar. Förkastandet av anbudet på grund av detta skall-krav ansågs oproportionerligt.¹¹²

I upphandling¹¹³ om avfallshämtning uppfyllde en av anbudsgivarna inte samtliga skall-krav. Kammarrätten konstaterar inledande att då en upphandlande myndighet prövar ett inkommet anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav kan detta förfarande strida mot likabehandlingsprincipen. För att möjliggöra en förkastelse av ett sådant anbud måste de krav som inte uppfyllts ha relevans i upphandlingen och inte vara av oväsentlig betydelse, då förkastandet annars strider mot proportionalitetsprincipen. Det skall-krav som skulle uppfyllas var ingivande av en förteckning för liknande uppdrag de senaste tre åren. Förteckningen skulle innehålla uppgifter om uppdragsgivaren i form av ungefärlig årsomsättning, tidpunkt och invånaravtal i kommunen eller

¹¹¹ Ulfsson, 2013 punkt 2.5.

¹¹² KamR i Stockholm mål nr 1547-14.

¹¹³ KamR i Sundsvall mål nr 652-15.

kommundelen. En nedre gräns för årsomsättningen hade inte angivits. Kravet kunde således anses uppfyllt oavsett vilken summa som angetts som den ungefärliga årsomsättningen, vilket inte innebar att teknisk eller yrkesmässig kapacitet styrkts av denna förteckning. Kravet uppfyllde således inte någon nämnvärd funktion¹¹⁴. Anbudsgivaren hade i detta fall inkommit med en förteckning som dock saknade uppgifter om en ungefärlig årsinkomst. Gällande likabehandlingsprincipen ska ett anbud som inte är att anse som rent förkastat¹¹⁵. Däremot så kan förkastandet¹¹⁶ i sig ses som oproportionerligt i förhållande till de uppställda skall-kraven och upphandlingen i övrigt. Kammarrätten fastslog att redovisning av en ungefärlig årsomsättning utan att ange mer precist vad som avses inte är förenligt med syftet, dvs. att påvisa teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kammarrätten fann således att skall-kravet är orimligt att framhärda och förkastandet av anbudet stred mot proportionalitetsprincipen. Målet har överklagats till HFD och meddelats prövningstillstånd¹¹⁷ där frågan gäller om en upphandlande myndighet med hänsyn till proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen kan godta ett anbud trots att anbudet avviker från de uppställda skall-kraven.

5.2 Principerna i kommande lagstiftning

Inledningsvis kommer ett kort avsnitt om lagrådsremissen, därefter ett antal nedslag i olika delar av regleringen av offentlig upphandling och hur det kan tänkas påverka de upphandlingsrättsliga principerna, de lege ferenda.

¹¹⁴ Jämför KamR i Stockholm mål nr 2391-12.

¹¹⁵ Jämför C-243/89 Stora Bält.

¹¹⁶ Jämför KamR i Stockholm mål nr 1547-14.

¹¹⁷ HFD mål nr 2691-15.

5.2.1 Lagrådsremissen

5.2.1.1 Principerna

Regeringens förslag är att upphandlande myndigheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Vidare får inte upphandlingar utformas i syfte att undanta upphandlingen från tillämpningsområdena för de nya lagarna om offentlig upphandling. Upphandlingen får dessutom inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen såtillvida att vissa anbudsgivare gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹¹⁸

Skälen för regeringens förslag grundar sig i preambeln och artikel 18.1 första stycket i LOU-direktivet. Upphandlingsdirektivets artiklar i dessa delar bör genomföras med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU, vilket innebär att upphandlande myndigheter ska genomföra upphandlingar i enlighet med de allmänna principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. En av remissinstanserna *Rådet för offentlig upphandling, Self Competence*, anser att de nya lagarna bör innehålla bestämmelser som motsvarar den i 1 kap 4§ 1992 års LOU om affärsmässighet och konkurrens. Regeringen anser dock att det på området inte behövs ett förtydligande gällande konkurrens då iakttagandet av de gemenskapsrättsliga principerna redan ger grund för sund konkurrens.¹¹⁹ Dock bör tilläggas att den nya lagen kommer innehålla en paragraf gällande upphandlingens utformning så att inte upphandlingen verkar konkurrensbegränsande.¹²⁰

¹¹⁸ Lagrådsremissen s. 406f.

¹¹⁹ Lagrådsremissen s. 407f.

¹²⁰ Kommande 4 kap 2 § LOU, se lagrådsremissen s. 838.

Enligt lagförslaget kommer 1 kap 9 § LOU ersättas med 4 kap 1 § LOU.¹²¹

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för offentlig upphandling

1 § Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

5.2.1.2 Andra relevanta nyheter

I den av kommissionen antagna 2020-strategin¹²² anges prioriteringar för att skapa en hållbar ekonomisk tillväxt. I strategin anges bland annat att offentliga upphandlingar särskilt bör nyttjas för att förbättra företagsklimatet i synnerhet för små och medelstora innovationsföretag. I *Inremarknadsakten*¹²³ i vilken det anges att för att möjliggöra en effektivisering av den offentliga upphandlingen är det av vikt att förenkla förfarandena och göra dem mer flexibla. Detta tas även upp i lagrådsremissen¹²⁴ som en bakgrund till EU-reformen på upphandlingsområdet.

I det nya direktivet framkommer möjligheter till utvärdering av anbud vilket kommer att grundas på en analys av produktens, tjänstens eller byggtreprenadens livscykelkostnad, dvs. både de interna kostnader (såsom kostnader för forskning och utveckling, transport, energiförbrukning, underhåll och återvinning), och även kostnader i form av externa miljöeffekter (såsom utsläpp av växthusgaser eller andra

¹²¹ Lagrådsremissen s. 838.

¹²² Kommissionens meddelande KOM(2010).

¹²³ Kommissionens meddelande KOM(2011).

¹²⁴ Lagrådsremissen s. 283.

förorenande ämnen) under förutsättning att deras värde kan fastställas.¹²⁵ Tilldelningskriteriernas utformning ska vara kopplade till upphandlingsföremålet. Konstnadsberäkning på grundval av livscykelkostnader är en möjlighet för den upphandlande myndigheten att välja en annan väg än lägsta pris. I det nya direktivet finns möjligheter att begränsa möjligheten för de upphandlande myndigheterna att använda lägsta pris som grund för kontraktstilldelning.¹²⁶ I lagrådsremissen framkommer dock inte att regeringen valt att applicera detta i den kommande svenska lagen.¹²⁷

En nyhet i lagrådsremissen är även möjligheten att dela upp kontrakt i delar för att underlätta för små och medelstora företag att konkurrera om kontrakt.¹²⁸

5.2.2 Onormalt låga anbud

Den nuvarande regleringen i 12 kap. 3 och 4 §§ LOU om onormalt låga anbud ger den upphandlande myndigheten rätt att förkasta ett anbud som är att anses som onormalt lågt. Direktiv 2014/24/EU artikel 56 innebär ett obligatoriskt krav på förkastande av onormalt låga anbud då en anbudsgivare brutit mot miljö-, sociala- eller arbetsrättsliga regelverk.

Den upphandlande myndigheten ska enligt rådande praxis¹²⁹ begära att anbudssökanden förklarar sitt onormalt låga anbud. För att säkerställa konkurrens och för att undvika godtycke från den upphandlande myndighetens sida är det av vikt att anbudsgivaren ges möjlighet till

¹²⁵ Lagrådsremissen s. 287.

¹²⁶ Direktiv 2014/24 se exempelvis skäl 95 och 96 samt artiklarna 67-68.

¹²⁷ Lagrådsremissen s. 166, s. 309f, s. 721ff, s. 735.

¹²⁸ Lagrådsremissen s. 419ff.

¹²⁹ 599/10 SAG Slovensko.

förklaring. Den upphandlande myndigheterna har en viss frihet i att fastställa vilka omständigheter som är relevanta och ska beaktas innan ett anbud förkastas då det framstår som onormalt lågt. Den upphandlande myndigheten ska dock tydligt formulera begäran av det förtydligande som myndigheten vill att anbudsgivaren ska inkomma med angående det låga anbudet. Detta för att den berörda anbudsgivaren ska få möjlighet att förklara varför anbud är allvarligt menat. Hur förklaringen ska ske är dock inte klarlagt. Detta går även i linje med avgöranden i kammarrätten i Jönköping¹³⁰ där anbudsgivaren inkommit med en erforderlig förklaring och där förkastandet av anbudet inte borde ha skett. HFD¹³¹ har meddelat prövningstillstånd.

Den rådande EU-praxisen uppställer vidare ett förbud mot att automatiskt förkasta onormalt låga anbud även gällande upphandlingar under tröskelvärdet, om dessa är av ett gränsöverskridande intresse.¹³²

I SOU 2014:15 föreslås det obligatoriska förkastandet gälla samtliga onormalt låga anbud i de fall då ingen tillfredställande förklaring kunnat avges.¹³³

Lagrådsremissen föreslår gällande onormalt låga anbud, sammanfattningsvis, att de nya reglerna ska innebära en skyldighet att förkasta ett anbud där anbudsgivaren inte kunnat, på ett tillfredställande sätt, inge en förklaring till det låga anbudet. För att detta ska vara uppfyllt måste dock myndigheten först anse att anbudet är onormalt lågt samt därefter inte

¹³⁰ KamR i Jönköping mål nr 1165-1166-14.

¹³¹ HFD mål nr 6159-6160-14, jämför även HFD mål nr 6578-14 och HFD mål nr 6579-14 gällande samma fråga.

¹³² C-147/06 och C-148/06 SECAP.

¹³³ SOU 2014:51 s. 301ff.

ha fått en förklaring från anbudsgivaren som förklarar situationen på ett erforderlig sätt.

Den svenska lagstiftningen blir därmed att anses som mer långtgående än den gemenskapsrättsliga. Skillnaden mellan den nationella och gemenskapsrättsliga tillämpningen skulle kunna innebära ett problem i de fall den svenska lagstiftningen skulle gå längre än vad den gemenskapsrättsliga i de fall den svenska skulle strida mot de allmänna rättsprinciperna. Ett onormalt lågt anbud ska bedömas *in casu*. Utifrån vad som följer av Wienstrom¹³⁴ ska den upphandlande myndigheten kunna kontrollera riktigheten i ett anbud. Om kravet inte är kontrollerbart åsidosätts likabehandlingsprincipen då kriteriet inte är förenligt med kraven på öppenhet och objektivitet.¹³⁵

5.2.3 Lågt anbud som marknadsdominant

Roglert anger i sin artikel¹³⁶ att missbruk av en marknadsdominerande ställning ska ses som fel i yrkesutövningen. Därmed kan en upphandlande myndighet även på den grunden utesluta ett anbud som är att anses som osedvanligt lågt. Detta i sin tur skulle kunna tänkas strida mot likabehandlingsprincipen då en uteslutning på grund av fel i yrkesutövningen diskvalificerar anbudsgivaren i kvalificeringsfasen och anbudet i sig inte är förkastat. Anbudsgivaren har ett skydd i 12 kap 3 § LOU som innebär en förklaringsmöjlighet till omständigheterna som ligger till grund för det låga anbudet. Dock föreligger inte en skyldighet för den upphandlande myndigheten att kontrollera det onormalt låga anbudet. Den

¹³⁴ C-448/01 Wienstrom.

¹³⁵ C-448/01 Wienstrom, punkt 51.

¹³⁶ UrT 2015 s. 206.

upphandlande myndigheten kan därför underlåta att kontrollera ett onormalt lågt anbud.

Gällande uteslutning av anbudsgivare gäller exempelvis 10 kap 2 § om fakultativ uteslutning. De principerna som återfinns i 1 kap 9 § LOU begränsar dock uteslutningen enligt denna paragraf. Av praxis följer även att endast de omständigheter som är relevanta för uppfyllandet av det kontrakt som upphandlingen avser är de som ska beaktas vid eventuell uteslutning.¹³⁷

En ny möjlighet är den upphandlande myndighetens möjlighet att utesluta en anbudsgivare som utnyttjat ett annan företags kapacitet eller på annat sätt kommit överens med en annan anbudsgivare som kan leda till en snedvridning av konkurrensen.¹³⁸

Roglerts slutsats är att den upphandlande myndigheten bör omfattas av en skyldighet att kontrollera ett onormalt lågt anbud som inges av en marknadsdominant aktör för att inte äventyra åsidosättandet av de allmänna gemenskapsrättsliga principerna.¹³⁹

¹³⁷ C-213/07 Michaniki, Falk 2011 s. 331f.

¹³⁸ Lagrådsremissen s. 71, s. 160f.

¹³⁹ UrT 2015 s. 209.

6. Analys

6.1 Inledande sammanfattning

Rättspraxis från EU-domstolen har utvecklat vad respektive princip innebär och i EU-domstolens rättspraxis framkommer tydligt att principerna ofta utgör en röd tråd i domstolens argumentation.

Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga anbudsgivare, även potentiella anbudsgivare, ska behandlas lika under upphandlingens samtliga faser. Även efter att upphandlingen avslutats och kontrakt tilldelats fortsätter principerna att gälla, vilket framgår särskilt tydligt vid ramavtal och avrop från dessa. Lika fall ska behandlas lika och olika fall inte ska behandlas lika. I praxis framkommer att i de fall då likabehandlingsprincipen träds för när har den upphandlande myndighetens agerande i många fall påverkat det konkurrensuppsökande skedet och därmed måste upphandlingen göras om.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs på upphandlingen ska stå i rimlig proportion till det som efterfrågas i upphandlingen. Har den upphandlande myndigheten vidtagit åtgärder ska dessa vara nödvändiga och effektiva, såtillvida att det saknas mindre ingripande åtgärder och åtgärden ska stå i proportion till upphandlingens syfte och mål. Om den upphandlande myndigheten brister i detta har således proportionalitetsprincipen eftersatts.

Lagrådsremissen och de nya direktiven innebär inte en väsentlig förändring gällande utformning av principerna eller dess innebörd.

Proportionalitetsprincipen upptas i artikeln i det nya direktivet, men har alltså redan upptagits som en generell princip i gemenskapsrätten. I svensk rätt finns proportionalitetsprincipen vid sidan av

likabehandlingsprincipen och är likaså en generell regel som tillämpas i svensk praxis. Det torde alltså inte medföra större förändring för svenskt vidkommande gällande principerna eller dess utformning i lagtexten. Lagrådsremissen och SOU:n ger inte några sådana indikationer. Ett behov av förändring på denna punkt finns till synes inte för närvarande.

6.2 Precisering, ändring och komplettering av anbud

Gällande precisering, ändring och komplettering av anbud är generaladvokatens uttalande till mål C-87/94 Vallonska bussarna av betydelse (se ovan under kapitel 3.). Utgångspunkterna är i den semantiska betydelsen av definitionen ”komplettera” samt ”precisera”. Då dessa ord i sig inte innebär en ändring eller ersättning av uppgift borde det kunna ses som ett tydligt ställningstagande om var gränsen för kompletterande av anbud faller. Generaladvokatens uttalande har sedermera bekräftats i mål C-599/10 SAG ELV Slovensko. Principerna kan inte anses utgöra ett hinder för att komplettera eller på annat sätt precisera ett anbud på en specifik punkt. Särskilt gällande enkla uppenbara sakfel eller uppgifter som endast behöver ett förtydligande. Av avgörande betydelse har dock den upphandlande myndighetens mot vardera anbudsgivare agerande jämfört med mot de andra anbudsgivarna, så att denna komplettering eller precisering framkommer och behandlas på ett likvärdigt, transparent sätt. Kompletteringen bör även stå i proportion till upphandlingsföremålet. I mål nr 2458-12 från kammarrätten i Sundsvall gällde frågan komplettering som innebar inkommande med en ny prisuppgift. Detta utgör inte en tillåten komplettering. Inte heller kan en komplettering efter att anbudstiden utlöp ses som en godkänd komplettering enligt likabehandlingsprincipen.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Jmf bland annat KamR i Göteborg mål nr 872-12.

En komplettering efter att tidsfristen utlöp kan i vissa fall¹⁴¹ anses som godtagbara. Dock gäller detta i de fall då det inte i förfrågningsunderlaget uttryckligen framkommit att dessa upplysningar skulle ha ingivits vid anbudsansökan.

En komplettering får alltså inte tillföra anbudsgivaren en konkurrensfördel. Likabehandlingsprincipen måste på det sättet tillgodoses. Kompletteringen måste vara relevant, ha samband med upphandlingen och vara av det av den upphandlande myndigheten efterfrågade slag, således inte nya uppgifter som förändrar situationen för anbudsgivaren i upphandlingen.

6.3 Praxis gällande likabehandling och proportionalitet

För att se hur likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen tillämpas måste man se till praxis. Den svenska praxisen går i linje med den EU-rättsliga. Praxisen är bred och sträcker sig över samtliga av upphandlingens stadier. Tydligast kan man se hur proportionalitetsprincipen tillämpas då den trestegsbedömningen som presenterats under 4.2 möjliggör en tydlig insyn i de övervägande domstolen gjort. Likabehandlingsprincipen däremot saknar motsvarande steg-bedömning och där sker istället en avvägningsbedömning av det som framkommit i målet.

Gällande mål 1547-14 från kammarätten i Stockholm ansågs att om en upphandlande myndighet utvärdera ett anbud som inte uppfyller ett skalkrav som brott mot likabehandlingsprincipen. Dock ansågs det, i förhållande till upphandlingen i stort, ha utgjort en sådan försumbar del av upphandlingen att det inte torde påverka. Konstaterandet kammarätten gör är att det inte ger anbudsgivaren en konkurrensfördel och därmed är det

¹⁴¹ Jämför C-336/12 Manova A/S.

godtagbart. Däremot ansågs förkastandet av anbudet som oproportionerligt i förhållande till upphandlingen i stort och vilken roll det enskilda intyget gjort.

Den upphandlande myndigheten har enligt HFD¹⁴² en stor frihet gällande att närmare bestämma föremålet för en upphandling, så länge kraven som är ställda uppfyller krav på objektiv utformning och icke-diskriminering. Kraven får inte ses som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Att välja bort suturer som innehöll ämnet triclosan ansågs utgöra sakliga skäl och i proportion till syftet med vad som upphandlas. Domstolen gör en proportionalitetsbedömning men även en värdering av målet gällande likabehandlingsprincipen.

Som ovan nämns (se under 5.1) menar Ulfsson Forssell att domen kan ifrågasättas gällande tolkningen av proportionalitetsprincipen. Jag vidhåller att det i målet är något otydligt gällande en ”ren” proportionalitetsbedömning. Ser man till målet som helhet är det ändå så att det vore att se som oproportionerligt att inte godkänna ett miljökrav som ställer krav på att ett föremål inte ska innehålla ett ämne som den upphandlande myndigheten anser vara miljöfarligt. Den upphandlande myndigheten har stor frihet att utforma förfrågningsunderlaget och välja de tekniska och miljömässiga specifikationer som står i rimlig proportion till vad som efterfrågas och vad som står i proportion till syftet med upphandlingen. Att uppställa krav på ett miljövänligare alternativ borde på alla sätt, i detta fall, stå i rimlig proportion till syftet med upphandlingen. Att inte beakta miljöaspekter är högst otidsenligt, oavsett vad upphandlingen avser. Jag håller med Ulfsson Forssell om att domen även har betydelse gällande tolkningen av de övriga gemenskapsrättsliga principerna,

¹⁴² RÅ 2010 ref 78.

framförallt för principen om likabehandling vilket tydligt framkommer i rättsfallet.

Av den genomgångna rättspraxisen (se främst under 5.1) kan slutsatsen dras att i de fall då både likabehandling och proportionalitet behandlas är det likabehandlingsprincipen som får ”ge vika”. Likabehandlingsprincipen medför att lika fall ska behandlas lika och olika fall får inte behandlas lika om inte särskilda skäl föreligger. Detta innebär således att olika anbudsgivare med olika villkor inte ska behandlas lika. Denna till synes ojämsställda behandling av företag är egentligen ett hänsynstagande till de olika villkor som ett stort eller marknadsdominant företag har jämfört med de villkor och möjligheter som små eller medelstora företag har. För att skapa god konkurrens krävs således att den upphandlande myndigheten behandlar anbudsgivarna därefter. Däremot gällande proportionalitetsprincipen måste samtliga upphandlingsvillkor stå i proportion till det som efterfrågas. Likaså ska de inskränkningar som den upphandlande myndigheten gör under upphandlingsförfarandet ska stå i rimlig proportion till upphandlingens syfte.

Man kan se det som att proportionalitetsprincipen riktar sig till upphandlingen i stort och likabehandlingsprincipen endast mot de särskilda anbudsgivarna. En upphandlande myndighet kan brista i likabehandling, genom exempelvis att behandla olika företag lika och inte tillse företagens olika villkor. Däremot om en upphandlande myndighet brister mot proportionalitetsprincipen är förfarandet i stort inte godtagbart mot upphandlingen som helhet.

6.4 Proportionalitetsprincipen

Att det finns en bedömning av proportionalitetsprincipen som bör eller ska ske i en uppdelad bedömning i tre steg råder det delade meningar om. Den svenska rättspraxisen tillämpar till stor del denna uppdelning, likaså Konkurrensverkets i sina yttranden. Den presenterade rättspraxisen från EU-domstolen innehåller olika varianter men en uppdelning av proportionalitetsbedömningen är till synes rådande. De Búrca argumenterar för att uppdelningen är positiv i den bemärkelsen att den ger en bredare bild av principens användning. Harbo däremot anser att principen inte är tydlig och en uppdelning saknar i stort betydelse. Det är min uppfattning att en uppdelning för själva bedömningen inte av avgörande vikt. Däremot utgör uppdelningen en tydlighet från domstolen beträffande hur övervägandet har gjorts vilket gör det lättare att ur ett praktiskt perspektiv uppnå en djupare förståelse för användandet av principerna. Därmed är en trestegsbedömning mer pedagogiskt utformad än en helhetsbedömning. Jag instämmer däremot inte med vad Harbo uttrycker om att principen är oklar och att bedömningssättet därmed saknar betydelse. Proportionalitetsprincipen har tydligt utvecklats genom praxis och ett tydligare ställningstagande från domstolen, ett tydligare och mer pedagogiskt upplägg är till fördel för principernas utveckling. Dock är det av vikt att inse att det i vissa fall endast är delar av trestegsbedömningen som blir aktuell. Det svåra avgörandet blir om exempelvis ett agerande endast strider mot ett av tre steg. Då måste en helhetsbedömning ske för att avgöra huruvida detta agerande i stort kan anses bryta mot proportionalitetsprincipen. Dvs. är överträdelsen av inte oväsentlig betydelse eller inte.

6.5 Onormalt låga anbud

I den praxis fastställd bland annat genom C-599/10 SAG Slovensko avseende att den upphandlande myndigheten ska inhämta förklaring från anbudsgivare som inkommit med ett onormalt lågt anbud går i linje med den

rättsutveckling vi kan förvänta oss på området. Lagrådsremissen och det nya direktivet kommer förmodligen inte innebära en ändring av detta genom kommande praxis. I det nya direktivet finns uttryckliga förbud mot automatiskt avvisande av ett onormalt lågt anbud genom att det krävs en godtagbar förklaring från den anbudsgivare som inkommit med ett onormalt lågt anbud.

Den stora skillnaden som jag ser det är dock att den upphandlande myndigheten i detta avseende fått större ”makt” att ifrågasätta ett onormalt lågt anbud och möjlighet ett förkasta ett onormalt lågt anbud. Problemet här blir upprätthållandet av likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. Som ovan visats med exempel ur gällande praxis har den upphandlande myndigheten inte alltid agerat i linje med dessa principer. Anbud som inte uppfyllt ställda skall-krav har upptagits och antagits som vinnande anbud, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. I andra fall har den upphandlande myndigheten diskvalificerat anbudsgivare då de inte uppfyllt ett, av den upphandlande myndigheten uppställda skall-krav och således brutit mot proportionalitetsprincipen då de uppställda skall-kravet inte uppfyllt syftet eller stått i rimlig proportion till upphandlingsföremålet.

Att det ges större möjlighet att ifrågasätta ett onormalt lågt anbud, ska för tydlighetens skull tilläggas, är i sig inte problematiskt. Det är däremot den obligatoriska skyldigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud som kan komma att bli problematiskt.

Problem, ur ett praktiskt perspektiv, kan även tänkas uppstå i de fall då den upphandlande myndigheten formulerat ett otydligt skall-krav vilket föranlett tolkningsmöjligheter gällande prissättning. Har sedermera anbudsgivaren direkt förkastats av den upphandlande myndigheten då anbudet är att anse som onormalt lågt kan inte de gemenskapsrättsliga principerna anses

tillgodosedda. Den upphandlande myndigheten ska visserligen begära en tillfredställande förklaring för det onormalt låga anbudet, men i de fall en upphandlande myndighet hamnar i en situation där en direktupphandling är nära förestående är en tillfredställande förklaring sällan till hjälp om den upphandlande myndigheten dessutom redan utsett en annan kontraktsvinnare.

Dessutom tillkommer möjligheten att använda livscykelkostnader, dvs. de kostnader som omfattar anbudet och den produkt eller tjänst som ska levereras ur ett livscykelperspektiv. I och med detta ställs förhållandevis höga krav på att den upphandlande myndigheten utformar förfrågningsunderlaget tydligt för att det inte ska uppkomma grunder för överprövning av upphandlingen.

6.6 Lågt anbud vid marknadsdominerande ställning

Den upphandlande myndigheten kan i dagsläget underlåta att kontrollera ett lågt anbud som en marknadsdominant inkommit med. Den nya regleringen i direktivet kommer dock förmodligen leda till en förändring. Detta i och med att den upphandlande myndigheten intar en mer aktiv roll gällande onormalt låga anbud då. Problematiskt i de fall då det rör sig om en marknadsdominant är att priset kan vara lågt tack vare marknadsdominansen men inte onormalt lågt. I dessa fall framstår det som svårare för den upphandlande myndigheten att agera och förkasta denna typ av anbud. Problemet att komma åt marknadsdominanter som stör konkurrensen genom att lägga låga anbud tack vare just sin dominans kanske inte kan nås via den nya regleringen kring onormalt låga anbud. Likabehandlingsprincipen ger möjlighet att behandla lika fall lika men även olika fall och förutsättningar därefter. En marknadsdominant bör således

kunna behandlas därefter. Likaså kan exempelvis krav uppställas i en upphandling¹⁴³ för att tillgodose villkor för små och medelstora företag, men utformningen av dessa måste tillgodose de upphandlingsrättsliga principerna.

Här är det viktigt att ha i åtanke både likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. Syftena med båda dessa principer är att verka konkurrensfrämjande och skapa en balans mellan anbudsgivare och upphandlande myndighet, men även anbudsgivare emellan. Lågt anbud vilket grundar sig i en marknadsdominant position får antas ha till syfte att ytterligare vinna kontrakt och utöka den befintliga verksamheten. Det försvårar på så vis för andra konkurrerande företag att slå sig in på vissa marknader och områden. Om, som ovan nämnt, ett anbudet inte är onormalt lågt utan endast lågt skulle det vara fördelaktigt om den upphandlande myndigheten i vissa fall kunde begära en rimlig förklaring till det låga anbudet. Förfrågan om förklaring måste stå i proportion till upphandlingens syfte och hanteringen av ett lågt anbud måste ske på ett likvärdigt sätt gentemot övriga anbud. Om det är tydligt konkurrensbegränsande bör den upphandlande myndigheten ges möjlighet att förkasta denna typ av anbud. Att förkasta anbud är enklare i de fall då tilldelningskriteriet är ”det ekonomiskt mest fördelaktiga”. Har den upphandlande myndigheten valt lägsta pris som utvärderingsmodell och tilldelningsgrund saknas en tydlig möjlighet att välja annan anbudsgivare än den marknadsdominanta.

Att den marknadsdominanta som inkommit med ett lågt anbud ska anses ha begått fel i yrkesutövning och på så vis kan tänkas få svårt att delta i upphandlingar under den närmsta framtiden är ett tydligt men ganska hårt straff. Fördelen kan tänkas vara den avskräckande effekten men nackdelen är att det läggs stort ansvar på den upphandlande myndigheten att avgöra

¹⁴³ Jämför KamR i Stockholm mål nr 4283-08.

var gränsen går mellan ett anbud och ett för lågt anbud. Om en marknadsdominant inkommer med ett anbud finns risken att denne, i och med den nya regleringen, kontrolleras särskilt. Vilket således inte garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas likvärdigt. Dessutom måste en tydlig gränsdragning ske för när ett anbud är för lågt och när det är godtagbart. Gränsdragningen blir självfallet en in casu-bedömning. Om en tydlig gränsdragning inte kan genomföras kan ett förkastande av ett lågt anbud inte sägas stå i proportion till det som upphandlas.

Även sett till den av kommissionen framlagda 2020-strategin bör möjligheten att begränsa marknadsdominantas utökade ställning ses som ett hot mot små och medelstora företag. En hållbar ekonomisk tillväxt bör gynnas av fler företag och en sund konkurrens. Därav vikten att använda tillgängliga medel för att skapa en jämn balans på marknaden och även under själva upphandlingsförfarandet. Den upphandlande myndigheten kommer generellt sätt att få ökade möjligheter att utesluta anbudsgivare, som vid exempelvis snedvridning av konkurrens vid överenskommelse med annan anbudsgivare eller annat företag.

Användandet av proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen möjliggör för den upphandlande myndigheten men även för anbudsgivarna att tydligt och klart se och följa de regler som finns. Det ger även en möjlighet att begränsa för marknadsdominanta att lägga låga anbud som omöjliggör för små och medelstora företag att konkurrera på lika villkor.

Även den nya möjligheten att dela upp kontrakt ger små och medelstora företag en större möjlighet att konkurrera med dominerande företag. Då detta är en konkurrensfrämjande nyhet är det av vikt att de upphandlande myndigheterna iakttar proportionalitetsprincipen. En uppdelning av kontraktet för att tillgodose små och medelstora företags villkor måste stå i proportion till det mål och syfte upphandlingen har. Anbudsgivare ska

behandlas likvärdigt vid upphandlingsförfarandet men anbudsgivarnas olika förutsättningar får tas i beaktande för att det de facto ska bli en likvärdig prövning av anbudsgivarna.

6.7 Lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud

Lagrådsremissen och det nya direktivet innebär en möjlighet till beräkning av livscykelkostnader¹⁴⁴ vilket i direktivet har öppnat en möjlighet för regeringen att begränsa möjligheten att använda lägsta pris som tilldelningsgrund och istället möjliggöra för en bredare användning av tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

Gällande urvalsmetod och tilldelningsgrund är lägsta pris ett enkelt och tydligt val. Att överpröva på denna grund kan en anbudsgivare såklart göra om den anser att anbudet blivit förkastat på felaktigt sätt men det anbud som har lägst pris och uppfyller samtliga skall-krav etc. ska antas. Om tillvalsgrunden är ekonomiskt mest fördelaktiga kan, enligt min mening, den upphandlande myndigheten på ett enklare sätt få den efterfrågade varan eller tjänsten till en önskvärd kvalité utan extrakostnader men däremot så öppnar den upphandlande myndigheten upp för överprövning. Principen om likabehandling kan lättare tillgodoses än proportionalitetsprincipen i dessa fall för samtliga urval, begränsningar och poäng som ska tilldelas. Detta då en otydlig poängtilldelning kommer kunna ifrågasättas och de urval som där genomförs måste stå i rimlig proportion till upphandlingsföremålet och de kriterier som värdesätts.

¹⁴⁴ Jämför ovan under 5.2.1.2

6.8 Avslutande kommentarer

Likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen är tydligt välutvecklade principer i den svenska och europeiska rättspraxisen. En vidareutveckling av principerna kommer onekligen att ske då lagstiftningen på området förändras. Ur ett praktiskt perspektiv kan det principerna uppfattas som avlägsna. Men om principerna inte iaktas av den upphandlande myndigheten kommer och bör upphandlingen överprövas. Ett iakttagande under samtliga faser av upphandlingen ger en god grund för en konkurrensnära genomförd upphandling. De nya möjligheterna (jämför kapitel 6.5, 6.6 och 6.7) medför en större tydlighet från myndigheternas sida för att undvika överprövning.

Jag anser att ett beaktande av principerna inte bör vålla något större praktiskt problem. Av den praxis jag gått igenom ser jag däremot att den upphandlande myndigheten skulle vinna mycket på att genomgående agera tydligt, medvetet och principfast. Se över förfrågningsunderlag som använts i tidigare upphandlingar för att se över brister och otydligheter, även om just detta förfrågningsunderlag inte överprövats och dra lärdom av dessa. Att på ett tydligt och likvärdigt sätt kommunicera till samtliga berörda parter. Att vid genomförande av åtgärder, där tanken är att möjliggöra för positiva förändringar, se till de konsekvenser åtgärden medför innan krav medför restriktioner för anbudsgivarna som inte alltid är proportionerliga. Med detta i åtanke finns goda grunder för genomförande av ett bra och principenligt upphandlingsförfarande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

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

Prop. 2009/10:180 – Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.

SOU

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

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

Lagrådsremisser

Lagrådsremissen – *Nytt regelverk om upphandling*

EU

Direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av byggtreprenader.

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling av tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten.

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 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, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

EU-kommissionens tolkningsmeddelande

Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 2000-04-29

Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661, 2008-02-05

Kommissionens meddelande ”*Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*”, KOM(2010) 2020 slutlig, 2010-03-03

Kommissionens meddelande ”*Inre marknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden:*

Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt”, KOM(2011) 206 slutlig,
2012-01-28

Litteratur

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

Barnard, Catherine, Albors Llorens, Albertina, Gehring, Marcus, Schütze, Robert, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 15, 2012-2013, Oxford 2013

De Búrca, Gráinne, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law, vol. 13, Oxford 1993

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm 2011

Hartley, T.c., *The Foundations of European Community Law*, 5 upplagan, Oxford University Press, 2003

Hettne Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011

Hentze, Margareta, Sylven, Hans, *Offentlig Upphandling – kommentarer*, 1998, 1:3 uppl, Nordstedts Juridik, Stockholm 1998

Lenaerts P van Nuffel, K, *Constitutional Law of the European Union*, London 1999

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Fritzez Förlag AB, Stockholm, 1995

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Piper, Catharina, *Lagen om offentlig upphandling - en kommentar*, upplaga 2:1, Norstedts Juridik AB, Finland 2015

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material*,

metod och argumentation, 2:a upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2007

Ulfsdotter Forssell, Anna, *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 1 kap 9 §*, Lexino 2013-05-01

Publikationer

Artiklar

Harbo Tor-Inge, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law* European Law Journal, Vol. 16, No. 2, March 2010, pp. 158–185

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk Juristtidning, 2004

Maliszewska-Nienartowitz, Justyna, *The principle of proportionality in the European community law - general characteristics and practical application*, UDK: 34:061.1 (4) EU

(Artikeln finns att tillgå här på engelska:

https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Maliszewska-Nienartowitz_Proportionality_in_EU_Law.pdf hämtad 2016.01.02 och här finns originalversionen på polska: http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/1-2006_Maliszewska.pdf -hämtad 2016.01.02)

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

Roglert, Magnus, *Onormalt lågt anbud och missbruk av marknadsdominerande ställning*, UrT, Malmö 2015

Yttranden och beslut

Konkurrensverket

Konkurrensverkets yttrande 2007-11-16, dnr 494/2007

Konkurrensverkets yttrande 2009-11-26, dnr 387/2009

Nämnden för offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling, 2006-05-08, dnr 2005/0138-21

Övrigt material

<http://www.konkurrensverket.se/forskning/radet-for-forskningsfragor/>

(hämtad 2016-01-02)

<http://upphandling24.se/miljoner-till-ny-forskning-inom-upphandling/>

(hämtad 2016-01-02)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-15/83 Denkavit Nederland BV, ECLI:EU:C:1984:183

C-19/00 SIAC Construction, ECLI:EU:C:2001:553

C-21/03 och C-34/03 Fabricom, ECLI:EU:C:2005:127

C-59/00 Vestergaard, ECLI:EU:C:2001:654

C-66/82 Forma, ECLI:EU:C:1983:42

C-87/94 Vallonska bussarna, ECLI:EU:C:1994:166

C-91/08 Wall, ECLI:EU:C:2010:182

C-120/78 Cassis de Dijon, ECLI:EU:C:1979:42

C-147/06 och 148/06 SECAP, ECLI:EU:C:2008:277

C-213/07 Michaniki, ECLI:EU:C:2008:731

C-234/03 Contse, ECLI:EU:C:2005:644

C-243/89 Stora Bält, ECLI:EU:C:1993:257

C-304/01 Kommissionen mot Spanien, ECLI:EU:C:2004:495

C-324/98 Telaustria et Telefonadress, ECLI:EU:C:2000:669

C-331/88 Fedesa, ECLI:EU:C:1990:391

C-336/12 Manova A/S, ECLI:EU:C:2013:647

C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH, ECLI:EU:C:2003:651

C-454/06 Priesetext, ECLI:EU:C:2008:351

C-470/99 Universale-Bau AG, ECLI:EU:C:2002:746

C-496/99 Succhi di Frutta, ECLI:EU:C:2002:610

C-513/99 Concordia Bus Finland, ECLI:EU:C:2002:495

C-532/06 Lianakis, ECLI:EU:C:2008:40

C-599/10 SAG ELV Slovensko, ECLI:EU:C:2012:191

Förslag till avgöranden

Kommissionen mot Belgien, Förslag till avgörande av generaladvokat Carl Otto Lenz föredraget den 12 september 1995

Sverige

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2002 ref 50, dom 2002-06-13

RÅ 2009 ref 69, dom 2009-11-13

RÅ 2010 ref 78, dom 2010-10-18

HFD 2012 ref 48 (I och II), dom 2012-09-14

HFD mål nr 555-15, beslut 2015-04-22

HFD mål nr 2691-15, beslut 2015-07-10

HFD mål nr 6159-6160-14, beslut 2015-02-06

HFD mål nr 6578-14, beslut 2015-02-06

HFD mål nr 6579-14, beslut 2015-02-06

Hovrätten

Svea HovR mål nr T 567-02, dom 2003-06-19

Kammarrätten

KamR i Göteborg mål nr 872-12, dom 2012-05-22

KamR i Göteborg mål nr 1336-14, dom 2014-06-16

KamR i Göteborg mål nr 1404-12, dom 2012-07-25

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

KamR i Göteborg mål nr 2357-11, dom 2011-05-18

KamR i Göteborg mål nr 3309-13, dom 2013-10-31

KamR i Göteborg mål nr 3467-13, dom 2013-09-10

KamR i Göteborg mål nr 3659-13, dom 2013-09-25

KamR i Göteborg mål nr 3952-14, dom 2014-11-12

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

KamR i Göteborg mål nr 4475-07, dom 2007-11-01

KamR i Göteborg mål nr 5293-10, dom 2011-03-21

KamR i Göteborg mål nr 6417-6422-10, dom 2011-07-15

KamR i Göteborg mål nr 7554-13, dom 2014-02-27

KamR i Jönköping mål nr 568-570-08, dom 2008-06-26

KamR i Jönköping mål nr 1245-13, dom 2013-09-02

KamR i Jönköping mål nr 1472-1474-11, dom 2011-09-23

KamR i Jönköping mål nr 2449-10, dom 2010-10-28

KamR i Jönköping mål nr 3005-12, dom 2013-02-13

KamR i Jönköping mål nr 3274-10, dom 2011-01-27

KamR i Stockholm mål nr 114-116-12, dom 2012-05-23

KamR i Stockholm mål nr 126-14, dom 2014-06-09

KamR i Stockholm mål nr 2391-12, dom 2012-08-28

KamR i Stockholm mål nr 1503-13, dom 2013-10-15

KamR i Stockholm mål nr 1547-14, dom 2014-06-27

KamR i Stockholm mål nr 4214-05, dom 2005-10-13

KamR i Stockholm mål nr 4283-08, dom 2008-12-30

KamR i Stockholm mål nr 4846-09, dom 2009-10-27

KamR i Stockholm mål nr 5042-08, dom 2008-10-07

KamR i Stockholm mål nr 5451-12, dom 2012-10-29

KamR i Stockholm mål nr 5913-10, dom 2011-02-18

KamR i Stockholm mål nr 6065-04, dom 2004-11-15

KamR i Stockholm mål nr 6435-07, dom 2008-03-12

KamR i Stockholm mål nr 6806-14, dom 2015-01-22

KamR i Stockholm mål nr 8202-09, dom 2010-04-22

KamR i Stockholm mål nr 8457-08, dom 2009-01-13

KamR i Sundsvall mål nr 652-15, dom 2015-04-20

KamR i Sundsvall mål nr 1885-07, dom 2007-10-04

KamR i Sundsvall mål nr 2458-11, dom 2011-12-20

KamR i Sundsvall mål nr 2767-09, dom 2009-12-15

KamR i Sundsvall mål nr 2768-09, dom 2009-12-15