

Institutionen för handelsrätt vid Ekonomihögskolan

HARH01 Affärsjuridisk kandidatkurs med examensarbete, 15 hp

# Intressekonflikter i offentlig upphandling

---

- Har Sverige implementerat artikel 24 i upphandlingsdirektivet i enlighet med EU:s syfte?



**LUNDS UNIVERSITET**  
Ekonomihögskolan

**Oscar Lewin**  
**Vårterminen 2017**

Handledare: Marie Appelstrand

# Innehållsförteckning

<b>1. Inledning</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	10
1.3 Frågeställning	10
1.4 Metod och material	11
1.4 Avgränsningar	13
1.5 Forskningsläget	14
1.6 Disposition	15
<b>2. Begreppsdefinitioner</b>	<b>16</b>
2.1 Inledning	16
2.2 Korruption	16
2.3 Intressekonflikter	18
2.4 Vänskapsrelationer m.m	18
2.5 Upphandlande myndighet	19
2.5.1 Rättsfall – offentligt styrt organ	20
2.5.2 Akademiska Hus AB	20
2.5.3 Svenska Spel	21
2.5.4 Systembolaget	22
2.6 Myndighetsutövning	23
2.6.1 Upphandling – ej myndighetsutövning?	24
2.7 Historisk återblick	25
<b>3. Jävsregleringen</b>	<b>29</b>
3.1 Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv	29
3.2 Direktiv 2014/24/EU	32
3.3 Regeringens proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling	33
3.3.1 Grundläggande principer för offentlig upphandling	36
3.3.2 C-538/13 eVigilo Ltd	38
3.3.3 Förvaltningslagen	40
3.3.4 Kommunallagen	41
3.3.5 Upphandlingsmyndighetens uppdrag	42
3.4 Remissyttranden	44
<b>4. Analys och slutsats</b>	<b>47</b>
4.1 Analys	47
4.2 Slutsatser	49
<b>Källförteckning</b>	<b>51</b>

## Förkortningar

BrB	Brottsbalken (1962:700)
BNP	Bruttonationalprodukten
Ds	Departementsserien
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FL	Förvaltningslagen (1986:223)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Kommunallagen (1991:900)
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

## **Förord**

Många är de personer som på olika sätt bidragit till att denna uppsats kunnat färdigställas och för det förtjänar ett stort tack. Familj, vänner och kursare har under uppsatsens skrivande på olika sätt varit uppmuntrande. Framförallt ska lillebror och blivande stjärnjuristen Gustav tackas för hjälp med korrläsning och viktiga synpunkter. Tackas bör även min handledare Marie Appelstrand som alltid varit tillgänglig och kommit med konkret och bra feedback.

Sist men inte minst vill jag också tacka en rad personer som via email ställt upp och bollat idéer vid valet av detta intressanta ämne för uppsatsen. Tack därför till Jur. dr Andrea Sundstrand, Kristian Pedersen, Gustaf Strand, Linnea Lindberg.

Tackas ska även du som tar dig tid att läsa hela eller delar av denna uppsats!

Oscar Lewin

Lund, maj 2017

## Sammanfattning

Syftet med offentlig upphandling är att offentliga medel ska användas på ett så effektivt och konkurrensfrämjande sätt som möjligt. Det är viktigt att upphandling genomförs affärsmässigt samt att fri rörlighet för varor och tjänster inom EU främjas. Som medlemsstat i EU är Sverige skyldigt att harmonisera svensk lagstiftning med EU-rätt. Efter att ha läst Andrea Sundstrands artikel *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling* i Upphandlingsrättslig Tidskrift ter det sig inte helt klart att Sverige verkligen implementerat upphandlingsdirektivet fullt ut enligt EU:s syfte. Frågan kunde i vart fall vara föremål för vidare utredning. Regeringen menar att man genom annan lagstiftning samt med andra metoder fullgör sina åtaganden gentemot EU. Efter att ha närmare granskat frågan ter det sig fortfarande inte helt klart att Sverige uppfyller kraven. Rättsläget är på intet sätt fastslaget och regeringens bedömning skiljer sig från remissinstansernas. Frågan torde vara föremål för fortsatta utredningar av regeringen även framgent.

# 1. Inledning

## 1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling utgörs av de förfaranden som upphandlande myndigheter genomför i syfte att tilldela kontrakt eller ingå ramavtal avseende tjänster, varor eller byggtreprenader inom den klassiska sektorn.<sup>1</sup> Offentlig upphandling i Sverige omsätter årligen omkring 634 miljarder kronor, vilket motsvarar en femtedel av landets BNP.<sup>2</sup> Det är således tämligen enkelt att inse vikten av en fungerande upphandlingsapparat.

Som medlemsstat i EU är Sverige skyldigt att harmonisera upphandlingslagstiftningen med EU:s upphandlingsdirektiv. Under år 2014 beslutade EU om tre nya upphandlingsdirektiv. Ett klassiskt direktiv, ett försörjningsdirektiv och ett koncessionsdirektiv. I denna uppsats kommer emellertid enbart det klassiska direktivet dryftas. Syftet med de nya direktiven är att använda offentliga medel effektivare samt att se till att upphandlade myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt för att på så vis uppnå gemensamma mål. Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv innehöll dessutom kompletterande mål. Bland annat att med de nya upphandlingsdirektiven åstadkomma enklare och mer flexibla regler, vilket skulle tjäna till ökad effektivitet i de offentliga utgifterna för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat.

I skälen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (hädanefter upphandlingsdirektivet) framgår att EU:s medlemsstaters upphandlande myndigheters offentliga upphandling måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. De principer som är särskilt viktiga att iaktta är de om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet samt frihet att tillhandahålla tjänster. Av dessa principer följer även grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet samt öppenhet.<sup>3</sup>

Offentlig upphandling har en nyckelroll i den av EU-kommissionen meddelade 2020-strategin. Strategin är ett marknadsinstrument som syftar till att uppnå smart och hållbar

---

<sup>1</sup> Andrea Sundstrand *Offentlig upphandling – en introduktion* 2013 s.16

<sup>2</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/>

<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG 1 skalet

tillväxt för alla. Dessutom syftar strategin till att säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt.<sup>4</sup> Vidare framgår av skälen till upphandlingsdirektivet att upphandlande myndigheter bör utnyttja alla medel som står till förfogande enligt nationell rätt för att förhindra snedvridning av konkurrensen som kan uppstå i offentlig upphandling till följd av intressekonflikter.

Artikel 24 i det nya upphandlingsdirektivet reglerar intressekonflikter. Några sådana bestämmelser fanns inte med i lag (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU), vilket tidigare kritiserats av bland andra jur. dr Andrea Sundstrand.<sup>5</sup> När lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft saknades fortfarande bestämmelser om intressekonflikter. Denna företeelse kommer vara föremålet för uppsatsen.

Sverige ligger emellertid bra till i internationella mätningar och anses vara ett relativt korruptionsbefriat land. I undersökningar genomförda av Transparency Internationals rankades Sverige som det fjärde minst korrupta landet i världen.<sup>6</sup> Trots att korruptionen är relativt låg i Sverige, är korruptionsbrottsligheten fortfarande ett problem. Det finns exempel på misstänkt eller konstaterad korruption inom såväl näringsliv som inom den offentliga sektorn.<sup>7</sup> Därför finner jag det intressant att närmare undersöka betydelsen av att uttryckliga bestämmelser om intressekonflikter saknas i svensk upphandlingslagstiftning.

ÄLOU kritiserades på grund av att uttryckliga jävsbestämmelser saknades av bland annat både lagrådet och Jur. dr Andrea Sundstrand.<sup>8</sup> Istället hanterades jäv i upphandlingsärenden med bestämmelser i 11 § förvaltningslagen (1986:223) (FL) samt med 6 kap. 24–27 §§ kommunallagen (1991:900) (KL). Dessa generella bestämmelser om jäv gäller vid alla typer av ärendehantering för personer som är beslutande och föredragande, samt för personer som på ett eller annat sätt medverkat till ett beslut, oavsett om denne deltagit vid den slutgiltiga behandlingen. Däremot finns det ett antal upphandlande organ, såsom statliga och kommunala bolag, som inte omfattas av bestämmelserna i vare sig FL eller KL. Således konstaterar

---

<sup>4</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG 2 skälet

<sup>5</sup> UrT, 2014 nr.1 Andrea Sundstrand, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, s. 58

<sup>6</sup> Transparency International, Corruption Perceptions Index 2012, s 5

<sup>7</sup> Vänskapsrelationer – ett kryphål i brottsbalken? JT Nr 2 2013/14 s. 478

<sup>8</sup> Prop. 2006/07:128 s. 598

Sundstrand att regleringen av jäv i offentlig upphandling innehåller stora brister. Häri låg den största kritiken mot regleringen av jäv i offentlig upphandling.<sup>9</sup>

Upphandlingsdirektiven ålägger medlemsstaterna att se till att upphandlande myndigheter förebygger, identifierar och avhjälper intressekonflikter som kan uppstå under ett upphandlingsförfarande. Det finns emellertid inte krav på att detta ska ske genom bestämmelser i nationell upphandlingslagstiftning. De situationer med otillåtna intressekonflikter som omnämns i direktivet måste dock vara reglerade i nationell lagstiftning. Regleringen måste således inte ske genom lagstiftning, utan kan ske med annan typ av åtgärd. En första åtgärd som en upphandlande myndighet bör vidta är att ålägga sin personal att uppge om en intressekonflikt avseende någon potentiell leverantör föreligger. På liknande sätt kan potentiella leverantörer genom förfrågningsunderlag tvingas uppge om intressekonflikt föreligger med den upphandlande myndigheten. Skulle en jävssituation trots det uppstå är det rimligt att berörda personer utesluts från upphandlingsförfarandet.<sup>10</sup>

Regeringen har i prop. 2015/16:195 anfört att Sverige genom grundläggande principer, jävsbestämmelser i FL och KL samt uppdrag till Upphandlingsmyndigheten uppfyller de krav som åläggs medlemsstaterna vad gäller intressekonflikter som återfinns i artikel 24 i upphandlingsdirektivet.<sup>11</sup> I nämnd prop. har remissyttrandena emellertid skiljt sig åt. Ekonomistyrningsverket (ESV), Stockholms läns landsting, Sveriges offentliga inköpare (SOI) och Svensk kollektivtrafik instämmer i utredningens bedömning. Gotlands kommun, Lantbrukarnas riksförbund, Advokatfirman Delphi, Foyen advokatfirma samt Advokatfirman Lindahl var av en annan uppfattning, nämligen att direktivens bestämmelser borde implementerats i LOU.

Ur ovan nämnda prop. framgår att regeringen delar utredningens uppfattning om att särskilda bestämmelser om intressekonflikter inte bör genomföras i upphandlingslagstiftningen. Regeringen lutar sig mot det faktum att upphandlande myndighet måste iakttä allmänna principer för upphandling, särskilt nämns likabehandlingsprincipen<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> UrT, 2014 nr.1 Andrea Sundstrand, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, s. 58

<sup>10</sup> UrT, 2014 nr.1 Andrea Sundstrand, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, s. 62

<sup>11</sup> Prop. 2015/16: 195 Nytt regelverk om upphandling s. 469

<sup>12</sup> UrT 2016 nr 4, Mikael Engström *Korruption i offentlig upphandling*, s.324



Av likabehandlingsprincipen följer en skyldighet för upphandlande myndighet att kontrollera, förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa.<sup>13</sup>

Vidare fäster regeringen stor vikt kring de jävsbestämmelser som finns i både FL och KL. Regeringen menade vidare att jävsbestämmelserna i FL är mer omfattande än de som står i upphandlingsdirektivet. Regeringen fann det olyckligt att jävsfrågor skulle behandlas annorlunda i upphandlingsärenden jämfört med övriga ärenden, vilket man menade skulle bli fallet om jävsbestämmelser infördes i nya LOU.<sup>14</sup>

När det gäller KL ansåg regeringen även här att jävsreglering motsvarar direktivens krav när det kommer till handläggningen av upphandlingsärenden. Även i detta fall vore det olyckligt med en annorlunda reglering i upphandlingslagstiftningen. Regeringen menade att det vore lämpligare att låta upphandlingsmyndigheten vägleda de kommunala myndigheterna om hur KL:s jävsbestämmelser bör tillämpas i upphandlingsärenden.<sup>15</sup>

Regeringen sammanfattade sin bedömning med att man ansåg att befintlig lagstiftning, kompletterat med uppdraget till Upphandlingsmyndigheten, innebär att Sverige uppfyller direktivens krav.

---

<sup>13</sup> Mål C-538/13 eVigilo p. 47

<sup>14</sup> Prop. 2015/16:195 s. 472

<sup>15</sup> A.a s. 472

## 1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att närmare utreda och analysera de begrepp som kan härledas till osunda förfaranden i offentlig upphandling. Framförallt kommer Sveriges implementering av artikel 24 i upphandlingsdirektivet granskas. Tanken är att undersöka om Sverige verkligen implementerat artikeln i enlighet med EU:s syfte. Avsikten är vidare att undersöka och beskriva hur man i svensk lagstiftning angriper eventuella intressekonflikter i offentlig upphandling.

## 1.3 Frågeställning

Frågorna denna uppsats ämnar besvara blir således:

- Har Sverige implementerat upphandlingsdirektivet i enlighet med EU:s syfte?
- Varför anses inte uttryckliga jävsbestämmelser behövas i LOU?
- Vilka eventuella argument finns för att införa jävsbestämmelser i svensk upphandlingslagstiftning?

*Frågeställningen kommer att besvaras i uppsatsens analysdel*

## 1.4 Metod och material

I arbetet med att besvara uppsatsens frågeställningar kommer rättsdogmatisk metod användas. Syftet med traditionell rättsdogmatisk metod är att fastställa gällande rätt med utgångspunkt ur traditionella, relevanta rättskällor. Rättskällorna som undersöks är förarbeten, lagar, praxis och doktrin. Av rättskällevärdet framgår att rättskällorna har olika dignitet och ska värderas utifrån denna hierarkiska ordning. Lagar, förarbeten och rättspraxis används för att analysera *de lege lata*, medan doktrin är mer av kompletterande karaktär. Lagtext är den rättskälla med högst dignitet men även förarbeten har stort inflytande på rättstillämpningen då domstolspraxis gett förarbetena en närmast självständig auktoritet.<sup>16</sup>

Traditionellt sett utgår den rättsdogmatiska metoden alltid från en konkret frågeställning. Med hjälp av densamma analyseras rättsläget och i ett senare skede presenteras slutsatsen baserad på den frågeställning som valts.<sup>17</sup>

Offentlig upphandling är i stor utsträckning präglad av EU:s bindande rättsakter.<sup>18</sup> Det är således av stor vikt att granska de EU-rättsliga direktiv som ligger till grund för den svenska lagstiftningen. Vid sidan av direktiven är det nödvändigt att också se till EU-domstolens rättspraxis. Denna praxis är mer än ett komplement till den redan skrivna rätten. Detta eftersom rättspraxis är direkt tillämplig och bindande för medlemsstaterna, dessutom ger den vägledning kring hur EU-direktiv ska tolkas.<sup>19</sup> Användandet av material från unionsrätten kräver att även EU-rättslig metod används. Den EU-rättsliga metoden innebär annorlunda tolkningsprinciper samt annan rättskällevärdet. Inom EU-rätten används teleologisk tolkning vilket innebär att bestämmelser ska tolkas mot bakgrund av sitt syfte beaktat av sammanhanget. I svensk rätt framgår syftet i förarbeten. Vidare ges inte allmänna rättsprinciper lika stor roll vid tolkningen av svensk lagstiftning som när EU-rätten ska tolkas.

20

---

<sup>16</sup> Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.) Juridisk metodlära, Lund 2014. s. 33

<sup>17</sup> A.a s. 23

<sup>18</sup> Reichel, Jane. "EU-rättslig metod" i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red), Juridisk metodlära, s. 116

<sup>19</sup> Hettne och O. Eriksson (red.), 2011, *EU-rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättstillämpnings*. 49.

<sup>20</sup> Hettne och O. Eriksson s. 36

Materialet som använts vid författandet av denna uppsats är förutom det EU-rättsliga materialet i form av direktiv även svensk lagtext med tillhörande förarbeten. Upphandlingsdirektivet kan sägas vara det som ligger till grund för hela uppsatsen. Utöver material från både propositioner, statens offentliga utredningar, departementsserien, lagrådsremisser, remissyttranden har också myndighetsrapporter och JO-avgöranden använts. Vidare har även praxis från både EU-domstolen och svenska domstolar gått igenom. Därutöver har relevant doktrin i form av litteratur samt en rad artiklar varit till stor nytta.

Sedan LOU trädde i kraft vid årsskiftet har inte särskilt mycket nytt material publicerats. Direktivets effekter på svensk lagstiftning har ännu inte hunnit dryftas nämnvärt.

Det medför att underlaget är tunt och relevanta nationella rättsfall saknas. Över huvud taget tar inte HFD upp särskilt många upphandlingsmål till prövning, vilket medför att underinstansernas domar får ett något högre värde än vanligt.<sup>21</sup> Däremot har vid skrivandet av uppsatsen äldre rättsfall använts. I avsaknad av rättspraxis måste stort fokus hamna på de förarbeten och remissyttranden som finns att tillgå. Dessa förarbeten är: Prop. 2015/16:195 ”Nytt regelverk om offentlig upphandling”, Ds 2014:25 ”Nya regler om upphandling” samt SOU 2014:51 ”Nya regler om offentlig upphandling”. Även kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv tar plats bland materialet som ligger till grund för uppsatsen. Stort värde för uppsatsen får regeringens förarbeten till den nya upphandlingslagstiftningen. Därutöver måste även de argument som remissinstanserna anfört, utvecklas. I arbetet med att få fram dessa remissyttranden har kontakt med finansdepartementet tagits. På samma gång som det bristfälliga underlaget försvårar arbetet medför det också att nyhetsvärdet blir desto större.

Rättsfall på EU-nivå som har stor betydelse för uppsatsämnet är framförallt eVigilo-domen men till viss del även Fabricom-domen som egentligen handlar om jäv på leverantörssidan. Dessa domar är vägledande kring hur EU-domstolen tolkar allmänna principer.

---

<sup>21</sup> SOU 2013:12 s. 349

## 1.4 Avgränsningar

Offentlig upphandling har lång sträckvidd. Det är således nödvändigt att begränsa omfattningen på flera sätt för att kunna hantera ämnet inom tidsmässig och omfångsmässig ram. Det kan under processen med uppsatsen vara lockande att plocka in olika delar rörande offentlig upphandling. Därför är det viktigt att med hjälp av uppsatsens syfte och frågeställning precisera vilka delar av ämnet som ämnas analyseras. Det är enbart jävsproblematiken i offentlig upphandling och Sveriges implementering av jävsbestämmelserna i upphandlingsdirektivet som ligger till grund för uppsatsen. För att än mer avgränsa ämnet kommer endast jävsproblematiken ur ett myndighetsperspektiv att studeras. Det innebär att jävsförhållanden som ligger på leverantörernas sida bara kommer behandlas i korta ordalag. I huvudsak kommer uppsatsen begränsas till att endast omfatta offentlig upphandling ur svensk synvinkel. Däremot måste även, i egenskap av EU-medlemsland, de gemensamma regler och principer som styr upphandlingar i EU, iakttas. Nästa avgränsning blir att helt bortse från bestämmelser i BrB. Således kommer brott såsom trolöshet mot huvudman (BrB 10 kap. 6 §), mutbrott (BrB 10 kap. 5a–5c §§), bedrägeri (BrB 9 kap. 1 §) och förskingring (BrB 10 kap. 1 §), lämnas helt utan hänseende. Att helt bortse från bestämmelser i BrB faller sig naturligt då denna uppsats är författad vid intuitionen för handelsrätt på Ekonomihögskolan vid Lunds Universitet.

I svensk rätt finns numera flera områdesspecifika lagar rörande offentlig upphandling. Tidigare LOU och LUF ersätts av två nya lagar, baserade på nya EU-direktiv. Lagarna kommer i stort vara strukturerade på samma sätt som tidigare. Utöver dessa förändringar tillkommer en helt ny lag, LUK, som avser tilldelning av bygg—och tjänstekoncessioner. Vad gäller LUF och LOV har här inte skett några förändringar. Lagarna är emellertid under översyn och förändringar kan komma att ske. Denna uppsats tar emellertid endast sikte på upphandling inom den klassiska sektorn, vilket innebär att enbart LOU kommer behandlas i uppsatsen.

## 1.5 Forskningsläget

Som tidigare nämnts är forskningen kring offentlig upphandling begränsad. I synnerhet gäller detta forskning kring hur de nya upphandlingsdirektiven kommer att påverka svensk upphandlingslagstiftning. Det gör förarbetena än viktigare för uppsatsen. Det finns emellertid ett par aktörer som gör stor nytta för forskningen på området. Bland annat har Jur. dr Andrea Sundstrand publicerat artiklar i både Upphandlingsrättslig tidskrift (UrT) och Juridisk Tidskrift (JT). Särskilt viktiga för denna uppsats blir hennes båda artiklar ”Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling” i UrT<sup>22</sup> och ”Offentlig upphandling och korruption” i JT<sup>23</sup>. Även Mikael Engströms artikel ”Korruption i offentlig upphandling” i UrT<sup>24</sup>.

Den nyligen inrättade Upphandlingsmyndigheten (2015) har som uppdrag att bistå regeringen med underlag för utvecklingen av upphandling samt vägleda myndigheter. Man vill genom att samla in, utveckla, förvalta och sprida statistik om upphandling verka för relevant forskning på området. Både SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling* (även kallad genomförandeutredningen) och Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling* ger en bra bild över hur lagstiftningen är ämnad att implementeras i svensk nationell rätt. Dessa båda förarbeten kommer spela stor roll för denna uppsats.

Rapporterna ”*Osund konkurrens i offentlig upphandling*” om lagöverträdelser som konkurrensmedel, utgiven av Konkurrensverket 2013 samt ”*Att förebygga korruption- i offentlig upphandling*”, utgiven av upphandlingsstödet vid kammarkollegiet (senast reviderad 2014) behandlar upphandling på ett pedagogiskt vis. Även nyhetssidor som upphandling24.se och JPinfonet bidrar genom analyser, referat och artiklar till ökade kunskaper.

Vad gäller doktrin om upphandling i allmänhet finns en del upplysande litteratur. En del litteratur har använt i syfte av att fördjupa kunskaperna om upphandling utan att sedan hänvisats till i texten. Bland annat Andrea Sundstrands ”Offentlig upphandling: en introduktion”. Niclas Forsbergs ”Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV”. ”Lagen om offentlig upphandling: en kommentar” av Helena Rosén Andersson m.fl. Jan-Erik Falks bok ”lag om offentlig upphandling – en kommentar”.

---

<sup>22</sup> Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling UrT 2014 nr. 1

<sup>23</sup> Offentlig upphandling och korruption JT nr 1 2014/2015

<sup>24</sup> Korruption i offentlig upphandling UrT 2016 nr. 4

## 1.6 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i fyra delar. Det första avsnittet utgörs av inledningen där läsaren introduceras för ämnet och förhoppningsvis lockas till vidare läsning. Därefter följer syfte och frågeställning med uppsatsen. Tanken är här att precisera vad uppsatsen avser att besvara. I metod- och materialdelen beskrivs hur arbetet med uppsatsen är upplagt och med hjälp av vilket material uppgiften skall besvaras. Därefter följer en kortare beskrivning om forskningsläget, följt av vilka avgränsningar som kommer att göras för att begränsa uppsatsämnet.

I det andra avsnittet är avsikten att på ett pedagogiskt och konkret vis beskriva de grundläggande begrepp som uppsatsen tar sikte på senare. Här kommer begrepp som osund konkurrens, korruption, jäv, vänskapsrelationer, upphandlande myndighet, myndighetsutövning ur upphandlingsrättslig synvinkel förklaras. Dessutom sker en kortare historisk återblick på svenska upphandlingsregler.

I det tredje avsnittet sker en genomgång av regleringen av jäv. De delar av kommissionens förslag till upphandlingsdirektiv följt av det slutgiltiga upphandlingsdirektivet som har relevans för uppsatsämnet behandlas. Även de delar av propositionen till nya LOU som rör jävsbestämmelser dryftas. I propositionen argumenterar regeringen för varför det inte anses nödvändigt eller lämpligt att i svensk upphandlingslagstiftning införa jävsbestämmelser. Regeringen menar att kraven uppfylls med andra bestämmelser och metoder. Det handlar om både grundläggande principer, bestämmelser i FL och KL samt Upphandlingsmyndighetens uppdrag. Dessutom presenteras ett avgörande från EU-domstolen som har stor inverkan på hur de grundläggande rättigheterna ska tolkas. Slutligen redogörs för den kritik som remissinstanserna framfört mot saknaden av jävsbestämmelser.

Uppsatsens fjärde och avslutande del utgör analysdelen. Avsikten är att uppsatsen summeras och frågeställningarna besvaras. Här kommer även egna tankar och slutsatser presenteras.

## 2. Begreppsdefinitioner

### 2.1 Inledning

En viktig del av denna uppsats är att bena ut de många begrepp som är kopplade till osunda förfaranden i offentligt upphandling. Just osunda förfaranden skulle kunna sägas vara ett samlingsbegrepp för de många olika typer av förfaranden som riskerar att snedvrída konkurrensen i samband med offentlig upphandling. Till exempel bör påpekas att det i upphandlings-direktivet är intressekonflikt det begrepp som används. I förarbetena till LOU är istället jäv det begrepp som används. Många typer av otillbörliga förfaranden kan vara både svåra att upptäcka och beivra. I detta avsnitt är avsikten att läsaren ska få överblick över de begrepp som har en central roll i denna uppsats.

### 2.2 Korruption

Även om principen om opartiskhet är grundlagsskyddad enligt 1 kap. 9 § RF saknas enhetlig definition av korruptionsbegreppet. Istället förekommer en rad olika definitioner som på olika sätt påminner om varandra. Olika organisationer har formulerat egna definitioner. I

Utredningen om offentlighet för partiers och valkandidaters intäkter återfinns emellertid en genomgång av korruptionsbegreppet.<sup>25</sup>

Svenska akademins ordbok använder begrepp som fördärv, förströelse, mottaglighet för gåvor när korruption ska förklaras. Transparency International Sverige använder integritet som motsatsord till korruption.

I Europarådets civilrättsliga konvention om korruption finns följande definition av korruption: ”Att direkt eller indirekt begära, erbjuda, ge eller ta emot en muta eller någon annan form av otillbörlig fördel eller förespeglning av fördel som snedvrider utförandet av en plikt eller handlande som krävs av den som tagit emot mutan, den otillbörliga fördelen eller förespeglningen därom”.<sup>26</sup>

En annan vedertagen definition som bland annat anammats av Världsbanken är: ”att använda en offentlig ställning för otillbörlig vinning”. Det FN-ledda programmet mot korruption

---

<sup>25</sup> SOU 2004:22 s. 91

<sup>26</sup> Strasbourg 4.11.1999: European Treaty Series nr 174



(GPAC) använder definitionen: ”maktnissbruk för privat vinning”. Transparency Internationals definition lyder: ”abuse of entrusted power for private gain”.<sup>27</sup>

Transparency International Sverige har översatt definitionen till: ”korruption är att utnyttja sin ställning för att uppnå otillbörlig fördel för egen eller annans vinning”.<sup>28</sup>

I ett meddelande från kommissionen från 2003 skiljer man begreppet korruption i den snävare, straffrättsliga meningen, från korruption i den bredare samhällsekonomiska meningen. Detta är en nödvändig distinktion enligt kommissionen då straffrättens regler enligt rättssäkerhetskrav kräver ett mer exakt språkbruk, medan begreppet korruption kan användas i ett mer allmänt i brottsförebyggande sammanhang.<sup>29</sup> Sundstrand för ett liknande resonemang och menar att begreppet korruption kan sägas vara ett samlingsbegrepp för vissa otillbörliga förfaranden, både i relationen mellan det offentliga och det privata samt mellan olika privata parter. Den före detta ordföranden för Institutet för mutor, professor Claes Sandgren, menar i en debattartikel i DN att definitionen av korruption inte får bli för vidsträckt. Sandgren menar att begreppet tappar bäring om det används för att benämna olika typer av bedrägeri, stölder och förskingring. Istället ska begreppet användas då det handlar om oegentligheter som kan påverka beslutsfattande vid exempelvis upphandling.<sup>30</sup>

Andrea Sundstrand menar att ingen av de ovan presenterade definitionerna är optimal för offentlig upphandling. Detta eftersom ingen av definitionerna fångar in samtliga otillbörliga förfaranden som kan bli aktuella vid offentlig upphandling. I ett upphandlingsförfarande kan det vara både en offentliganställd och en privatanställd som agerar för egen vinning och som på så vis gynnar eller missgynnar en intressent. Oavsett, menar Sundstrand, är det alltid det allmänna som skadas eftersom det bästa och billigaste budet inte kan antas. Istället presenterar Sundstrand en egen definition av korruption som är tillämplig vid just offentlig upphandling.

Hennes definition lyder: *”Korruption i offentlig upphandling innebär att någon för egen vinning söker påverka offentliga beslut i syfte att gynna ett visst intresse på det allmännas bekostnad.”*<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> <https://www.transparency.org/what-is-corruption/>

<sup>28</sup> <http://www.transparency-se.org/Korruption.html>

<sup>29</sup> KOM(2003) 317 slutlig

<sup>30</sup> Claes Sandgren, ”Inget tyder på att Sverige blivit ett mer korrupt land”, 10 oktober 2011 i Dagens Nyheter.

<sup>31</sup> Offentlig upphandling och korruption JT s. 109

Sundstrand menar att för att en korrupt situation ska uppstå torde det krävas att syftet med det otillbörliga förfarandet är att gynna ett visst intresse. Dessutom krävs att en enskild tjänsteman mottager en muta alternativt annan direkt eller indirekt belöning för sitt otillbörliga förfarande. Sundstrand menar att skillnaden mellan korruption och annat otillbörligt förfarande från det allmännas sida är att det vid just korruption finns en korrelation mellan privata intressen som gynnas av det otillbörliga förfarandet, och en offentlig part som för privat vinning drar fördel av sin maktställning.<sup>32</sup>

## 2.3 Intressekonflikter

Intressekonflikt är det begrepp som används i upphandlingsdirektivet. I artikel 24 definieras begreppet till att ”minst omfatta de situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarandet.”

I upphandlingsdirektivet används begreppet intressekonflikt till skillnad från i svensk lagstiftning, där jäv är det begrepp som istället används. Jävsbegreppet förekommer både i förarbeten till FL och KL. Frågan om jäv uppkommer då en person hos den upphandlande myndigheten har koppling till en anbudsgivare.

## 2.4 Vänskapsrelationer m.m

Otillbörlig påverkan som utgör jäv innebär inte per automatik att korruption föreligger. Varken vänskap- eller släktskapsrelationer finns reglerade i lagstiftning och kan dessutom vara väldigt svåra att upptäcka. Båda typerna utgör emellertid otillbörlig påverkan.<sup>33</sup>

Enligt en undersökning som konkurrensverket genomförde där upphandlare tillfrågades var just släkt- eller vänskapsband mellan anställda och anbudsgivare den största korruptionsrisken i offentlig upphandling.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Andrea Sundstrand Offentlig upphandling och korruption s. 108 ff.

<sup>33</sup> Mikael Engström *Korruption i offentlig upphandling* 2016 nr 4 s. 324

<sup>34</sup> Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelse som konkurrensmedel, s. 104.

Konkurrensverket påpekar i sin rapport att forskning om korruption visar att olika typer av favorisering och vänskapskorruption är ett större problem än vad som tidigare varit känt. I ovan nämnd undersökning angav upphandlarna vänskaps- eller släktband som den största korruptionsrisken. 70 % av upphandlarna ansåg att det förelåg viss eller stor risk för släkt- eller vänskapsband i offentlig upphandling. Samtidigt drar konkurrensverket slutsatsen är rena mutor är en relativt ovanligt förekommande form av otillbörlig påverkan.

## 2.5 Upphandlande myndighet

Definitionen av upphandlande myndighet som används i upphandlingsdirektivet stadgar följande: ”*statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ*”.<sup>35</sup>

Avseende definitionen i svensk lagstiftning stadgas i 1 kap. 22 § LOU att upphandlande myndigheter är statliga och kommunala myndigheter. Uppräkningen av upphandlande myndigheter som är skyldiga att tillämpa LOU slutar emellertid inte där. Av samma paragraf följer att även beslutande församlingar i kommuner och landsting, *vissa offentligt styrda organ* som de flesta kommunala och en del statliga bolag, samt sammanslutningar av en eller flera upphandlande myndigheter eller ett eller flera offentligt styrda organ ska jämföras med myndighet.<sup>36</sup>

Förklaring på vad som avses med offentligt styrda organ återfinns i 1 kap. 18 § LOU. Dit räknas bolag, föreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse och där staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande myndighet till största delen finansierar eller kontrollerar verksamheten. Dessutom krävs att behovet som det offentligt styrda organet tillgodoser inte är av industriell eller kommersiell karaktär för att kunna räknas till offentligt styrt organ.

För att avgöra om behovet är av industriell eller kommersiell karaktär måste en helhetsbedömning göras. Ur praxis från EU-domstolen framgår att begreppet offentligrättsligt organ ska tolkas funktionellt och ges stor räckvidd.<sup>37</sup> Vid bedömningen granskas bland annat organets syfte, hur organet drivs, organets konkurrenssituation samt om det finns vinstkrav. Det är upp till varje enskilt organ att själva bedöma om de är skyldiga att tillämpa LOU. Däremot kan frågan om ett organ är en upphandlande myndighet avgöras av domstol i samband med en överprövning eller en skadeståndstalan enligt 20 kap. LOU alternativt i samband med ett ärende om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. LOU.

<sup>35</sup> Upphandlingsdirektivet artikel 2.1

<sup>36</sup> Pedersen Kristian Upphandlingens grunder s. 63

<sup>37</sup> Se bl.a. BFI Holding, C-360/96, punkt 62, Truley, C-373/00, punkterna 42 och 43

### **2.5.1 Rättspraxis – offentligt styrt organ**

*För att belysa svårigheterna med att bedöma huruvida ett bolag kan anses vara ett offentligt styrt organ i enlighet med kap. 1 18 § LOU och därför jämföras med upphandlande myndighet följer nedan ett antal rättsfall där bedömningen skilt sig åt.*

### **2.5.2 Akademiska Hus AB**

I ett uppmärksammat överprövningsmål från HFD hade rätten att avgöra om Akademiska Hus AB (AH) skulle anses utgöra offentligt styrt organ som enligt LOU jämföras med myndighet.<sup>38</sup> Konkurrensverket yrkade på att AH skulle förpliktigas betala en upphandlingsskadeavgift på tre miljoner kronor på grund av otillåten direktupphandling utförd av ett dotterbolag. AH bestred Konkurrensverkets yrkande och anförde att bolaget inte utgjorde ett offentligt styrt organ enligt LOU:s mening. Både förvaltningsrätten och kammarrätten gick emellertid på konkurrensverkets linje om att AH var att betrakta som offentligt styrt organ. AH är ett statligt bolag som har till uppgift att äga, utveckla och förvalta fastigheter för högskolor och universitet. Dotterbolaget Akademiska Hus Norr AB hade ingått ett entreprenadavtal med en leverantör om byggnadsarbete till ett värde på 39 miljoner kronor utan föregående annonsering enligt 10 kap LOU.

HFD inleder sin bedömning med att konstatera att det av EU-praxis framgår att bedömningen huruvida ett bolag utgör ett offentligt styrt organ ska göras med hänsyn till samtliga relevanta, faktiska och rättsliga omständigheter. Vad gäller huruvida behovet AH tillgodosåg låg i de allmännas intresse konstaterade HFD att så var fallet. Detta eftersom bolagets uppdrag gick ut på att äga, utveckla och förvalta fastigheter för högskolor och universitet.

Vad gäller bedömningen huruvida behovet som tillgodosågs var av industriell eller kommersiell karaktär konstaterade HFD att så inte var fallet. Rätten ansåg inte att verksamheten bedrevs på normala marknadsmässiga villkor samt att vinstsyftet inte var det primära syftet för verksamheten. Mot bakgrund av att verksamheten inte ansågs vara bedriven på en marknad med utvecklad konkurrens, att bolagets motparter är statliga myndigheter samt att verksamheten har en mycket fördelaktig riskprofil bedömdes inte de behov AH tillgodoser vara av industriell eller kommersiell karaktär.

---

<sup>38</sup> Högsta förvaltningsdomstolen, dom 2016-06-29 i mål nr: 884-15

Vidare är det staten som genom bolagstämma utser styrelsen i bolaget, varför ett av rekvisiten i 1 kap. 18 § LOU uppfyllda. Därför gjorde HFD bedömningen att AH utgjorde ett offentligt styrt organ och var därför skyldig att tillämpa LOU i likhet med andra upphandlande myndigheter.

### **2.5.3 Svenska Spel**

I ett annat överprövningsmål<sup>39</sup> från förvaltningsrätten i Stockholm fastställdes att Svenska Spel ska likställas med en upphandlande myndighet och således skyldig att tillämpa LOU. Anbudsgivaren som ansökt om överprövning av upphandlingen anförde att utvärderingen av anbuderna inte gått rätt till. Svenska Spel å sin sida anförde att LOU inte är tillämplig då bolaget inte är ett sådant offentligt styrt organ som avses i 1 kap. 18 § LOU och således inte kan likställas med en upphandlande myndighet. Som argument anförde Svenska Spel att bolaget tillhandahåller spel om pengar samt att sådan verksamhet inte kan anses tillgodose ett behov som är det allmännas intresse. Vidare anförde Svenska Spel att man är verksam på en konkurrensutsatt marknad samt att det behov som tillgodoses är av industriell eller kommersiell karaktär.

Förvaltningsrättens samlade bedömning blev att Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse och att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Därför är Svenska Spel att betrakta som ett offentligt styrt organ enligt 1 kap. 18 § LOU och skyldig att tillämpa LOU. Sociala hänsyn i Svenska Spels samhällsuppdrag samt utformningen av verksamheten låg till grund för förvaltningsrättens bedömning om att Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse. Vidare gjordes bedömningen att behovet inte kan betraktas vara av industriell eller kommersiell karaktär då samhällsansvaret att minimera de negativa effekterna av spelande är av större vikt än vinstintresset.

---

<sup>39</sup> Förvaltningsdomstolen i Stockholm, dom 2017-02-17 i mål nr: 27515-15

## 2.5.4 Systembolaget

I ett tredje avgörande<sup>40</sup>, för att belysa svårigheterna i bedömningen om huruvida ett bolag är offentligt styrt eller inte, konstaterade kammarrätten att Systembolaget inte likställs med en myndighet och således inte behöver tillämpa LOU. Bakgrunden i målet var att Systembolaget, som är ett statligt ägt bolag med monopol att bedriva detaljhandel av alkoholhaltiga drycker, hade genomfört en upphandling av medietjänster utan att det annonserades om det. En av anbudslämnarna ansökte om överprövning då man ansåg att Systembolaget var ett offentligt styrt organ, skyldigt att tillämpa LOU. Fallet togs upp i förvaltningsrätten som först hade att avgöra om Systembolaget omfattas av LOU för att sedan ta upp ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten konstaterade att Systembolagets upphandlingsrättsliga status hade varit föremål för ett avgörande i kammarrätten så sent som ett år tidigare. Kammarrätten konstaterade i det målet<sup>41</sup> att Systembolaget, trots sin monopolställning, är utsatt för viss konkurrens inom detaljhandlområdet samt att Systembolaget har vinstsyfte då verksamheten bedrivs med både effektivitets-, produktions- och lönsamhetskrav. Kammarrättens samlade bedömning blev att behovet Systembolaget tillgodosåg var i det allmännas intresse samt att behovet var av kommersiell karaktär. MBVB Kommunikation AB som var sökande i målet hänvisade i sitt yrkande till HFD:s dom i Akademiska Hus AB-målet som avkunnats sedan kammarrätten senast tog upp frågan om Systembolagets upphandlingsrättsliga status. MBVB anförde att Systembolaget, i likhet med Akademiska Hus AB, var att betrakta som ett offentligt styrt organ.

Förvaltningsrätten konstaterade att Systembolaget och Akademiska Hus AB:s verksamheter var väsensskilda och inte jämförbara samt att inget i övrigt från HFD:s dom ger anledning till ny bedömning av Systembolagets upphandlingsrättsliga status. Således blev förvaltningsrättens samlade bedömning att Systembolaget alltså inte var att betrakta som offentligt styrt organ.

MBVB överklagade till kammarrätten som instämde i förvaltningsrättens beslut att avvisa MBVB:s ansökan om överprövning. Systembolaget är inte att betrakta som offentligt styrt organ trots att anknytningen till staten alltså består samt att behovet som tillgodoses är i det allmännas intresse. Behovet vara av kommersiell karaktär, detta trots att bolaget har

---

<sup>40</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom 2017-02-20 i mål nr: 5101-16

<sup>41</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom 2016-02-19 i mål nr: 7216-14

monopolställning på detaljhandelsmarknaden. Bolaget är utsatt förr viss konkurrens, har vinstsyfte, erhåller inte offentlig finansiering samt står sin egen ekonomiska risk.

## 2.6 Myndighetsutövning

Definitionen av myndighetsutövning begränsar giltighetsområdet för flera viktiga bestämmelser i FL. I den nuvarande FL förekommer begreppet på ett flertal ställen. Detta trots att definition saknas.<sup>42</sup> Däremot definierades myndighetsutövning i lagmotiven till ÄFL. Där definierades myndighetsutövning som *”utövning av befogenhet att för enskild bestämma förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande.”* I nuvarande FL finns inte denna definition kvar. Anledningen till detta är att begreppet myndighetsutövning ansågs vara så pass allmänt känt att det inte längre behövde definieras. Definitionen som förekommer i förarbetena till ÄFL är emellertid alltjämt vägledande.<sup>43</sup> Huvudregeln vad gäller FL:s tillämpningsområde är att lagen är tillämplig hos varje offentligt organ som kan kategoriseras som en förvaltningsmyndighet.<sup>44</sup> Myndighetsutövning skulle kunna sammanfattas som samhällets maktbefogenheter att gentemot medborgarna avgöra saken ensidigt genom beslut av myndigheten.<sup>45</sup> Hellners och Malmqvist har utvecklat denna sammanfattning för vad som kan anses vara karakteristiskt för myndighetsutövning. Följande kriterier är på intet sätt uttömmande men i någon mening allmänt vedertagna:<sup>46</sup>

- *Beslut eller andra åtgärder som är uttryck för samhällets maktbefogenhet i förhållande till medborgarna.*
- *Sak som ensidigt avgörs genom beslut av myndigheten*
- *Ärendet mynnar ut i ett bindande beslut för den enskilde*
- *Myndighetsutövningen måste grunda sig på en författning eller något annat beslut av regeringen eller riksdagen*

---

<sup>42</sup> Ulrika Wennersten *Immaterialrätt och skydd av samhällsideal* 2014 s. 199 & SOU 1997:38 s. 12

<sup>43</sup> Hellners & Malmqvist *Förvaltningslagen med kommentarer* 2010 s. 26

<sup>44</sup> Hellners & Malmqvist *Förvaltningslagen med kommentarer* 2010 s. 52

<sup>45</sup> Ulrika Wennersten s. 199

<sup>46</sup> Hellners & Malmqvist *Förvaltningslagen med kommentarer* 2010 s. 26 ff

## 2.6.1 Upphandling – ej myndighetsutövning?

### *Tillämpning på offentlig upphandling*

Det torde stå klart att den gängse uppfattningen är att offentlig upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning. Lagrådet har fastslagit att upphandling inte är fråga om myndighetsutövning. Dessutom anför lagrådet att bestämmelser i FL som endast gäller vid myndighetsutövning inte är tillämpliga i upphandlingsärenden.<sup>47</sup>

Vidare finner man även i lagmotiven till ÄLOU att offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning. Där stadgas följande: *”Begreppet myndighetsutövning, i den mening som avses i förvaltningslagen, omfattar endast ärenden där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten. Begreppet kan därmed inte omfatta ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med en enskild. Ärenden rörande offentlig upphandling omfattas således inte av de bestämmelser i förvaltningslagen som enbart gäller handläggning av ärenden som avser myndighetsutövning.”*<sup>48</sup>

Uppfattningen av att offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning befästs av Hellners & Malmqvist som hänvisar till både ovan nämnda förarbete men även JO-avgöranden.<sup>49</sup>

Denna uppfattning förekommer i en rad JO-ärenden. Bland annat hänvisas till JO-ärende gällande dokumentation och kommunikering av muntliga upplysningar i ett upphandlingsärende där JO konstaterade att ÄFL inte var tillämplig på upphandlingsärenden.<sup>50</sup> JO konstaterar i ett annat yttrande angående en olaglig direktupphandling i Torsby kommun år 1999 att det inte går att ingripa med åtal för tjänstefel trots att kommunstyrelsen gjort sig skyldig till oriktigt handlande eftersom beslutsfattande i de aktuella frågorna (offentlig upphandling) inte är att betrakta som myndighetsutövning i BrB:s mening.<sup>51</sup> I ett tredje JO-ärende från 2007 har JO anfört att det får anses vara en vedertagen uppfattning att offentlig upphandling inte innefattar myndighetsutövning.<sup>52</sup>

I en dom från HFD från 2011 förkunnas att en myndighets upphandling, enligt vedertagen uppfattning inte är att anse som myndighetsutövning. Den ses i stället som en del av

<sup>47</sup> Prop. 2006/07:128, bilaga 14, s. 598

<sup>48</sup> Prop. 2001/02:142 s. 61 och 65 & prop. 2006/07:128 del 1 s. 142 f. och 240 och del 2 s. 598

<sup>49</sup> Hellners & Malmqvist *Förvaltningslagen med kommentarer* 2010 s. 27

<sup>50</sup> JO 1979/80 s. 337

<sup>51</sup> JO ärende 3497-2000

<sup>52</sup> JO ärende 3006-2005 s. 10



myndighetens kommersiella verksamhet där den upphandlande myndigheten uppträder som ekonomisk aktör”<sup>53</sup>

Warnling Nerep är inte lika övertygad om att offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning. Inledningsvis konstaterar hon att upphandlande enheter måste beakta de bestämmelser i LOU som reglerar offentlig upphandling. Därav följer att det rör sig om ett offentlighetsrättsligt förhållande. Däremot anför hon att det i kontakten mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare tillkommer en civilrättslig dimension.<sup>54</sup>

## 2.7 Historisk återblick

Bestämmelser som reglerar statlig upphandling av varor har funnits under hela 1900-talet. Till en början handlade bestämmelserna om att säkerställa affärsmässighet, rättssäkerhet samt offentlighet vid statliga myndigheters inköp. År 1920 trädde sedermera den första upphandlingsförordningen i kraft som stadgade att svenska varor inte längre skulle ha företräde framför utländska.<sup>55</sup> En svensk vara fick numera endast äga företräde om den var av ”erforderlig beskaffenhet”.<sup>56</sup> I förordningen föreskrevs som huvudregel att anbud skulle infördras genom offentlig kungörelse. Förordningen innehöll även bestämmelser om jäv.

I 1920 års upphandlingsförordning företogs ändringar 1922, 1926, 1928 och 1935, men ansågs trots det inte tillgodose den utveckling som skett inom affärslivet.<sup>57</sup> Därför ersattes densamma med 1952 års upphandlingskungörelse (1952:496). Denna nya upphandlingskungörelse byggde förvisso till stor del på den tidigare upphandlingsförordningen men tillskrevs en del tillägg. En väsentlig förändring var principen om affärsmässighet vid statlig upphandling. En annan förändring var att svenska varor numera överhuvudtaget inte fick ges företräde. Dessutom fick myndigheter i större utsträckning själva råda över formen av anbudsinfördran. Vidare blev myndigheter skyldiga att alltid tillgodose kravet på objektivitet vid upphandling.

---

<sup>53</sup> HFD Mål nr 471-11

<sup>54</sup> Warnling Nerep *Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolsrätts, JT nr 2 2006/07*

<sup>55</sup> Upphandlingens grunder s. 20

<sup>56</sup> SOU 1971:88 s. 25

<sup>57</sup> SOU 1971:88 s. 26

Genom införandet av 1973 års upphandlingskungörelse (1973:600) genomfördes en stor reform på upphandlingsområdet. Genom förarbetena till kungörelsen går att läsa att vid sidan av den grundläggande principen om affärsmässighet att även konkurrensfrämjande åtgärder ges stort utrymme. Konkurrensen mellan anbudsgivarna samt kraven på att tillgodose kraven på objektiv behandling för att på så vis garantera rättssäkerhet i upphandling framhölls särskilt.<sup>58</sup>

Kommuner och landsting var inte skyldiga att tillämpa kungörelsen då denna riktade sig till statliga myndigheter. Däremot utarbetades ett kommunalt upphandlingsreglemente som till stor del byggde på den gällande kungörelsen.<sup>59</sup> Det kommunala upphandlingsreglementet var på intet sätt bindande men både kommuner och landsting tillämpade i stor utsträckning densamma.

Under 1986 ersattes upphandlingskungörelsen av upphandlingsförordningen (1986:366). Även dessa bestämmelser hade många likheter med tidigare gällande bestämmelser även om innehållet redigerades och moderniserades. Till nyheterna hör emellertid krav på rättssäkerhet och offentlighet, nya regler om skattekontroll samt nya anbudsformer såsom fri anbudsgivning i form av sluten, förhandlad eller direkt upphandling.

År 1992 trädde sedermera lagen (1992:1528) om offentlig upphandling i kraft och ersatte således upphandlingsförordningen. Bakgrunden var att Sverige hade tecknat EES-avtalet. Genom tecknandet av detta frihandelsavtal åtog sig Sverige att implementera de EG-bestämmelser för offentlig upphandling i nationell rätt. Regeringens avsikt var att implementera EES-avtalets regelverk om offentlig upphandling, som till stor del byggde på EG-direktiv, i svensk rätt genom en helt ny lag om offentlig upphandling.<sup>60</sup> Lag (1992:1528) om offentlig upphandling trädde i kraft den 17 december 1992. I samband med införandet tilldelades Nämnden för offentlig upphandling (NOU) tillsynsansvaret för offentlig upphandling i landet.<sup>61</sup>

Den 1 januari 2008 trädde lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i kraft. Dessutom överfördes NOU:s verksamhet till Konkurrensverket. Den nya lagen hade sin grund i direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). Det nya direktivet var inte väsensskilt från

---

<sup>58</sup> Prop. 1973:73 s. 2

<sup>59</sup> SOU 2011:73 s. 353

<sup>60</sup> Prop. 1992/93:88 s. 1

<sup>61</sup> Upphandlingens grunder s. 20

det tidigare men innehöll bland annat bestämmelser om miljömässiga och sociala hänsyn. Huvudregeln om affärsmässighet som funnits i svensk upphandlingsrätt under en väldigt lång tid korrigerades för att närmare anpassas till det som nämns som principer för tilldelning av kontrakt i direktivet.<sup>62</sup>

År 2014 antogs det nu gällande upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, vilket ledde till att processen med nya LOU inleddes. År 2015 överfördes tillsynen över landets offentliga upphandling från Konkurrensverket till nyinrättade Upphandlingsmyndigheten. Den 1 januari 2017 trädde nya LOU i kraft. Lagstiftaren gav stort utrymme för miljömässiga, sociala samt arbetsrättsliga hänsyn.<sup>63</sup>

### *Reglering av jäv historiskt*

Det har i svensk rätt tidigt funnits uttryckliga regler till förebyggande av intressekonflikter, nämligen i upphandlingsförordningen (1986:366, UF) och det av Kommunförbundet upprättade upphandlingsreglementet (UR).<sup>64</sup>

Innan 1992 års LOU trädde i kraft reglerades som tidigare nämnt upphandlingen i Sverige av UF samt (UR). Regelverken var i stora delar mycket lika. I 9 § UF fanns bland annat en bestämmelse om jäv och mutor.<sup>65</sup> Första stycket stadgade att anbud som lämnats av arbetstagare eller uppdragstagare hos en statlig myndighet som hade med ärendet att göra inte fick antas. Det var en tvingande regel. Andra stycket stadgade å andra sidan att det var upp till myndigheten att själv avgöra om ett anbud som inkommit från en person som avses i första stycket skulle antas. Vidare framgick av samma stycke att myndigheten även ska avgöra om anbudsgivaren eller någon på dennes vägnar har lämnat, utlovat eller erbjudit gåva eller annan otillbörlig förmån till en tjänsteman eller någon annan person som för statens räkning haft hand om upphandlingsärendet. Motsvarande bestämmelser fanns även i UR.<sup>66</sup>

Således gav myndigheten utrymme att trots konstaterat mutbrott ändå anta ett bud som snedvrider konkurrensen.

Bestämmelserna om jäv och muta i UF införlivades inte i 1992 års LOU. Detta då det i direktiven som låg till grund för 1992 års LOU saknades just sådana bestämmelser. Troligtvis ansåg lagstiftaren vid den tiden att de allmänna principerna skulle täcka jävssituationer. Om

---

<sup>62</sup> Prop. 2006/07:128 s. 2

<sup>63</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1

<sup>64</sup> Prop. 2015/16:195 s. 470

<sup>65</sup> Andrea Sundstrand Offentlig upphandling och korruption s. 109 ff

<sup>66</sup> SOU 2014:51 s. 90

inte annat skulle det strida mot affärsmässigheten att anta anbud som riskerade att snedvrída konkurrensen.<sup>67</sup>

De jävsbestämmelser som sedermera infördes i ÄLOU som trädde i kraft i januari 1994 respektive 1 januari 2008 riktade sig mot leverantörer. I 1992 års LOU infördes sk. *fakultativ uteslutning* vilket innebar att myndigheter fick rätt att utesluta leverantörer som blivit dömda för brott alternativt gjort sig skyldiga till allvarliga fel i sin yrkesutövning. I 2007 års LOU infördes även bestämmelser om sk. *obligatorisk uteslutning* vilket innebar skyldighet för myndigheter att utesluta leverantörer som blivit dömda för viss typ av bestickning (givande av muta).<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> SOU 2014:51 s. 90

<sup>68</sup> Andrea Sundstrand Offentlig upphandling och korruption s. 110

## 3. Jävsregleringen

### 3.1 Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv

Motiven bakom kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv bygger i stor utsträckning på den Europa 2020-strategi som presenterades av kommissionen 2010.<sup>69</sup>

Strategin handlar om smart och hållbar tillväxt. Europa 2020 grundas på tre sammankopplade prioriteringar; dels att utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, dels att främja en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi men även att stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning.<sup>70</sup> Att offentlig upphandling utgör en central del i 2020-strategin står klart då offentliga myndigheter använder ungefär 18 % av EU:s sammanlagda BNP för upphandling av varor, byggentreprenader och tjänster.<sup>71</sup>

I Europa 2020-strategin poängteras, särskilt att den offentliga upphandlingspolitiken måste säkerställa att offentliga medel används på ett så effektivt sätt som möjligt samt att marknaderna för offentlig upphandling förblir öppna inom hela unionen. Det är således av stor vikt att befintlig upphandlingslagstiftning ses över och moderniseras så att den blir bättre lämpad att hantera den föränderliga politiska, sociala och ekonomiska situationen.

Utöver de mål som finns omnämnda i Europa 2020-strategin betonade kommissionen att förslaget även hade två andra, kompletterande mål.

Det första målet handlar om att effektivisera i offentliga utgifter och på så vis säkra att bästa möjliga upphandlingsresultat uppnås vad gäller att få valuta för pengarna. Detta vill man uppnå genom att förenkla nuvarande regler för offentlig upphandling och göra dem mer flexibla. Upphandlingsförfarande som görs mer rationaliserande och effektiva gynnar alla ekonomiska aktörer samt underlättar för små och medelstora företag och anbudsgivare från andra länder att delta.

Det andra målet syftar till att underlätta för upphandlare att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällliga mål, såsom skyddet av miljö, högre resurs- och energieffektivitet, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation, sysselsättning och social integration samt säkerställande av bästa tänkbara villkor för tillhandahållande av

---

<sup>69</sup> KOM(2010) 2020 slutlig

<sup>70</sup> KOM(2011) 896 slutlig s. 2

<sup>71</sup> KOM(2011) 896 slutlig s. 3

sociala tjänster av hög kvalitet.

De dåvarande upphandlingsdirektiven från 2004<sup>72</sup> var resultatet av en lång utveckling sedan år 1971 då det tidigare upphandlingsdirektivet antogs.<sup>73</sup> Det var därför kommissionens uppfattning att upphandlingsdirektiven fordrade översyn. Bestämmelserna behövde förenklas, effektiviseras, göras mer ändamålsenliga samt göra dem bättre lämpade för att hantera Europas föränderliga politiska, sociala och ekonomiska situation. Efter att berörda parter fått yttra sig under samrådet våren 2011 insåg kommissionen att en mycket stor majoritet stödde förslaget om en översyn av direktiven om offentlig upphandling. Bestämmelserna ansågs vara i behov av anpassning för att kunna möta nya utmaningar som såväl offentliga upphandlare som ekonomiska aktörer möter.<sup>74</sup>

Gällande sunda förfarande har kommissionen i sitt förslag till upphandlingsdirektiv uttalat sig särskilt om intressekonflikter, olagliga affärsmetoder samt otillbörliga fördelar. Inledningsvis fastslås att offentlig upphandling utgör ett riskområde för illojala affärsmetoder såsom intressekonflikter, favorisering och bestickning pga. ekonomiska intressen samt det närstående sambandet mellan privat och offentlig sektor. Därefter utvecklar man hur man vill att förslaget ska förbättra befintliga skyddsåtgärder samt presenterar föreskrifter om ytterligare skydd.<sup>75</sup>

Kommissionen presenterar ett förslag som innehåller en särskild bestämmelse om intressekonflikter som täcker verkliga, potentiella eller förmodade intressekonflikter. Föreslagen bestämmelse antas inte bara gälla personal hos upphandlande myndighet samt personal hos leverantörer av upphandlingstjänster som medverkar i förfarandet utan också medlemmar av den upphandlande myndighetens förvaltning som kan påverka resultatet av upphandlingsförfarandet trots att de formellt inte medverkat.

---

<sup>72</sup> Direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG

<sup>73</sup> Direktiv 71/305/EEG

<sup>74</sup> KOM(2011) 896 slutlig s. 3

<sup>75</sup> KOM(2011) 896 slutlig s. 12

## *Artikel 21 i kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv*

Kommissionen föreslår vidare i art. 21 att medlemsstaterna skall, för att undvika snedvriden konkurrens samt garantera likabehandling av anbudsgivarna, fastställa regler i syfte att effektivt förebygga och identifiera intressekonflikter. Det gäller under såväl upphandlingsförfarandet som under förberedelse och utformning av upphandlingar. Det gäller dessutom under arbetet med anbudshandlingar, urval av anbudssökande samt tilldelning av kontrakt.

Begreppet intressekonflikt ska minst omfatta alla situationer där vissa kategorier av personer, direkt eller indirekt har privata intressen av resultatet av upphandlingen och därför hindras från att utföra sina arbetsuppgifter på ett opartiskt och objektivet sätt. Dessa kategorier av personer är personal vid den upphandlande myndigheten, leverantörer som tillhandahåller upphandlingstjänster eller anställda hos andra tjänsteleverantörer som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet. Det framgår av 2 (a) i art. 21

Det gäller även generaldirektören för den upphandlande myndigheten samt ledamöter av myndighetens beslutsorgan som på något sätt kan påverka resultatet av förfarandet. Det framgår av 2 (b) art. 21.

Med privata intressen avses i art. 21 familjeskäl, känslomässiga skäl, ekonomiskt eller politiskt intresse eller andra gemensamma intressen som anbudssökande och anbudsgivare kan tänkas dela. Dessutom avses motstridande yrkesmässiga intressen.

I tredje punkten i art. 21 framgår att medlemsstaterna i synnerhet ska se till att personer som nämnts ovan och som riskerar att hamna i intressekonflikter snarast efter kännedom om eventuell intressekonflikt meddelar om detta så att den upphandlande myndigheten kan vidta korrigerande åtgärder.

Vidare ska medlemsstaterna i synnerhet se till att anbudssökande eller anbudsgivare när upphandlingsförfarandet inleds lämnar in en förklaring om eventuell förmånsställning av personer som omnämns i 2b och som sannolikt kan medföra att en intressekonflikt uppstår. Skulle intressekonflikt uppstå skall den upphandlande myndigheten vidta åtgärder. Sådana åtgärder kan vara att förbjuda en anställd att delta i det berörda upphandlingsförfarandet, alternativt tilldela denne nya arbetsuppgifter under andra arbetsområden. Kan intressekonflikten trots det eller med andra medel avhjälpas på ett effektivt sätt skall den berörda anbudssökanden eller anbudsgivare utestängas från förfarandet.

## 3.2 Direktiv 2014/24/EU

Direktiv utgör en del av EU:s sekundärrätt och antas av EU-institutionerna i enlighet med grundfördragen. När ett direktiv antagits på EU-nivå är medlemsländerna skyldiga att införliva det i den nationella lagstiftningen och genomföra det. Av art. 288 i EUF-fördraget framgår att ett direktiv är bindande för alla de länder som det riktar sig till vad gäller det resultat som ska uppnås. Däremot är det upp till varje enskild medlemsstat att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

Europaparlamentet och rådets direktiv av 26 februari om offentlig upphandling upphävde på samma gång det tidigare upphandlingsdirektivet 2004/18/EG. Som grund för det nya upphandlingsdirektivet ligger, den av kommissionen meddelade, Europa 2020-strategin, en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla. Tanken med strategin är att verka som ett marknadsbaserat instrument som ska användas till att säkerställa att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. De befintliga upphandlingsreglerna ansågs efter att Europa 2020 meddelades behöva moderniseras. Syftet med moderniseringen var att offentliga medel skulle användas effektivare samt att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling. Vidare att möjliggöra för upphandlande myndigheter att utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål. Det ansågs även finnas behov av att klargöra grundläggande begrepp och principer samt att inbegripa särskilda aspekter från väletablerad rättspraxis från EU-domstolen. Detta för att säkerställa rättssäkerhet.

I skälen till varför nytt upphandlingsdirektiv ansågs vara nödvändigt behandlas intressekonflikter.<sup>76</sup> Denna punkt förkunnar att upphandlande myndighet bör utnyttja alla till buds stående medel enligt nationell rätt för att förhindra att snedvridning uppstår i offentlig upphandling till följd av intressekonflikter. Det inbegriper förfaranden för att upptäcka, förhindra och avhjälpa intressekonflikter.

---

<sup>76</sup> Punkten 16 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU



### *Artikel 24 i Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU*

Av art. 24 följer att medlemsstaterna skall se till att de upphandlande myndigheterna vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera samt avhjälpa intressekonflikter som kan uppstå under upphandlingsförfarande. Detta för att undvika snedvriden konkurrens samt säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer.

Artikelns andra stycke stadgar att begreppet intressekonflikt minst ska inrymma situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet, eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarandet.

### **3.3 Regeringens proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling**

#### *Avsnitt 10.9 Jäv i upphandlingsförfarande*

Som grund för sin bedömning att inte behöva införa jävsbestämmelser i LOU anförde regeringen att det i upphandlingsdirektivet endast anges allmänt hållna bestämmelser om intressekonflikter i artikel 24. Dessutom anförde regeringen att det som framgår i skäl 16 i upphandlingsdirektivet innebär att upphandlande myndigheter *bör* utnyttja alla medel som står till förfogande enligt nationell rätt för att förhindra att snedvridningar uppstår i offentliga upphandlingsförfaranden till följd av intressekonflikter. Regeringen menade att detta *kan* innebära att lägga fast förfaranden för att upptäcka, förhindra och avhjälpa intressekonflikter.

Vidare påpekade regeringen att samma uttryckssätt återkommer i stort sett ordagrant i artikeln men det tillförts ytterligare moment. Nämligen att det i första stycket uttrycks att medlemsstaterna ska se till att upphandlande myndigheter vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter ”som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena” i syfte att undvika snedvridning i konkurrensen och säkerställa lika behandling av alla ekonomiska aktörer. Regeringen anförde att artikelns andra stycke medför en begränsning av definitionen intressekonflikt. Detta eftersom det uttalas att begreppet minst ska omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande

myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar, som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt, har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för opartiskheten och oavhängigheten under förfarandet.

Regeringens ståndpunkt är att det inte finns några krav på hur medlemsstaterna upprätthåller att upphandlande myndigheter förebygger, identifierar och avhjälper intressekonflikter som är det som åläggs medlemsstaterna enligt direktivet. Något krav på att bestämmelserna genomförs i upphandlingslagstiftningen finns inte. Däremot måste de situationer med otillåtna intressekonflikter som identifieras i direktivet måste dock finnas reglerade i nationell lagstiftning. Här noterade regeringen att omhändertagandet av sådana situationer inte nödvändigtvis behöver ske genom lagstiftning utan även andra åtgärder är tänkbara.

Regeringen övergick sedan till att utreda huruvida gällande rätt av jävsfrågor motsvarar direktivens krav. Inledningsvis framhölls att varje upphandlande myndighet att skyldig att beakta de grundläggande principerna för offentlig upphandling som kan härledas till EUF-fördraget och förekommer även i 4 kap. 1 § LOU. Principerna är som tidigare nämnts, likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, öppenhetsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande. Vidare anfördes om likabehandlingsprincipen att denna bland annat innefattar ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn. Det påpekades att de intressekonflikter som förutses i artikel 24 i upphandlingsdirektivet utgör ovidkommande hänsyn. Likabehandlingsprincipen medför även skyldighet för upphandlande myndighet att kontrollera om eventuella intressekonflikter riskerar uppstå. Om så skulle vara fallet är myndigheten även skyldig att åtgärda dessa.<sup>77</sup>

Därefter följde ett kortare resonemang om att det i svensk rätt tidigare funnits uttryckliga regler för att förebygga intressekonflikter. Som tidigare nämnts fanns den typen av bestämmelser i både upphandlingsförordningen och i det kommunala upphandlingsreglementet. Däremot anförde regeringen att det tidigare i upphandlingsdirektiven saknats artiklar om intressekonflikter. Således har det inte ansetts nödvändigt att införa sådana bestämmelser i svensk upphandlingslagstiftning. I förarbetena till ÄLOU gav regeringen

---

<sup>77</sup> eVigilo pp. 42 & 47

uttryck för uppfattningen att FL:s jävsbestämmelser är tillämpliga på en myndighets hantering av upphandlingsärenden. Denna uppfattning delades inte av lagrådet som ansåg att upphandlingsförfattningarna borde kompletteras med jävsbestämmelser motsvarande de som fanns i FL.<sup>78</sup>

Regeringen anförde att det vid en jämförelse mellan upphandlingsdirektivets och FL:s bestämmelser avseende intressekonflikter framgår att FL:s bestämmelser är mer omfattande. Artikel 24 tar sikte på intressekonflikter av finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse. Bestämmelserna i 11§ FL omfattar sakägarjäva, intressejäva, släktskapsjäva, ställföreträdarjäva, tvåinstansjäva, ombuds- och biträdesjäva. Regeringen ansåg att FL:s bestämmelser således med råge täcker de situationer med intressekonflikter som identifieras i direktivet.

Regeringen gick vidare med att bemöta kritik från remissinstanserna. Gotlands kommun och Advokatfirman Delphi anförde i sina remissyttranden att inte det finns upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa jävsbestämmelserna i FL i sin verksamhet. Regeringen framhöll återigen skyldigheten för upphandlande myndigheter att tillämpa allmänna principer och att mutbrottslagstiftningen är tillämplig.

Den största gruppen som inte är skyldig att tillämpa FL kan bestämmas till kommunala myndigheter som istället är skyldiga att tillämpa jävsbestämmelserna i KL.

Regeringen framhöll också att det uppdrag som givits Upphandlingssmyndigheten. Det påtalades att uppdraget ämnar synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. Regeringen menade att det var tillräckligt för att också uppfylla direktivets krav avseende upphandlande myndigheter som varken är skyldig att tillämpa FL- eller KL:s jävsbestämmelser (statliga och kommunala bolag).

Därefter resonerade regeringen kring om direktivet trots det redan sagda borde genomföras i upphandlingslagstiftningen. I detta resonemang återkom mycket av det som framfördes tidigare med några tillägg. Bland annat framfördes att det framstår som olämpligt att jävsfrågor skulle regleras annorlunda i upphandlingsfrågor än vad som stadgas i FL. Regeringen menade att det skulle kunna leda till osäkerhet samt att det framstår som oklart om reglerna kompletterar eller ersätter FL:s jävsbestämmelser.

---

<sup>78</sup> Prop. 2006/07:128 s. 142 f & 598

Slutligen medgav regeringen att det kunde övervägas att utsträcka FL:s jävsbestämmelser så att även upphandlande myndigheter (statliga och kommunala bolag) som idag saknar skyldighet att tillämpa lagen omfattas. Det framhölls att det i dagsläget saknas beredningsunderlag men att det finns anledning att vidare utreda saken. Regeringens samlade bedömning blev att det varken är nödvändigt eller lämpligt att införa särskilda jävsbestämmelser i upphandlingslagstiftningen. Bedömningen är att befintlig lagstiftning i kombination med Upphandlingsmyndighetens uppdrag gör att Sverige uppfyller kraven i direktivet.

### **3.3.1 Grundläggande rättsprinciper för offentlig upphandling**

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Det framgår dessutom att upphandlingen ska ske på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingen genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Dessa principer har implementerats i LOU för att harmoniseras med de principer som framgår av FEUF-fördraget och som sedermera utvecklats i EU-domstolens rättspraxis.<sup>79</sup> Nedan beskrivs de grundläggande principer som återfinns i 4 kap. 1 § LOU och som samtliga appliceras på upphandlingsförfaranden.

#### *Icke-diskrimineringsprincipen*

Icke-diskrimineringsprincipen innebär att upphandlande myndighet inte får diskriminera utländska leverantörer på grund av dess nationalitet. Krav som bara svenska leverantörer känner till eller kan uppfylla är således inte tillåtna. Detta gäller även i fall då upphandlande myndighet inte förväntar sig att utländska leverantörer kommer att lämna anbud.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Upphandlingens grunder s. 30

<sup>80</sup> A.a. s. 30

### *Likabehandlingsprincipen*

Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Den allmänt hållna utgångspunkten är att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika. Undantag kräver objektivt godtagbara skäl.<sup>81</sup>

Leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Det innebär bland annat att all relevant information för upphandlingen ska nå leverantörerna samtidigt. Upphandlande myndighet får inte gynna eller missgynna en leverantör.

### *Öppenhetsprincipen*

All upphandling ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Det innebär att information inte får hemlighållas, upphandlingen måste annonseras offentligt, leverantörer som deltagit i upphandlingsförfarandet ska informeras om resultatet samt att handlingarna för upphandlingen ska vara offentliga.<sup>82</sup>

### *Proportionalitetsprincipen*

Av proportionalitetsprincipen följer att upphandlande myndighet inte får vidta åtgärder som sträcker sig längre än vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.<sup>83</sup> Av denna princip, även kallad transparensprincipen, framgår även att upphandlande myndighet inte får ändra förutsättningarna under upphandlingen utan måste hålla sig till de upphandlingsdokument som framtagits.

### *Principen om ömsesidigt erkännande*

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstats myndigheter är skyldiga att erkänna och acceptera handlingar som är utfärdade av behörig myndighet i annan medlemsstat. Således kan en upphandlande myndighet inte kräva att utländska leverantörer ska ha en viss typ av svensk utbildning utan måste även godta motsvarande utbildning från hemlandet.

---

<sup>81</sup> Fabricom-domen (C-21/03 och C-34/03)

<sup>82</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155

<sup>83</sup> RÅ 2010 ref. 78

### 3.3.2 C-538/13 eVigilo Ltd

Målet avser en upphandlande myndighet i Litauen som upphandlade ett system för att varna och informera allmänheten genom det allmänna mobiltelefonnätet. eVigilo var en av anbudsgivarna i upphandlingen.<sup>84</sup> Anbudskriterier i upphandlingen var bland annat priset och funktionskrav kunde motsvara de tekniska specifikationerna som krävdes.<sup>85</sup>

Den expertkommitté som tillsattes för att utvärdera anbuden utsåg en annan anbudsgivare än eVigilo som vinnare. eVigilo överklagade och anförde att anbudsutvärderingen var bristfällig samt att expertkommittén varit partisk. eVigilo anförde att medlemmar i expertkommittén hade yrkesmässiga band till de specialister som angetts i anbudsvinnarens anbud.<sup>86</sup>

Den upphandlande myndigheten hävdade att eVigilo inte bara måste visa att det finns ett objektiva samband mellan experterna i kommittén och specialisterna i anbudsgivarens anbud, utan också att experterna i ett subjektivt hänseende var partiska.<sup>87</sup>

Den nationella domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Frågorna som ställdes var bland annat om unionsrätten ska förstås som att en anbudsgivare som upptäckt att en annan anbudsgivare eventuellt har en nära anknytning till experterna hos den upphandlande myndigheten och/eller att dessa andra anbudsgivare har en särskild ställning på grund av att de har deltagit i förberedande arbete, måste bevisa att expertgruppen har handlat partiskt där den upphandlande myndigheten inte har garanterat insyn och objektivitet i förfarandet och sålunda agerat rättsstridigt.<sup>88</sup>

EU-domstolen började med att konstatera att det, enligt likabehandlingsprincipen krävs att alla anbudsgivare ges samma möjlighet att delta i upphandlingen, det vill säga att samma anbudsvillkor gäller för samtliga anbudsgivare.<sup>89</sup> Domstolen konstaterade därefter att syftet med kravet på öppenhet är att garantera att det inte förekommer någon favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Vidare konstaterades att en

---

<sup>84</sup> Mål C-538/13 eVigilio Punkt 14

<sup>85</sup> Mål C-538/13 eVigilio punkt 16

<sup>86</sup> Mål C-538/13 eVigilio Punkt 24

<sup>87</sup> Mål C-538/13 eVigilio punkt 28

<sup>88</sup> Mål C-538/13 eVigilio punkt 30.1 a.

<sup>89</sup> Mål C-538/13 eVigilio punkt 33

intressekonflikt innebär risk att upphandlande myndighet låter sig styras av andra hänsyn än vad som är relevant i förhållande till kontraktet.<sup>90</sup>

Vad gäller bedömningen huruvida en expert ska kunna anses vara partiskt, fann domstolen att bevisningen och de faktiska omständigheterna måste utvärderas. Domstolen fastslog också att det är upp till den upphandlande myndigheten eller nationell domstol att på rent objektiva grunder göra bedömningen.<sup>91</sup>

Domstolen konstaterade också att upphandlande myndigheterna är skyldiga att vid upphandlingsförfarande behandla anbudsgivare med beaktande av både likabehandlingsprincipen men också icke-diskrimineringsprincipen och öppenhetsprincipen. Skyldighet att ha en aktiv roll vid tillämpningen av dessa de allmänna principerna föreligger för upphandlande myndighet vid tilldelningen av kontrakt.<sup>92</sup> Skyldigheten att aktivt tillämpa dessa principer medför också skyldighet att under alla omständigheter kontrollera om eventuella intressekonflikter föreligger och om så är fallet vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, upptäcka och åtgärda sådana. Detta, menade domstolen, är oförenligt med inställningen att den klagande åläggs bevisbördan för att en expert de facto agerat partiskt. Således kommer domstolen till konklusionen att om en anbudsgivare på objektiva grunder kan bevisa att en expert varit partiskt, åligger det den upphandlande myndigheten att undersöka alla relevanta omständigheter för att utröna om det faktiskt förekommit några intressekonflikter och i så fall åtgärda dessa.<sup>93</sup>

EU-Domstolens svar på frågan blev således att det inte föreligger något hinder att förklara ett förfarande rättsstridigt i fall då anbudsgivaren på ett objektivt sätt bevisat att partiskhet föreligger hos de experter hos den upphandlande myndighet som utvärderade anbuderna. Vidare svarade domstolen att upphandlande myndighet under alla omständigheter är skyldig att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter och om så är fallet vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa. Slutligen konstaterade också domstolen att det inte är rimligt att ålägga anbudsgivaren som inte tilldelats kontraktet att bevisa att experterna varit partiska vid överprövningsärendet med yrkande om att ett tilldelningsbeslut ska upphävas på grund av partiska experter.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Mål C-538/13 eViglio punkt 34 & 35

<sup>91</sup> Mål C-538/13 eViglio punkt 37

<sup>92</sup> Mål C-538/13 eViglio punkt 42

<sup>93</sup> Mål C-538/13 eViglio punkt 43 & 44

<sup>94</sup> Mål C-538/13 eViglio punkt 47

### 3.3.3 Förvaltningslagen

#### *Allmänt*

I förarbetena till ÄLOU går att utläsa att regeringen vid den tidpunkten ansåg att FL:s jävsbestämmelser är tillämpliga i en myndighets hantering av upphandlingsärenden.<sup>95</sup>

#### *Förvaltningslagens jävsbestämmelser*

Av 1 § FL framgår att lagen tillämpas på förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden samt domstolarnas handläggning av förvaltningsärenden. FL 11 § stadgar att en handläggare är jävig:

- 1. om saken angår honom själv eller hans make, förälder, barn eller syskon eller någon annan närstående eller om ärendets utgång kan väntas medföra synnerlig nytta eller skada för honom själv eller någon närstående,*
- 2. om han eller någon närstående är ställföreträdare för den som saken angår eller för någon som kan vänta synnerlig nytta eller skada av ärendets utgång,*
- 3. om ärendet har väckts hos myndigheten genom överklagande eller underställning av en annan myndighets beslut eller på grund av tillsyn över en annan myndighet och han tidigare hos den andra myndigheten har deltagit i den slutliga handläggningen av ett ärende som rör saken,*
- 4. om han har fört talan som ombud eller mot ersättning biträtt någon i saken, eller*
- 5. om det i övrigt finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i ärendet.*

Av 12 § FL framgår att en jävig person inte får handlägga ett ärende. Däremot får denne person vidta åtgärder som inte någon annan kan vidta utan olägligt uppskov. Vidare följer av samma paragraf att den som känner till en omständighet som skulle kunna utgöra jäv mot den samma skall självant ge det till känna.

---

<sup>95</sup> Prop. 2006/07:128 s. 142 ff



### 3.3.4 Kommunallagen

#### *Allmänt*

Kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting samt vissa kommunala bolag är i egenskap av upphandlande myndigheter skyldiga att tillämpa LOU vid upphandling. Av 1 kap. 22 § LOU framgår att med upphandlande myndighet avses både statligt och kommunal myndighet. Vidare framgår av 1 kap. 22 § 2 st. 1 p. att beslutande församling i kommun och landsting ska jämföras med myndighet.

#### *Kommunallagens jävsbestämmelser*

Jävsbestämmelserna i KL finns i 6 kap. 24–26 §§.

I 24 § KL stadgas att en förtroendevald eller anställd som är jävig i ett ärende hos en nämnd inte får delta eller närvara vid handläggningen av ett ärende. Denne får dock vidta åtgärder som inte någon annan kan vidta utan olägligt uppskov. Vidare framgår att den som känner till en omständighet som kan antas utgöra jäv mot denne, självmant ska ge det till känna. Har det uppkommit en fråga om jäv mot någon och har någon annan inte trätt i hans ställe, skall nämnden snarast besluta i jävsfrågan. Den som jävet gäller får delta i prövningen av jävsfrågan endast om nämnden inte är beslutför utan honom och någon annan inte kan tillkallas utan olägligt uppskov. Ett beslut i en jävsfråga får överklagas endast i samband med överklagande av det beslut varigenom nämnden avgör ärendet.

Av 25 § framgår att en förtroendevald eller en anställd hos kommunen eller landstinget är jävig, om

1. saken angår honom själv eller hans make, sambo, förälder, barn eller syskon eller någon annan närstående eller om ärendets utgång kan väntas medföra synnerlig nytta eller skada för honom själv eller någon närstående,
2. han eller någon närstående är ställföreträdare för den som saken angår eller för någon som kan vänta synnerlig nytta eller skada av ärendets utgång,
3. ärendet rör tillsyn över sådan kommunal verksamhet som han själv är knuten till,
4. han har fört talan som ombud eller mot ersättning biträtt någon i saken, eller
5. det i övrigt finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i ärendet.

Däremot stadgas i 26 § att jäv undantas när frågan om opartiskhet uppenbart saknar betydelse.

### 3.3.5 Upphandlingsmyndighetens uppdrag

Upphandlingsmyndigheten är en förhållandevis nyinrättad myndighet (2015) vars huvudsakliga ansvar är att utveckla, förvalta och stödja andra myndigheters upphandling. Detta är ett uppdrag som övergått från Konkurrensverket. Upphandlingsmyndighetens uppdrag regleras i förordning (2015:527) med instruktion för Upphandlingsmyndigheten. I 1 § stadgas att myndigheten ska verka för en rättssäker, effektiv och socialt och miljömässigt hållbar utveckling till nytta för både privatpersoner och näringsliv.

Ambitionen är att utveckla ett upphandlingsstöd i världsklass samt att synen på upphandling ska vara att det utgör ett strategiskt verktyg. Genom att ge stöd till upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer vill man kunna minska osäkerheten i olika sakfrågor.<sup>96</sup>

Av 2 § i förordningen framgår att Upphandlingsmyndighetens stöd ska inriktas på att;

1. bidra till att upphandlingar hanteras strategiskt, genom metodutveckling eller på annat sätt,
2. bidra till att upphandlingar planeras, genomförs, följs upp och utvärderas på ett ändamålsenligt sätt,
3. verka för ökad miljöhänsyn och sociala hänsyn samt utveckla och förvalta kriterier för miljöhänsyn, inklusive energikrav, och sociala hänsyn inom upphandling,
4. öka kompetensen om innovationsupphandling,
5. bidra till att hela inköpsprocessen kan genomföras elektroniskt och delta i standardiseringen av densamma,
6. underlätta för små och medelstora företag samt idéburna organisationer att delta i upphandling, samt
7. utveckla och förvalta en nationell databas för annonsering av valfrihetssystem samt en kriteriedatabas för miljöanpassad upphandling.

Vidare framgår av 7 b § att myndigheten ska verka för samarbete på EU-nivå. Bland annat ska man bistå upphandlande myndigheter och enheter från andra medlemsstater. Man ska arbeta för att underlätta utländska enheters kontakt med svenska myndigheter. Däribland ingår frågor gällande tekniska specifikationer, provningsrapporter, certifiering och märkning.

---

<sup>96</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/>

## *Upphandlingsmyndigheten och jäv*

Det uppdrag regeringen gett Upphandlingsmyndigheten anser man vara ytterligare ett verktyg som ska tjäna till att stävja jäv i offentlig upphandling. Detta genom att synliggöra jäv med hjälp av vägledning samt andra stödåtgärder. Man anser att överväganden om eventuella jävssituationer är en naturlig och integrerad del i upphandlande myndigheters handläggning av upphandlingsförfaranden.

Genom Upphandlingsmyndighetens uppdrag anser regeringen att man uppfyller kraven i artikel 24 i upphandlingsdirektivet.<sup>97</sup> Detta då myndigheten även ämnar stävja eventuella jävssituationer hos upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa FL alternativt KL.<sup>98</sup> Regeringen menar att det är att föredra att låta Upphandlingsmyndigheten vägleda kommunala myndigheter kring hur kommunala myndigheter bör tillämpa KL:s jävsbestämmelser snarare än att införa separata jävsbestämmelser i LOU.<sup>99</sup>

## *Överprövningar*

Upphandlingsmyndigheten utkom år 2016 med en rapport med statistik om offentlig upphandling. Syftet med rapporten ligger innanför ramen för uppdraget att utveckla, förvalta och sprida statistik på upphandlingsområdet.<sup>100</sup>

Av rapporten framgår att Sverige är den medlemsstat som under 2012 hade flest överprövningsärenden i första instans. Sverige med sina 3038 överprövningsärenden stod, tillsammans med Polens 2942 överprövningsärenden, för 36 procent av EU:s sammanlagda överprövningsärenden.<sup>101</sup> Vidare framgår av rapporten att upphandlande myndighet fick rätt i sju av tio överprövningar i förvaltningsrätten.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> Prop. 2015/16:195 s. 472

<sup>98</sup> A.a s. 472

<sup>99</sup> A.a s. 473

<sup>100</sup> Upphandlingsmyndigheten rapport 2016:2 *Statistik om offentlig upphandling 2016*

<sup>101</sup> Upphandlingsmyndigheten rapport 2016:2 *Statistik om offentlig upphandling 2016* s. 69

<sup>102</sup> Upphandlingsmyndigheten rapport 2016:2 *Statistik om offentlig upphandling 2016* s. 70

### 3.4 Remissyttranden

#### *Inledning*

I förarbetena till LOU går att utläsa att remissutfallet var blandat. Av de remissinstanser som ombads inkomma med yttrande skiljde bedömningen sig åt. Ekonomistyrningsverket, Stockholms läns landsting, Sveriges offentliga inköpare, svensk kollektivtrafik instämde i utredningens bedömning om att inte införa jävsbestämmelser i LOU. Utredningens bedömning har tidigare presenterats i denna uppsats och utvecklas därför inte vidare i detta avsnitt. Bedömningen att inte införa jävsbestämmelser delades emellertid inte av Advokatfirman Lindahl, Foyen advokatbyrå, Gotlands kommun, Lantbrukarnas riksförbund och Advokatfirman Delphi, vars remissyttranden presenteras nedan.

#### *Advokatfirman Lindahl*

Advokatfirman Lindahl är av uppfattningen att bestämmelserna i artikel 24 i upphandlingsdirektivet bör införas i svensk rätt. Jävsbestämmelserna i FL anses inte vara tillräckliga. FL är tillämplig på myndigheter, men inte på bland annat statliga och kommunala bolag. Trots att artikel 24 i upphandlingsdirektivet enligt ordalydelsen endast tar sikte på upphandlande myndigheter täcks alltså inte detta begrepp i sin helhet av FL:s jävsbestämmelser. Vidare menade Advokatfirman Lindahl att de allmänna principerna inte heller kan omfatta alla de typer av intressekonflikter som avses i artikel 24 i LOU-direktivet. Skadeeffekterna av jäv kan bli stora för både leverantörer och upphandlande myndigheter, särskilt i de fall då upphandlingen tvingas rättas eller göras om. Därför bör lagstiftaren tydligt reglera jävssituationen i upphandlingslagstiftningen.<sup>103</sup>

#### *Foyen advokatbyrå*

Foyen advokatbyrå uttryckte oro inför dubbel medverkan, dvs. tekniska konsultföretag som sitter på dubbla stolar, antingen direkt eller genom bolag i samma koncern. Detta är särskilt vanligt förekommande vid större infrastrukturprojekt. Ståndpunkten är att frågan borde utredas vidare. Vidare menade Foyen att rättsläget är oklart och man förutspådde att det kommer leda till ett stort antal överprövningar. Därför ansåg man att artikel 24 i upphandlingsdirektivet borde implementeras mer fullständigt.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Advokatfirma Lindahls remissvar från 2014-10-23 Remiss (S2014/5301/RU)

<sup>104</sup> Foyen advokatbyrå remissvar från 2014-10-01 Remiss (S2014/5301/RU)

### *Region Gotland*

Region Gotland anser att reglering av intressekonflikter behöver belysas ytterligare. Ståndpunkten är att betänkandet fäster ljus i stort sett på endast det statliga förvaltningsmyndighetsperspektivet vid övervägandet om en reglering av intressekonflikter kan behövas. Man påpekade i sitt remissyttrande att det i kommunal verksamhet är KL:s jävsbestämmelser som är tillämpliga och FL:s. Även Region Gotland menade att direktivet omfattar fler typer intressekonflikter än sådana som täcks av jäv. Region Gotland påpekade även att Sverige fått kritik för en underreglering av intressekonflikter tidigare.<sup>105</sup>

### *Lantbrukarnas riksförbund*

LRF menar att processen med att fastställa om en intressekonflikt föreligger kommer bli lång och tidskrävande. I nästa skede ska det avgöras om FL över huvudtagan är tillämplig på ärendet. Därefter ska den berörda persongruppen för jävsrisk identifieras. Till slut riskerar hela ärendet att läggas ner då det förvisso konstaterats att det föreligger en intressekonflikt, men att undantaget i FL 11 § ("Från jäv bortses när frågan om opartiskhet uppenbarligen saknar betydelse") kan göras gällande.

Upphandlingsdirektivet anger som lägsta "skyddsnivå" en reglering som motsvarar jävsreglerna dock utan formuleringen i förvaltningslagens § 11 om att det kan bortses från intressekonflikt om frågan anses sakna betydelse. LRF:s inställning är att det inte går att betrakta artikel 24 som införlivad i svensk lagstiftning genom en hänvisning till jävsreglerna. Det utgör en ofullständig och otillräcklig implementering av artikel 24 och de hänsyn som denna artikel ska tillgodose.

Vidare anförde LRF att man kan ifrågasätta om de grundläggande principerna, särskilt likabehandlingsprincipen, tillsammans med FL:s jävsbestämmelser är tillräckliga för att uppnå syftet med artikel 24. Detta eftersom EU-lagstiftaren själv har ansett det nödvändigt att komplettera de grundläggande principerna med en specifik artikel som reglerar specifikt intressekonflikter.

Vidare anfördes att upphandlingsdirektivens regler beskriver hur en upphandlingsprocess ska genomföras. Inte minst med tanke på det faktum att upphandling genomförs av många olika yrkesgrupper och att graden av förenkling bör öka, bör regler om intressekonflikter införas i lagen

---

<sup>105</sup> Region Gotland remissvar från 2014-10-25 RS 2014/400

om offentlig upphandling. Således anser LRF att bestämmelserna om intressekonflikter bör införas i svensk lag med det proaktiva förfarande som anges i direktivets artikel 24.<sup>106</sup>

#### *Advokatfirman Delphi*

Advokatfirma Delphi anförde att det i framtiden, med utvecklad EU-praxis, inte går att utesluta konflikt mellan de grundläggande principerna och FL:s jävsbestämmelser. Även Delphi återkom till att det finns upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av FL:s bestämmelser. Delphis inställning är att direktivens bestämmelser avseende intressekonflikter är klagörande och bör implementeras i svensk upphandlingslagstiftning. Som argument anförde Delphi att om unionslagstiftaren ansåg att relevanta jävsbestämmelser framgick av de grundläggande principerna skulle det ha sagnats anledning att särskilt reglera dessa i artikel 24. Att med endast hänvisning till de grundläggande principerna lämna ett område oreglerat menar Delphi leder till otydlighet samt att reglerna blir svårtillämpade. Principernas innebörd i enskilda situationer kan komma att helt i onödan svårtolkade.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> LRF:s remissvar från 2014-10-01 Dnr 2014/6909

<sup>107</sup> Advokatfirman Delphis remissvar 2014-10-30 Dnr: 2014/5303

## 4. Analys och slutsats

### 4.1 Analys

Som framgått av uppsatsen är regeringens argument mot att inte införa särskilda bestämmelser om jäv i nya LOU, att man anser grundläggande principer, jävsbestämmelser i FL och KL samt det uppdrag som givits Upphandlingsmyndigheten vara tillräckligt. Vad gäller just Upphandlingsmyndighetens uppdrag går det i förarbetena att läsa att denna ska verka för att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. Regeringen menar att det på så vis kan tillförsäkras att överväganden om eventuella jävssituationer är en naturlig och integrerad del i upphandlande myndigheters handläggning av upphandlingsförfaranden. Däremot nämns inga konkreta verktyg eller metoder för *hur* Upphandlingsmyndigheten ska stävja jäv. Inte heller nämns något om jäv i förordning (2015:527) med instruktioner för upphandlingsmyndigheten som ligger till grund för myndighetens uppdrag.

I förarbetena till nya LOU framför regeringen att FL:s regler med råge täcker de situationer som enligt direktiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter. Som argument anförs att FL omfattar fler typer av jäv än vad som avses i artikel 24. Det regeringen missar är att det finns upphandlande myndigheter som inte omfattas av bestämmelserna i varken FL eller KL (statliga och kommunala bolag). Bedömningen av vilka statliga och kommunala bolag som utgör offentligt styrda organ och kan likställas med myndigheter är komplex vilket framgått av rättsfallen som redovisas i uppsatsen.

Regeringen menar att Upphandlingsmyndighetens uppdrag är tillräckligt för att uppfylla direktivets krav avseende sådana upphandlande myndigheter som inte omfattas av varken FL:s eller KL:s jävsbestämmelser. Det kan ifrågasättas om detta är tillräckligt för att, som framgår av artikel 24, ”effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter”.

Mycket av lagrådets kritik har handlat om just de situationer som rör statliga och kommunala bolag där det är oklart om bolagen är skyldiga att tillämpa FL och KL. Kritiken framkom redan i 2007 års lagstiftningsärende och sedan dess har det alltså tillkommit en artikel om intressekonflikter i det nya upphandlingsdirektivet. Lagrådet framförde vid den tidpunkten att det borde klargöras i vilken mån FL:s bestämmelser är tillämpliga i ett upphandlingsförfarande hos en myndighet samt om motsvarande bestämmelser kan tillämpas

även på upphandlande enhet som inte utgör myndighet.

En fördel med att införa jävsbestämmelser i LOU hade varit att man genom att rättsläget därmed hade klargjorts och förtydligats, förhoppningsvis slipper kostsamma och tidskrävande överprövningar. Statistiken från Upphandlingsmyndighetens rapport om att Sverige är det medlemsland som har flest överprövningsärenden samt att upphandlande myndighet får rätt i sju av tio överprövningsärenden torde vara besvärande för regeringen. Att upphandlande myndigheter i så stor utsträckning får rätt tyder på att anbudsgivare anser att rättsläget är oklart och ansöker om överprövning utan sakliga skäl för det. Statistiken skulle kunna tyda på att rättsläget behöver klargöras. Även upphandlande myndigheter hade haft att vinna på att rättsläget klargjordes med särskilda jävsbestämmelser för att i så fall i större utsträckning slippa riskera drabbas av upphandlingsskadeavgifter för otillåten direktupphandling.

Ett argument som framförs av både Lantbrukarnas riksförbund och Advokatbyrån Delphi till varför det i svensk upphandlingslagstiftning bör finnas bestämmelser som reglerar jäv är den faktiska förekomsten av artikel 24. Remissinstanser menar att om EU-lagstiftaren hade ansett att det vore tillräckligt med de grundläggande principerna hade artikel 24 genast blivit överflödig.

Att det tidigare funnits bestämmelser om jäv i svensk upphandlingslagstiftning (upphandlingsförordningen) tyder på att lagstiftaren tidigare ansett att behovet funnits. Att dessa bestämmelser inte infördes i upphandlingslagstiftningen när Sverige gick med i EU beror på att det vid den tidpunkten saknades sådana bestämmelser i upphandlingsdirektiven. Nu däremot finns bestämmelser om intressekonflikter uttryckligen i artikel 24.

Regeringen menar att det vore olyckligt att jävsbestämmelser tillämpas olika i olika lagar, att det skulle leda till osäkerhet kring om jävsbestämmelser i LOU helt skulle ersätta eller bara komplettera FL:s jävsbestämmelser. Denna uppfattning delas inte av Advokatbyrån Delphi som tvärtom anser att sådana bestämmelser i LOU hade varit klargörande för rättsläget. Skyldigheten för upphandlande myndigheter att, som framgår av artikel 24, effektivt förebygga, identifiera samt avhjälpa intressekonflikter saknar motsvarighet i både FL- och KL:s jävsbestämmelser. Det borde vara en stor fördel för både upphandlande myndigheter och anbudsgivare att reglerna klargjordes i direkt tillämpliga lagar. Delphis uppfattning är istället att lämna ett område oreglerat med enbart hänvisning till grundläggande principer



leder till osäkerhet. Tydliga, uttryckliga bestämmelser torde inte leda till att ett rättsläge blir mer osäkert.

## 4.2 Slutsatser

Varför anses inte uttryckliga jävsbestämmelser behövas i LOU?

Regeringens bedömning är att Sverige genom grundläggande principer som myndigheter är skyldiga att tillämpa, jävsbestämmelser i FL och KL samt Upphandlingsmyndighetens uppdrag uppfyller kraven i artikel 24.

Har Sverige implementerat upphandlingsdirektivet i enlighet med EU:s syfte? Vilka eventuella argument finns för att införa jävsbestämmelser i svensk upphandlingslagstiftning? Även om det är regeringens bestämda uppfattning anser jag efter att ha analyserat förarbeten och remissyttranden att det är allt annat än klarlagt att så skulle vara fallet. Det är min bestämda uppfattning att det måste till fortsatta utredningar kring huruvida bestämmelserna bör införas i svensk upphandlingslagstiftning. Jag tycker mig finna svagheter i regeringens bedömning. Som jag ser det brister regeringens bedömning på framförallt tre punkter. För det första att det finns statliga och kommunala bolag som inte är skyldiga att tillämpa FL och KL. Det andra är regeringens argument för hur man menar att kraven avseende just sådana bolag ändå uppfylls, genom uppdrag till Upphandlingsmyndigheten. Det framgår varken av förarbeten eller i förordningen med instruktioner för Upphandlingsmyndigheten på vilket sätt myndigheten ska motverka jäv. Jag anser det vara tveksamt om denna reglering kan betraktas som tillräcklig för att uppfylla EU:s syfte med direktivet. Den tredje svagheten jag identifierar i regeringens bedömning är att man sätter allt för stort tillit till de grundläggande principernas betydelse. Hade EU-lagstiftaren ansett det vara tillräckligt hade skäl för att komplettera med artikel 24 saknats.

## **Abstract**

The purpose of public procurement is to use public funds in as efficient and competitive terms as possible. It is important that procurement is conducted commercially and that free movement of goods and services in the EU is promoted. As a member of the EU, Sweden is obliged to harmonize Swedish legislation with EU law. After reading Andrea Sundstrands article *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling i Upprättshandlig Tidsskrift*, it is not clear that Sweden really implemented the procurement directive fully according to the EU's purpose. The question could in any event be subject to further investigation. The government believes that other legislation and other methods fulfill its commitment to the EU. After examining the question, it is still not clear that Sweden meets the requirements. The legal situation is in no way established and the government's assessment differs from the referral bodies. The question will be subject to further investigations by the government, too.

## **Källförteckning**

### **Offentligt tryck**

#### **Regeringens propositioner**

Proposition 1973:73 Kungl. Maj:ts proposition angående riktlinjer för den offentliga handlingen

Proposition 1992/93:88 Om offentlig upphandling

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

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

Proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

#### **Statens offentliga utredningar**

SOU 1971:88 Offentlig upphandling regler och riktlinjer för stat och kommun: betänkande

SOU 1997:38 Myndighet eller marknad statsförvaltningens olika verksamhetsformer: rapport till Förvaltningspolitiska kommissionen

SOU 2004:22 Allmänhetens insyn i partiets och valkandidatens intäkter

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

SOU 2013:12 Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling

#### **Remissyttranden**

LRF:s remissvar från 2014-10-01 Dnr 2014/6909

Advokatfirman Delphis remissvar 2014-10-30 Dnr: 2014/5303

Region Gotland remissvar från 2014-10-25 RS 2014/400

Advokatfirma Lindahls remissvar från 2014-10-23 Remiss (S2014/5301/RU)

Foyen advokatbyrå remissvar från 2014-10-01 Remiss (S2014/5301/RU)

#### **Offentligt tryck från EU**

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

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

EUROPEISKA KOMMISSIONEN Bryssel den 20.12.2011 KOM(2011) 896 slutlig  
2011/0438 (COD) Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om  
offentlig upphandling

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

Strasbourg 4.11.1999: European Treaty Series nr 174

EUROPEISKA KOMMISSIONEN Bryssel den 3.3.2010 KOM (2010) 2020 slutlig  
MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar  
tillväxt för alla

## **Rättspraxis**

### **Avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen**

RÅ 2010 ref. 78

HFD-dom, 2011-06-07, mål 471-11

HFD-dom, 2016-06-29, mål 884-15

### **Avgörande från kammarrätten**

Kammarrätten i Stockholm, dom 2017-02-20, mål 5101-16

Kammarrätten i Stockholm, dom 2016-02-19, mål 7216-14

Avgörande från EU-domstolen

Mål C-360/96 BFI Holding ECLI:EU:C:1998:525

Mål C-373/00 Truley ECLI:EU:C:2003:110

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

Mål C-538/13 eVigilo Ltd ECLI:EU:C:2015:166

### **Justitieombudsmannen**

JO 1979/80

JO ärende 3497-2000

JO ärende 3006-2005

## Litteratur

Hellners, Trygve & Malmqvist, Bo *Förvaltningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik AB, 2010

Hettne, Jörgen och O. Eriksson (red.), *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, 2011

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.) *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur Lund 2014.

Pedersen, Kristian *Upphandlingens grunder*, fjärde upplagan, Jure förlag, 2017

Reichel, Jane. "EU-rättslig metod" i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur Lund 2014

Sundstrand, Andrea *Offentlig upphandling – en introduktion*, andra upplagan, Studentlitteratur, 2013

Wennersten, Ulrika *Immaterialrätt och skydd av samhällsideal*, avhandling vid Lunds universitet 2014

## Artiklar

### Upphandlingsrättslig Tidskrift

Andrea Sundstrand, *Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling*, 2014 nr.1

Mikael Engström, *Korruption i offentlig upphandling*, 2016 nr. 4

Juridisk tidskrift

Andrea Sundstrand, *Offentlig upphandling och korruption nr 1 2014/2015*

Alexandra Kessler, *Vänskapsrelationer – ett kryphål i brottsbalken?* nr 2 2013/14

Wiweka Warnling-Nerep, *Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?* nr 2 2006/07

## Rapporter

Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling- Om lagöverträdelser som konkurrensmedel, Rapport 2013:6

Upphandlingsmyndigheten rapport 2016:2 *Statistik om offentlig upphandling 2016*

## Övriga källor

### Internetkällor

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/> (hämtad 2017-05-23)

<https://www.transparency.org/what-is-corruption/> (hämtad 2017-05-23)

<http://www.transparency-se.org/Korruption.html> (hämtad 2017-05-23)

<http://www.dn.se/debatt/inget-tyder-pa-att-sverige-blivit-ett-mer-korrupt-land/> (hämtad 2017-05-13, låst artikel)