

# Länsrätternas domar om offentlig upphandling

Konkurrensverket 2007:2

Konkurrensverket mars 2007  
Utredare: Per-Arne Sundbom  
ISSN-nr 1401-8438  
CM Gruppen AB, Bromma 2007  
Foto: iStockphoto

## Förord

En viktig förutsättning för en effektiv konkurrens är att företagen har stabila och tydliga regler och att aktörerna får en rättssäker behandling vid ifrågasatta överträdelser av reglerna. Det gäller inte minst vid offentlig upphandling. Den offentliga sektorn annonserar årligen uppskattningsvis omkring 40 000 upphandlingar av varor och tjänster. Därutöver görs ett mycket stort antal inköp direkt hos leverantörer utan konkurrensutsättning.

Värdet av inköpen beräknas uppgå till mellan 300 och 400 miljarder kronor. Hur den offentliga upphandlingen fungerar kan därför ha stor betydelse för den offentliga sektorns kostnader.

Länsrätterna får under vissa förutsättningar och efter ansökan från en leverantör pröva om en upphandling har gjorts korrekt enligt lagen om offentlig upphandling. På senare år har antalet överprövningsmål kraftigt ökat.

Konkurrensverket har uppdragit åt Advokatfirman Delphi & Co att granska och analysera samtliga överprövningsmål i länsrätterna under första halvåret 2006. Syftet har varit att utifrån en genomgång av dessa mål redovisa vad leverantören främst klagat på, utfallet av länsrätternas prövning och kvaliteten på domarna. Advokatfirmans redovisning av uppdraget återfinns i kapitlen 1 – 5 i rapporten. Genomgången visar att det finns en rad problem vid offentlig upphandling. I rapporten lämnar Konkurrensverket förslag för att åtgärda problemen.

Stockholm i mars 2007

Claes Norgren  
Generaldirektör

# Innehåll

<b>Konkurrensverkets överväganden och förslag.....</b>	<b>6</b>
<b>1 Sammanfattning .....</b>	<b>11</b>
<b>2 Bakgrund, syfte och genomförande .....</b>	<b>19</b>
2.1 Bakgrund och syfte.....	19
2.2 Genomförande .....	20
<b>3 Lagen om offentlig upphandling .....</b>	<b>22</b>
3.1 Begreppet upphandling.....	24
3.2 Upphandlande enheter .....	25
3.2.1 Klassiska sektorn .....	25
3.2.2 Försörjningssektorerna .....	27
3.3 Grundläggande krav på en upphandling .....	29
3.4 Kvalificeringsfasen – krav som får ställas på leverantörerna .....	30
3.4.1 Uteslutningsprövning .....	30
3.4.2 Leverantörskvalificering.....	31
3.5 Utvärderingsfasen .....	33
3.6 Upplysningar om resultatet av en upphandling.....	34
3.6.1 Upplysningar till leverantörer som har deltagit i upphandlingen .....	34
3.6.2 Upplysningar till leverantörer som inte har deltagit i upphandlingen .....	35
3.6.3 Upplysningar om varför ansökan eller anbud har förkastats .....	36
3.6.4 Offentlighet och sekretess .....	37
<b>4 Överprövning och skadestånd .....</b>	<b>38</b>
<b>5 Analys av länsrätternas avgöranden .....</b>	<b>43</b>

5.1	De vanligaste grunderna för ansökan om överprövning.....	45
5.1.1	Vanliga skäl för länsrätternas bifall till leverantörens yrkande m.m. ....	47
5.2	Andra grunder för ansökan om överprövning .....	50
5.2.1	Uteslutningsprövning .....	50
5.2.2	LOU:s tillämplighet.....	51
5.2.3	Anbudslämnandet.....	52
5.2.4	Tilldelningsbeslutet.....	52
5.2.5	Avbruten upphandling.....	53
5.3	Inledning.....	54
5.4	Antalet överprövningar .....	55
5.5	Utgången i de granskade avgörandena.....	55
5.6	De vanligaste grunderna för ansökan om överprövning.....	57
5.6.1	Förfrågningsunderlagets utformning .....	57
5.6.2	Skall-krav avseende leverantörerna och föremålet för upphandlingen.....	62
5.6.3	Skall-krav avseende leverantörerna.....	62
5.6.4	Skall-krav avseende föremålet för upphandlingen.....	65
5.6.5	Anbudsutvärderingen .....	68
5.6.6	Klagomål på förfrågningsunderlag och anbudsutvärdering.....	71
5.7	Andra grunder för ansökan om överprövning .....	73
5.7.1	Avbruten upphandling.....	73
5.7.2	Miljökrav och sociala krav.....	74
5.7.3	Ramavtal .....	76
5.8	Allmänna iakttagelser och slutsatser .....	78
	<b>Referenser .....</b>	<b>83</b>

## Konkurrensverkets överväganden och förslag

Det finns starkt stöd för att en väl fungerande konkurrens leder till en effektiv resursfördelning i samhället och att införande av konkurrens har stor betydelse för ökad produktivitet och tillväxt. Konkurrensen mellan aktörerna stimulerar utvecklingen av nya lösningar och produkter samt ökar garantin för hög kvalitet och låga priser på varor och tjänster.

Dessa positiva effekter för samhället och konsumenterna förutsätter dock att marknadsaktörerna ges förutsättningar att tävla på lika villkor. Viktiga medel för att hindra att konkurrensen sätts ur spel är konkurrenslagsstiftningen och lagen om offentlig upphandling (LOU). Båda regelverken bygger på EG-lagstiftning.

De offentliga inköpen beräknas svara för omkring en tredjedel av den offentliga sektorns kostnader. Det är således väsentligt för samhällsekonomin och medborgare/konsumenter att inköpen utmärks av hög kvalitet och låga priser. Det förutsätter dock en effektiv upphandling och en väl fungerande konkurrens.

Grundprinciper som styr offentlig upphandling är lika och rättvis behandling och icke-diskriminering av anbudssökande och anbudsgivare, oavsett nationalitet, samt anbud. Andra viktiga principer är ömsesidigt erkännande av kompetens och intyg (vilket påverkar de utländska leverantörernas anbudsmöjligheter), proportionalitet (ett samband mellan ställda krav och det som upphandlas) samt transparens eller öppenhet. Det senare innebär i korthet att förfarandet vid upphandlingen är förutsebart och att det finns insyn och möjlighet att kontrollera upphandlingsprocessen.

För närvarande gäller att förvaltningsdomstol (första instans länsrätten) får, under pågående upphandling och efter ansökan från en leverantör, besluta att upphandlingen skall göras om ifall upphand-

laren har gjort fel enligt LOU. Ett alternativt beslut är att upphandlingen får avslutas först när rättelse har gjorts.

Som framgår av denna rapport har på senare år antalet överprövningsmål i nämnda domstolar kraftigt ökat. En del av ökningen kan förklaras med att leverantören har getts förbättrade möjligheter att senast tio dagar efter att beställaren beslutat om val av leverantör få beslutet prövat av länsrätten.

En vanlig framförd uppfattning bland upphandlande enheter är att leverantörer mycket eller alltför ofta "går till" domstol för att få prövat om upphandlingen gått rätt till enligt LOU. Under första halvåret 2006 har länsrätterna avgjort 572 överprövningsmål. Dessa motsvarar uppräknat för helår uppskattningsvis mellan 2 och 3 procent av totala antalet annonserade upphandlingar under ett år. Det kan inte gärna anses vara en anmärkningsvärd stor andel, inte minst med hänsyn till att det kan vara svårt för upphandlande enheter att alltid genomföra regelrätta upphandlingar.

Vidare har upphandlande enheter framfört att ökningen av överprövningsmålen beror på – utöver ovan nämnda skäl – att leverantörer i många fall vänder sig till domstol enbart för att störa konkurrenter eller att man trots vetskapen om att man inte lämnat det förmånligaste anbudet ändå anmäler myndigheten till domstolen, s.k. okynnesanmälningar. Denna rapport visar dock att länsrätterna så ofta som i en tredjedel av domarna gett leverantören rätt. Det finns enligt den aktuella undersökningen heller inget stöd för att okynnesanmälningar är vanliga.

En rad statliga utredningar har visat att den offentliga upphandlingen behöver väsentligt förbättras, vilket kan medföra stora kostnadsbesparingar för samhället.<sup>1</sup> Det råder stor enighet om att bristerna bl.a. beror på att upphandlande enheter i för liten utsträckning har satsat på en effektiv upphandlingsfunktion men även att upphandlingsreglerna inte alltid är enkla att följa.

Av denna rapport framgår att i över hälften av de granskade domarna under första halvåret 2006 har leverantören klagat på brister i förfrågningsunderlaget, dvs. problemet tycks inte främst vara reglerna i sig utan att beställaren har svårt att ställa ändamålsenliga krav på produkter och leverantörer. En annan viktig slutsats som dras av den aktuella granskningen är att leverantörer som klagat på att en upphandlande enhet gjort avsteg från förfrågningsunderlaget vid val av anbudsgivare har större möjlighet att vinna länsrättens bifall än om enheten gjort en felaktig jämförelse eller utvärdering av anbudet.

Det kan även noteras att undersökningen visar att antalet överprövningar som rör beställarens anbudsutvärdering har ett samband med kunskapen hos leverantörerna om LOU. Leverantörer med begränsade kunskaper om lagen förefaller vara mer benägna att klaga på beställarens utvärdering än andra anbudsgivare. Leverantörerna har allmänt sett mycket att vinna på att öka sin kunskap om upphandlingsreglerna.

I den allmänna debatten framförs ofta att de små företagen bör få bättre förutsättningar att bli leverantörer åt staten, kommunerna och landstingen. De små företagen kan bidra till en fungerande konkur-

---

<sup>1</sup> Se bl.a. Upphandlingskommitténs, Bygg- och Förtroendekommissionens betänkanden SOU 1999:139, SOU 2002:115 resp. SOU 2004:47; Riksrevisionens rapporter Statliga bolag och offentlig upphandling (RiR 2006:15) och Samordnade inköp (RiR 2005:10) samt rapporterna Småföretag och offentlig upphandling (R 2005:21) och Offentlig upphandling i EU och USA (A2004:027) av NUTEK resp. ITPS (Institutet för tillväxtpolitiska studier).



rens och en effektivare resursanvändning. Redovisade brister som gäller förfrågningsunderlag kan särskilt missgynna små företag.

LOU har varit i kraft i över tio år. Efter så lång tid bör den offentliga upphandlingen kunna bedrivas effektivare än vad som framkommer av denna rapport. Konkurrensverket anser att det är angeläget att såväl staten som kommuner och landsting satsar än mer på utbildning och information om offentlig upphandling för att bättre garantera att den offentliga sektorn gör förmånliga inköp till nytta för det allmänna och medborgare eller konsumenter.

Det synes vara särskilt viktigt att öka beställares kunskaper om hur man bör utforma ett förfrågningsunderlag med avseende på krav på aktuella produkter och leverantörer för att få en väl fungerande konkurrens vid upphandlingen. Det senare är en huvudförutsättning för att den offentliga sektorn ska kunna göra förmånliga inköp.

Konkurrensverket har i skrivelse till regeringen i oktober 2006 (dnr 582/2006) rubricerad "Offentlig sektor – konkurrens för ökad effektivitet och tillväxt" föreslagit en rad åtgärder för att allmänt sett förbättra den offentliga upphandlingen. En del av förslagen gäller en effektivare statlig tillsyn. Den undersökning som redovisas i denna rapport understryker vikten av att Konkurrensverkets förslag i denna del genomförs.

Av rapporten framgår, vilket är allvarligt i ett samhällsekonomiskt perspektiv, att länsrätterna i stor utsträckning bedömer samma rättsfrågor helt olika och att domarna är knapphändigt motiverade. För närvarande finns heller inte en väl utvecklad rättspraxis. En bidragande orsak till dessa förhållanden får anses vara nuvarande begränsade förutsättningar att få länsrättsdomar prövade i kammarrätten.

Konkurrensverket föreslår att regeringen ser över domstolsstrukturen på upphandlingsområdet. I sammanhanget bör även analyseras vilka effekter den restriktiva tillämpningen av prövnings-

tillstånd har haft på rättsutvecklingen och rättssäkerheten. Genom att skapa en mer enhetlig rättspraxis kan även antalet överprövningar minska.

De föreslagna åtgärderna bör kunna bidra till en bättre fungerande konkurrens vid upphandlingen, en effektivare resursanvändning i den offentliga sektorn och ökad konsumentnytta.

# 1 Sammanfattning

Lagen (1992:528) om offentlig upphandling, LOU, syftar till att förhindra att myndigheter och andra offentliga organ, s.k. upphandlande enheter, använder offentliga medel till att snedvrیدا konkurrensen genom att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, ställa upp handelshinder eller genom att beakta andra ovidkommande hänsyn. Bestämmelserna i LOU bidrar därigenom till att skapa gynnsamma förutsättningar för en fungerande konkurrens, dvs. en marknad där såväl upphandlande enheter som företag och konsumenter får tillgång till produkter med hög kvalitet och låga priser.

Det är dock vanligt att leverantörer anser att upphandlande enheter inte har följt reglerna i LOU. I dessa fall har leverantörerna rätt att hos länsrätten ansöka om att få upphandlingen prövad, genom s.k. överprövning. Om länsrätten anser att den upphandlande enheten har brutit mot reglerna i LOU och att leverantören genom överträdelsen lidit eller riskerat att lida skada, kan länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas i något avseende.

Av Domstolsverkets statistik framgår att antalet överprövningsmål enligt LOU har ökat konstant de senaste fem åren. Denna ökning beror till stor del på att bestämmelserna om överprövning ändrades den 1 juli 2002 till följd av EG-domstolens dom i Alcatelmålet. Dessa ändringar har bl.a. inneburit att det blivit lättare att få information om resultatet av en upphandling och att ansöka om överprövning.

Antalet avgöranden under den analyserade perioden, dvs. första halvåret 2006, varierar något från månad till månad men är flest i juni. Dock är denna fördelning normal. Länsrätterna avgör historiskt sett fler mål i juni och december vilket möjligen beror på stundande ledigheter/semestrar. Vi är övertygade om att en analys under ett

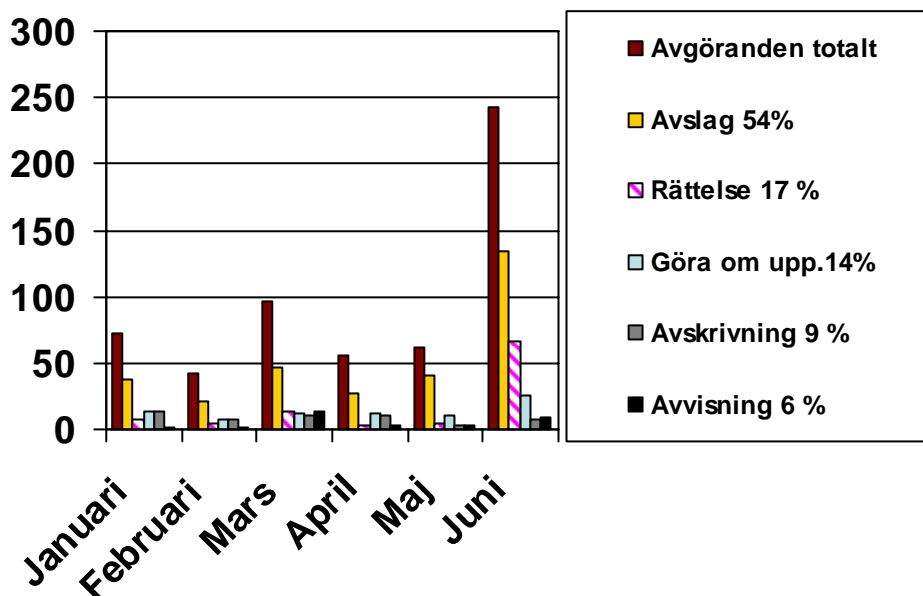
helår inte hade lett till annat än högst marginella skillnader i resultatet.

Av de 572 avgöranden (domar och beslut) från första halvåret 2006 som utgjort underlaget till denna rapport har länsrätten beslutat att upphandlingen skall rättas eller göras om i omkring 31 procent av fallen. Omkring en tredjedel av de upphandlingar som överprövats har således ansetts innehålla sådana fel att den klagande leverantören lidit eller riskerat att lida skada.

Det finns dock faktorer som talar för att den faktiska bifallsfrekvensen (det antal avgöranden som innebär en framgång för den sökande) sannolikt är högre än den formella bifallsfrekvensen (det antal avgöranden som innebär att upphandlingen skall rättas eller göras om). En sådan faktor är att vissa avgöranden som formellt redovisas som en förlust för leverantören i praktiken utgör en framgång.

Om t.ex. leverantören yrkat att upphandlingen skall göras om och den upphandlande enheten självmant avbryter upphandlingen för att påbörja en ny upphandling avskrivs normalt målet, eftersom syftet med leverantörens ansökan då anses ha förfallit. I formell mening utgör ett sådant avskrivningsbeslut inte en framgång för leverantören, trots att leverantören uppnått syftet med sin ansökan om överprövning, dvs. att upphandlingen skall göras om. De påståenden som ibland framförs att de skulle vara vanligt med s.k. okynnesöverprövningar, dvs. närmast grundlösa ansökningar om överprövning, förefaller även vara överdrivna.

Utfallet av länsrätternas avgöranden under den granskade perioden framgår av diagrammet på omstående sida.



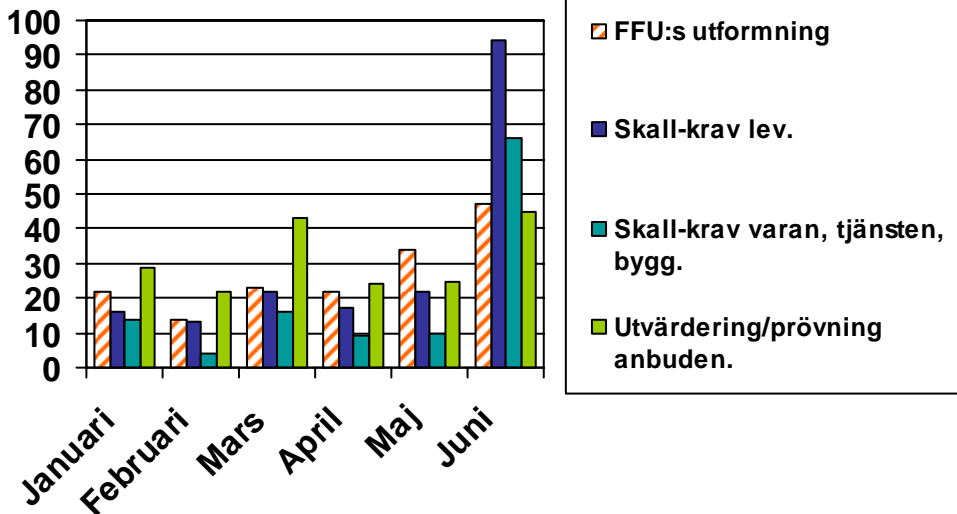
I de fall länsrätten beslutat att upphandlingen skall göras om har leverantören i de allra flesta fall anfört att förfrågningsunderlaget haft sådana brister att anbudsgivarna inte haft möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. I samband med detta klagar leverantören normalt också på att den upphandlande enheten utvärderat anbuden felaktigt. Det förekommer också att leverantörer framför att den upphandlande enheten begått fel vid bedömningen av anbudsgivarnas ekonomi eller tekniska förmåga, men det är mindre vanligt att detta leder till att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om.

Ett utfall som inte är lika vanligt som att upphandlingen skall göras om är att länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först efter rättelse. I många av de mål där länsrätten ansett det mest lämpligt att besluta om rättelse har leverantören, som grund för sitt yrkande, anfört att den upphandlande enheten begått fel vid bedömningen av anbudsgivarnas ekonomi eller tekniska förmåga.

Normalt rör det sig i dessa fall om att leverantören anser att en annan leverantör i upphandlingen, t.ex. den vinnande anbudsgivaren, inte har uppfyllt något eller några av de obligatoriska kraven, de s.k. skall-kraven. Sådana krav förekommer i alla upphandlingar och ställs både på leverantörerna och på föremålet för upphandlingen. Skall-kraven måste vara uppfyllda för att ett anbud skall få tas med i anbudsutvärderingen.

Av de avgöranden som omfattas av undersökningen enligt denna rapport är följande grunder vanligast i en ansökan om överprövning.

- Brister i förfrågningsunderlagets utformning
- Felaktig bedömning av huruvida skall-krav på föremålet för upphandlingen har varit uppfyllda (ofta avses konkurrenters anbud)
- Felaktig bedömning av huruvida skall-krav på leverantörerna har varit uppfyllda (ofta rörande konkurrenterna)
- Felaktigheter i utvärderingen av anbudena



Frågor om förfrågningsunderlaget blir ofta föremål för överprövning. Detta beror i många fall på missförstånd eller felaktiga förväntningar hos såväl upphandlande enheter som leverantörer. I många fall kan dessa problem tillskrivas ett bristfälligt utformat förfrågningsunderlag, men det kan även finnas andra förklaringar. En sådan förklaring är att upphandlande enheter och leverantörer ofta utgår från olika förutsättningar. Även om framsteg gjorts under senare år talar undersökningen entydigt för att det krävs ytterligare utbildningsinsatser riktade främst till upphandlande enheter, men även till leverantörer.

Det är vanligt att leverantörer klagar på den upphandlande enhetens hantering av skall-krav rörande leverantörerna (ca 31 procent av de granskade avgörandena). Sådana ansökningar har i 15 procent av de granskade fallen lett till att länsrätten beslutat att upphandlingen skall rättas eller göras om. Det är också vanligt eller i ca 20 procent av de granskade avgörandena, att leverantörer ansöker om överprövning på grund av att de är missnöjda med den upphandlande enhetens hantering av skall-krav för de aktuella varorna, tjänsterna eller byggentreprenadarbetena. Sådana ansökningar har i 65 procent av de granskade fallen lett till att länsrätten beslutat att upphandlingen skall rättas eller göras om.

Typiskt sett rör det sig här om att den upphandlande enheten och den sökande har olika uppfattning om hur de uppställda kraven skall tolkas vilket kan, men inte behöver, bero på att kraven fått en otydlig eller tvetydig utformning. Det kan även vara fråga om att leverantörens uppfattning om den egna produktens kvalitet inte överensstämmer med de faktiska förhållandena. Det förefaller dock, under alla förhållanden, finnas ett betydande utrymme för förbättringar av de krav som ställs vid upphandlingar.

Upphandlande enheters anbudsutvärdering blir ofta föremål för överprövning. Det är i dessa fall vanligt att leverantören anför att utvärderingen inte genomförts på det sätt som förespeglats i förfråg-

ningsunderlaget. Det är också vanligt att leverantören anför att det egna anbudet fått en alltför negativ bedömning jämfört med det vinnande anbudet, alternativt att det vinnande anbudet fått en alltför positiv bedömning jämfört med det egna anbudet.

I detta avseende kan man märka en skillnad mellan leverantörer med goda kunskaper om LOU och leverantörer som saknar sådana kunskaper. Leverantörer med begränsade kunskaper om LOU förefaller vara mer benägna att klaga på hur den upphandlande enheten poängsatt eller på annat sätt jämfört anbuderna med varandra. Leverantörer med goda kunskaper om lagen klagar däremot i högre utsträckning på att den upphandlande enheten gjort avsteg från förfrågningsunderlaget.

Granskningen visar också att det är mer sannolikt att en ansökan som grundas på att den upphandlande enheten gjort avsteg från förfrågningsunderlaget leder till framgång än en ansökan som grundas på att enheten gjort en felaktig jämförelse mellan anbuderna.

Den statliga Upphandlingsutredningen 2004 (dir 2004:47), vars huvuduppgift var att införliva nya EG-regler på upphandlingsområdet i svensk rätt, skulle även ta ställning till om en s.k. preklusionsfrist bör införas vid upphandling. En preklusionsfrist innebär att den leverantör som vill ansöka om överprövning av ett visst steg i upphandlingsprocessen, t.ex. förfrågningsunderlagets utformning, måste göra det inom viss tid. Om så inte sker prekluderas leverantörens rätt att ansöka om överprövning, dvs. rätten till överprövning av den aktuella fasen i upphandlingen upphör.

Eventuella felaktigheter i förfrågningsunderlaget upptäcks dock ofta först när anbudsgivarna tar del av resultatet av upphandlingen, eftersom det dessförinnan inte alltid stått klart hur den upphandlande enheten avsett att tolka och tillämpa förfrågningsunderlaget. Granskningen visar att detta får till följd att leverantörer ofta klagar både på förfrågningsunderlagets utformning och på hur anbuds-



utvärderingen genomförts. Denna tendens ger stöd åt Upphandlingsutredningens slutsats att nackdelarna med en preklusionsfrist överväger fördelarna. Upphandlingsutredningens bedömning att någon preklusionsfrist inte bör införas förefaller därför vara väl avvägd.

Utöver de grunder för överprövning som nämnts ovan har vid granskningen även framkommit ett antal andra grunder som bedömts vara av intresse att belysa inom ramen för undersökningen.

- Uteslutningsprövning
- LOU:s tillämplighet
- Tilldelningsbeslutet
- Anbudslämnande
- Upphandlande enhets beslut att avbryta pågående upphandling
- Miljökrav och sociala krav
- Ramavtal

Det faktum att olika typer av sociala krav och miljökrav sällan blir föremål för överprövning kan förklaras på olika sätt. Dels ställer de upphandlande enheterna kanske endast undantagsvis krav som är så höga att leverantörerna har svårt att uppfylla dem, dels kan det vara så att leverantörernas privata kunder redan ställer så höga krav att leverantörerna inte har några svårigheter att uppfylla de upphandlande enheternas krav. På vilket sätt det förhåller sig i detta avseende kan dock inte fastställas baserat på de avgöranden som utgör underlaget för denna rapport, eftersom inget avgörande under perioden rör diskriminerande sociala krav eller miljökrav.

Det bör framhållas att många av de granskade avgörandena på ett tydligt sätt redovisar skälen för avgörandet och de överväganden länsrätten gjort. Det skall också betonas att riktigheten i de enskilda

avgörandena inte ifrågasätts i denna rapport. Emellertid står det mot bakgrund av den gemomförda granskningen klart att en stor andel av länsrätternas avgöranden är mer eller mindre knapphändigt motiverade och att det föreligger påtagliga skillnader mellan olika länsrätters bedömning av samma rättsfrågor.

Därtill kommer att länsrätterna i många fall hänvisar till bestämmelser i 1 kap. LOU trots att det av materialet framgår att det rör sig om en upphandling under tröskelvärdena enligt 6 kap. LOU där dessa bestämmelser inte är tillämpliga. Detta utgör ett allvarligt rättsäkerhetsproblem och skapar osäkerhet för såväl upphandlande enheter som leverantörer. Denna osäkerhet genererar sannolikt kostnader för samhället i form av onödiga överprövningar, dels för att upphandlande enheter har svårt att bedöma rättsläget, dels för att leverantörer inte vet vad de har rätt att förvänta sig av de upphandlande enheterna.

Ett sätt att minska detta problem skulle kunna vara att försöka åstadkomma en mer enhetlig rättspraxis på upphandlingsområdet, t.ex. genom att koncentrera överprövningsmålen till ett fåtal länsrätter under varje kammarrätt. En fördel för utvecklingen av praxis vore också att, i vart fall under en övergångstid, avskaffa kravet på prövningstillstånd i kammarrätten.

## 2 Bakgrund, syfte och genomförande

### 2.1 Bakgrund och syfte

Lagen (1992:528) om offentlig upphandling, LOU, syftar till att förhindra att myndigheter och andra offentliga organ, s.k. upphandlande enheter, använder offentliga medel till att snedvrیدا konkurrensen genom att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, ställa upp handelshinder eller genom att beakta andra ovidkommande hänsyn. Bestämmelserna i LOU bidrar därigenom till att skapa gynnsamma förutsättningar för en fungerande konkurrens, dvs. en marknad där såväl upphandlande enheter som företag och konsumenter får tillgång till produkter med hög kvalitet och låga priser.

Det är dock vanligt att leverantörer anser att upphandlande enheter inte har följt reglerna i LOU. I dessa fall har leverantörerna rätt att hos länsrätten ansöka om att få upphandlingen prövad, genom s.k. överprövning. Om länsrätten anser att den upphandlande enheten har brutit mot reglerna i LOU och att leverantören genom överträdelsen lidit eller riskerat att lida skada, kan länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas i något avseende.

Antalet överprövningsmål enligt LOU har ökat konstant de senaste fem åren. Domstolsverket för statistik över antalet överprövningsmål i länsrätterna. Av denna statistik framgår dock endast antalet inkomna respektive avgjorda mål. För närvarande saknas således tillförlitlig statistik av kvalitativ natur.

Konkurrensverket har gett Advokatfirman Delphi & Co KB i uppdrag att sammanställa och analysera de överprövningsmål som avgjorts av länsrätterna under det första halvåret 2006.

Det övergripande syftet med projektet har varit att, efter sammanställning av länsrätternas avgöranden, göra en kvalitativ analys av materialet vilken Konkurrensverket kan använda inom ramen för sitt arbete med att främja en effektiv konkurrens i såväl offentlig som privat sektor till nytta för det allmänna och konsumenterna. Ett annat syfte har varit att få en nyanserad debatt om leverantörernas ansökningar om överprövning av offentliga upphandlingar och att få ett bättre underlag för politiska beslut och prioriteringar på upphandlingsområdet.

## 2.2 Genomförande

Underlaget till denna rapport utgörs av avgöranden, enligt LOU, från länsrätterna under det första halvåret 2006. Med *avgöranden* avses länsrätternas domar och slutliga beslut (mer om dessa begrepp nedan i avsnitt 3). Sett ur ett statistiskt perspektiv motsvarar varje avgörande ett mål (dvs. ett målnummer), vilket innebär att det beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan finnas mer än ett avgörande rörande en viss upphandling. Så kan t.ex. vara fallet om flera leverantörer ansökt om överprövning av samma upphandling, eller om flera upphandlande enheter genomfört en samordnad upphandling, dvs. gemensamt genomfört *en* upphandling.

Avgörande för urvalet har varit datum för avgörande, oavsett när ansökan om överprövning gjorts. Avgörandena har inhämtats från Nämnden för offentlig upphandling, NOU, som för närvarande är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige. Enligt de handläggningsrutiner som gäller för de allmänna förvaltningsdomstolarna skall NOU tillställas ett exemplar av alla domar och slutliga beslut i överprövningsmål.

Målsättningen har varit att underlaget skall omfatta samtliga länsrättsavgöranden under den aktuella perioden. Sedan tidigare är det dock känt att ett fåtal avgöranden inte kommer NOU tillhanda.

Att så är fallet framgår vid en jämförelse mellan antalet avgöranden inkomna till NOU och faktiska antalet avgjorda överprövningsmål enligt Domstolsverkets statistik. Denna rapport omfattar således avgörandena från länsrätterna under det första halvåret 2006 med undantag för dem som inte kommit NOU tillhanda.

Samtliga avgöranden som utgör underlaget för denna rapport har granskats av jurister verksamma inom Delphi & Co:s kompetensgrupp för EU- konkurrensrätt och offentlig upphandling och sammanställts enligt en på förhand fastställd mall. Denna innehåller kriterier för sortering av avgörandena utifrån de frågor som varit föremål för prövning i respektive mål. Denna sortering har sedan legat till grund för den kvantifiering av underlaget som redovisas i kapitel 5.

Det avslutande avsnittet med generella slutsatser är baserat främst på vad som framkommit vid sammanställningen av de avgöranden som utgör underlaget för rapporten, men även på Delphi & Co:s erfarenheter av arbetet med rättsfall m.m. inom området offentlig upphandling.

Rapporten har utarbetats av Kristian Pedersen och Michael Juhlin under ledning av Anna Ulfsdotter Forssell, som är delägare i den nämnda advokatfirman och ansvarig för dess kompetensgrupp för EU-konkurrensrätt och offentlig upphandling.

### 3 Lagen om offentlig upphandling

Lagen om upphandling, LOU, trädde i kraft den 1 januari 1994 som en direkt följd av Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen (EU). Bestämmelserna i LOU bygger huvudsakligen på EG-direktiv i de delar som gäller för upphandling över vissa s.k. tröskelvärden.<sup>2</sup> De delar av LOU som gäller för upphandlingar under tröskelvärdena och för upphandling av s.k. B-tjänster<sup>3</sup> liknar i mångt och mycket bestämmelserna för upphandling över tröskelvärdena, men har delvis utformats med äldre svenska upphandlingsbestämmelser som förebild.<sup>4</sup> Dessutom gäller samma grundläggande principer vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena.

Enligt EG-domstolens praxis har de flesta bestämmelserna i upphandlingsdirektiven s.k. direkt effekt. Detta innebär att bestämmelserna kan åberopas av enskilda leverantörer i de svenska domstolarna, oavsett om bestämmelserna införlivats korrekt i den svenska lagstiftningen.<sup>5</sup> Vid eventuella skillnader mellan upphandlingsdirektiven och LOU har därför i normalfallet bestämmelserna i upphandlingsdirektiven företräde framför de svenska reglerna.

Syftet med de EG-direktiv som ligger bakom LOU är att bidra till förverkligandet av EU:s inre marknad genom att motverka hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster. Dessutom skall direktiven främja den gränsöverskridande handeln genom att ge rättsligt

---

<sup>2</sup> Gällande tröskelvärden framgår av förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>3</sup> A-tjänster är sådana tjänster som är förtecknade i avdelning A i bilagan till LOU och som av tradition ansetts lämpa sig väl för gränsöverskridande handel, t.ex. underhåll och reparation av motorfordon, landtransporter, finansiella tjänster, fastighetsförvaltning etc. B-tjänster är sådana tjänster som är förtecknade i avdelning B i bilagan till LOU och som på motsvarande sätt ansetts mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel, t.ex. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster, hälso- och sjukvårdstjänster etc.

<sup>4</sup> Främst upphandlingsförordningen (1986:366)

<sup>5</sup> Mål C-76/97 Tögel

skydd åt leverantörer som är etablerade i en medlemsstat och som vill erbjuda varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten åt offentliga organ, upphandlande enheter, i en annan medlemsstat.<sup>6</sup>

Syftet med LOU är med andra ord inte i första hand att säkerställa att den offentliga sektorn gör bra affärer vid köp av varor, tjänster och byggtreprenader, utan att förhindra att offentliga medel används till att snedvrیدا konkurrensen genom diskriminering eller gynnande av vissa leverantörer, uppställande av handelshinder eller beaktande av andra ovidkommande hänsyn. Däremot förväntas den fria rörligheten på den inre marknaden i förlängningen leda till en sund konkurrens och därmed till att såväl företag och upphandlande enheter som konsumenter får tillgång till produkter av hög kvalitet till förmånliga priser.

Bestämmelserna i LOU är indelade i sju kapitel. Till LOU hör också en bilaga bestående av tre olika delar.

- 1 kap. innehåller definitioner och grundläggande bestämmelser som gäller för all upphandling
- 2 kap. innehåller bestämmelser om upphandling av varor över tröskelvärdena.
- 3 kap. innehåller bestämmelser om upphandling av byggtreprenader över tröskelvärdena.
- 4 kap. innehåller bestämmelser om upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader som görs av upphandlande enheter i de s.k. försörjningssektorerna över tröskelvärdena.
- 5 kap. innehåller bestämmelser om upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena.

---

<sup>6</sup> Se bl.a. mål C-380/98 University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction.

- 6 kap. innehåller bestämmelser om upphandling av varor, byggentreprenader samt A-tjänster under tröskelvärdena och B-tjänster oavsett värde. Därutöver innehåller 6 kap. bestämmelser om försvarsupphandling och annan upphandling som rör rikets säkerhet och som därför omfattas av särskilda bestämmelser.
- 7 kap. innehåller bestämmelser om de s.k. rättsmedlen, dvs. överprövning och skadestånd, och om tillsynen över den offentliga upphandlingen.
- Avdelning A i bilagan består av en förteckning över sådana tjänster som av tradition ansetts lämpa sig väl för gränsöverskridande handel, s.k. A-tjänster.
- Avdelning B i bilagan innehåller en förteckning över tjänster som på motsvarande sätt ansetts lämpa sig mindre väl för gränsöverskridande handel, s.k. B-tjänster.
- Avdelning C i bilagan innehåller en förteckning över byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten.

### 3.1 Begreppet upphandling

Upphandling innebär enkelt uttryckt tilldelning av offentliga kontrakt, s.k. upphandlingskontrakt. LOU:s bestämmelser styr hur offentliga aktörer skall agera när de väljer vilken leverantör de skall ingå avtal med. Med upphandling avses enligt definitionen i LOU upphandlande enheters köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster (1 kap. 5 §). Upphandling är således endast anskaffningar som görs av upphandlande enheter. LOU är inte tillämplig då upphandlande enheter säljer eller hyr ut varor, tjänster eller byggentreprenader.

Begreppet upphandlingskontrakt är avsett att tolkas extensivt. Det omfattar alla former av ekonomiskt mätbar ersättning som en upphandlande enhet betalar till en leverantör, och alla olika sätt på vilka



en leverantör, i utbyte mot ersättning, levererar varor till en upphandlande enhet, samt utför tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten för en upphandlande enhets räkning. Ett avtal måste således, för att anses vara ett upphandlingskontrakt, innehålla ömsesidiga förpliktelser. Ensidiga utfästelser utan krav på motprestation, t.ex. gåvor, omfattas därför inte av LOU. Däremot omfattas bytesavtal, eftersom det vid byten sker ett utbyte av ekonomiskt mätbara prestationer.

Det avgörande för om en transaktion innebär tilldelning av upphandlingskontrakt är enligt EG-domstolens praxis transaktionens faktiska innebörd och inte dess yttre form.<sup>7</sup> Vad parterna väljer att kalla sitt avtal saknar betydelse; även transaktioner som parterna inte benämner köp, leasing, hyra eller hyrköp omfattas av LOU om den faktiska innebörden av transaktionen är att leverantören, mot någon form av ekonomiskt mätbar ersättning, levererar varor eller utför tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.

## 3.2 Upphandlande enheter

De organisationer som skall följa LOU benämns upphandlande enheter. I LOU görs åtskillnad mellan upphandlande enheter i den s.k. klassiska sektorn och upphandlande enheter i de s.k. försörjningssektorerna.

### 3.2.1 Klassiska sektorn

Den klassiska sektorn utgörs av offentlig sektor (i traditionell bemärkelse) samt av organisationer som är nära knutna till den offentliga

---

<sup>7</sup> Mål C-399/98 Ordine degli Architetti

sektorn. Upphandlande enheter i den klassiska sektorn är enligt 1 kap. 5 § LOU:

- statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
- Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter, dock endast i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen.<sup>8</sup>

Dessutom är, enligt 1 kap. 6 § LOU, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse upphandlande enheter, under förutsättning att det aktuella behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Dessutom krävs för att en sådan organisation skall vara upphandlande enhet att:

- kapitalet huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, eller
- upphandlingen står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
- styrelsen till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

I den grupp som definieras i 1 kap. 6 § LOU återfinns bl.a. vissa statliga bolag och flertalet kommun- och landstingsägda bolag. Vid bedömningen av om de behov som en organisation tillgodoser är av industriell eller kommersiell karaktär är det enligt EG-domstolen

---

<sup>8</sup> NOU har i en skrivelse till regeringen (dnr 2004/0040-29) påpekat att LOU:s reglering av Svenska kyrkans status som upphandlande enhet förefaller stå i strid med EG-direktiven om offentlig upphandling. Skrivelsen finns på [www.nou.se](http://www.nou.se).

nödvändigt att undersöka samtliga faktiska och rättsliga förutsättningar för organisationens verksamhet.<sup>9</sup>

Något förenklat uttryckt är de upphandlande enheter som avses i 1 kap. 6 § LOU organisationer som har en nära relation till det offentliga och på grund av denna relation inte behöver agera marknadsmissigt vid sin upphandling för att överleva, t.ex. för att de har offentlig finansiering, för att de genom uttryckliga eller underförstådda garantier från det offentliga inte bär den ekonomiska risken för sin verksamhet eller för att de verkar på en marknad utan konkurrens.

### 3.2.2 Försörjningssektorerna

Upphandlande enheter i de s.k. försörjningssektorerna är, enligt 4 kap. 1 § LOU, organisationer, såväl offentliga som privata, som bedriver verksamhet inom

- drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, elektricitet, gas eller värme eller av leverans av sådana nyttigheter till fasta nät,
- utnyttjande av mark- eller vattenområden för prospektering eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen eller för tillhandahållande av terminaler, flygplatser eller hamnanläggningar,
- drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana,

---

<sup>9</sup> Se bl.a. mål C-373/00 Adolf Truley och mål C-18/01 Korhonen.

- drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster.<sup>10</sup>

Vid upphandlingar över tröskelvärdena, som görs för sådan verksamhet, skall 4 kap. LOU tillämpas. För upphandling under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster, oavsett värde, skall 6 kap. LOU tillämpas. Även den som normalt sett är upphandlande enhet i den klassiska sektorn skall tillämpa försörjningssektorernas regler vid upphandling för någon av de ovan beskrivna verksamheterna (t.ex. en kommun som bedriver kollektivtrafikverksamhet i nämndform). Vid upphandling för annan verksamhet skall sådana enheter tillämpa den klassiska sektorns regler.

Till de upphandlande enheterna i försörjningssektorerna räknas emellertid även privata organisationer som bedriver någon av de aktuella verksamheterna (t.ex. privata energibolag). Vid upphandling som görs för sådan verksamhet skall dessa enheter tillämpa försörjningssektorernas regler. Eventuell annan verksamhet som sådana enheter bedriver omfattas dock inte av bestämmelserna i LOU.

Bestämmelserna för försörjningssektorerna är mer flexibla än bestämmelserna för den klassiska sektorn. Förhandlingar är t.ex. tillåtna i större utsträckning vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling inom den klassiska sektorn.

---

<sup>10</sup> Organisationer som är verksamma inom telekommunikationssektorn är dock numera, till följd av ett beslut som EG-kommissionen fattat med stöd av artikel 8.2 i försörjningsdirektivet (93/38/EEG), undantagna från bestämmelserna i 4 kap. LOU, dvs. de är inte upphandlande enheter, till den del deras verksamhet består av drift eller tillhandahållande av ett allmänt telekommunikationsnät eller tillhandahållande av en eller flera allmänna telekommunikationstjänster. Den svenska lagstiftaren har dock ännu inte gjort någon följdändring i LOU med anledning av detta beslut.

### 3.3 Grundläggande krav på en upphandling

Det huvudsakliga syftet med LOU och de bakomliggande upphandlingsdirektiven är, som nämnts ovan, att säkerställa att offentliga medel inte används till att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, uppställa handelshinder eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn. I 1 kap. 4 § LOU föreskrivs därför att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Dessutom är upphandlande enheter skyldiga att iaktta vissa grundläggande EG-rättsliga principer. Dessa principer har, på grundval av bestämmelserna i EG-fördraget, utvecklats i EG-domstolens rättspraxis.

- Icke-diskrimineringsprincipen innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet (medborgarskap, etablerings- eller verksamhetsland).
- Likabehandlingsprincipen, som är nära besläktad med icke-diskrimineringsprincipen, innebär att leverantörer skall behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. En upphandlande enhet får inte gynna eller missgynna vissa leverantörer, t.ex. genom att ställa diskriminerande krav.
- Transparensprincipen innebär att upphandlingar skall präglas av öppenhet och förutsebarhet. Den upphandlande enheten får t.ex. inte under upphandlingens gång ändra förutsättningarna för upphandlingen.
- Proportionalitetsprincipen innebär att, t.ex. ett krav som ställs vid upphandling, inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Dessutom måste de krav som ställs vara effektiva, dvs. möjliga att kontrollera och ägnade att leda till att det avsedda syftet uppnås.

- Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstats myndigheter är skyldiga att erkänna och acceptera handlingar, t.ex. betyg, intyg och certifikat, som utfärdats av behöriga myndigheter i de andra medlemsstaterna.

Det förtjänar att påpekas särskilt att de grundläggande principerna gäller gentemot alla leverantörer, även sådana som inte deltagit i den aktuella upphandlingen. En upphandlande enhet får därför t.ex. inte under upphandlingens gång förändra villkoren för upphandlingen eftersom leverantörer som inte haft möjlighet att lämna anbud på de ursprungliga villkoren, men hade kunnat lämna anbud på de nya villkoren, då utestängs från att lämna anbud.

### 3.4 Kvalificeringsfasen – krav som får ställas på leverantörerna

I den s.k. kvalificeringsfasen ingår normalt två moment, uteslutningsprövning och leverantörskvalificering. Båda dessa moment syftar till att bedöma om leverantören klarar av att genomföra det aktuella upphandlingskontraktet.

#### 3.4.1 Uteslutningsprövning

Under uteslutningsprövningen kontrollerar den upphandlande enheten om det finns grund för att utesluta någon av leverantörerna från upphandlingen. Prövningen görs mot bakgrund av de s.k. uteslutningsgrunderna i LOU. En leverantör kan, enligt 1 kap. 17 § LOU, uteslutas från deltagande i upphandling över tröskelvärdena om leverantören

- är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud

- är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande
- är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom
- har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta
- inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
- i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar.

Den upphandlande enheten får därutöver begära att en leverantör visar att han är registrerad i det land där han driver verksamhet enligt landets regler om aktiebolags- eller handelsregister eller liknande register.

Motsvarande uteslutningsgrunder för upphandling under tröskelvärdena återfinns i 6 kap. 9 § LOU. Upphandlande enheter är dock inte skyldiga att tillämpa uteslutningsgrunderna, utan kan välja att tilldela kontrakt även t.ex. till en anbudsgivare som är föremål för ansökan om konkurs. Likabehandlingsprincipen gör dock att uteslutningsgrunderna måste tillämpas lika för alla leverantörer i en upphandling.

### 3.4.2 Leverantörskvalificering

Syftet med att ställa krav på leverantörerna (s.k. kvalificeringskrav) är att bedöma leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Syftet med leverantörskvalificeringen är med andra ord inte att hitta den leverantör som har mest erfarenhet eller störst ekonomisk styrka utan att identifiera de

leverantörer som har tillräcklig erfarenhet och ekonomisk styrka för att utföra det aktuella uppdraget, dvs. tillräcklig erfarenhet och ekonomisk styrka för att kunna tillgodose den upphandlande enhetens behov.<sup>11</sup>

Vid leverantörskvalificeringen får inte någon relativ bedömning av leverantörerna göras. Antingen bedöms en leverantör klara av att genomföra det aktuella kontraktet, eller också bedöms han inte klara av det. Av proportionalitetsprincipen följer också att den upphandlande enheten inte får kräva mer eller något annat av leverantörerna än vad som är nödvändigt för att bedöma om de klarar av att genomföra det aktuella kontraktet.

Av 1 kap. 18 § 2 st. LOU framgår att upphandlande enheter i den klassiska sektorn, vid upphandling över tröskelvärdena, i annonsen om upphandling eller i inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis som behövs för att styrka en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Upphandlande enheter har dock ingen skyldighet att kontrollera en leverantör i nämnda avseenden. I praktiken görs dock en sådan kontroll i de flesta upphandlingar.

De bevis som den upphandlande enheten får efterfråga framgår av förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Förordningen är dock endast tillämplig vid upphandlingar över tröskelvärdena i den klassiska sektorn. Några motsvarande bestämmelser återfinns inte i 6 kap. LOU. Vid upphandlingar enligt detta kapitel är upphandlande enheter därför endast skyldiga att följa bestämmelserna i EG-fördraget och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna när de fastställer kraven på leverantörerna och de bevis som leverantörerna skall ge in. Detsamma gäller, såväl över som under tröskelvärdena, för upphandlande enheter i försörjningssektorerna.

---

<sup>11</sup> NOU:s yttrande, dnr 2005/0088-29



### 3.5 Utvärderingsfasen

Vid anbudsutvärderingen kontrollerar den upphandlande enheten inledningsvis om anbudet uppfyller de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Enheten kontrollerar då dels om anbudet uppfyller de formella kraven, dvs. om det innehåller alla de uppgifter som efterfrågats, om anbudsgivarna angivit att de accepterar de kommersiella villkoren etc., dels en kontroll av om det som offereras, dvs. de varor, tjänster eller byggentreprenader som erbjuds, uppfyller förfrågningsunderlagets krav på föremålet för upphandlingen. Den upphandlande enheten bedömer därefter vilket anbud som, mot bakgrund av den utvärderingsgrund som angivits i förfrågningsunderlaget, är bäst och skall antas.

Vid tillämpning av utvärderingsgrunden lägsta pris skall det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav, och som har lägst pris. Vid tillämpning av denna utvärderingsgrund görs det således inte någon bedömning av vilket anbud som bäst uppfyller övriga krav i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna får med andra ord inte några "extra poäng" om deras anbud är bättre än de krav som den upphandlande enheten ställt upp. Antingen uppfyller ett anbud kraven och går då vidare till en jämförelse baserad på pris, eller också uppfyller anbudet inte kraven och måste förkastas. Vid tillämpning av utvärderingsgrunden lägsta pris är det således endast priset som är utslagsgivande vid anbudsutvärderingen.

Om utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används, skall det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som vid en relativ bedömning mellan anbudet, med hjälp av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna, är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid tillämpning av denna utvärderingsgrund skall den upphandlande enheten således bedöma anbudet och tilldela anbudsgivarna poäng efter hur väl de uppfyller kriterierna.

Ju bättre ett anbud uppfyller ett kriterium, desto förmånligare bedömning görs av anbudsgivaren, med avseende på det kriteriet. Vinner gör den anbudsgivare som efter att poäng tilldelats för samtliga kriterier, och eventuellt räknats om med ledning av den relativa vikt som respektive kriterium kan ha åsatts, har den bästa sammanlagda poängen.

Den upphandlande enheten får endast tillämpa de utvärderingskriterier som angivits i förfrågningsunderlaget. Eventuella extra erbjudanden och andra mervärden som ett anbud kan innehålla får inte beaktas om de inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget och ryms inom ramen för utvärderingskriterierna.

### 3.6 Upplysningar om resultatet av en upphandling

#### 3.6.1 Upplysningar till leverantörer som har deltagit i upphandlingen

När den upphandlande enheten fattat beslut om vilken leverantörs anbud som skall antas, det s.k. tilldelningsbeslutet, skall enheten lämna upplysningar till alla anbudssökande och anbudsgivare om beslutet och skälen för beslutet (1 kap. 28 § 1 st.). Syftet med denna upplysningsskyldighet är att de leverantörer som deltagit i en upphandling skall kunna bedöma huruvida deras anbud respektive ansökningar blivit korrekt hanterade. När upplysningarna lämnats börjar en tidsfrist på tio dagar löpa. Under denna tidsfrist kan leverantörer som anser att upphandlingen inte har skötts korrekt ansöka om överprövning av upphandlingen i länsrätten.

Av förarbetena till 1 kap. 28 § LOU framgår att upplysningarna skall lämnas i så nära anslutning till att tilldelningsbeslutet fattas som

möjligt.<sup>12</sup> Den tidsfrist, under vilken upphandlingen kan prövas av allmän förvaltningsdomstol, börjar löpa först när upplysningar lämnats. Det är emellertid viktigt att den upphandlande enheten utformar upplysningarna om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det verkligen framgår vilka omständigheter som legat till grund för beslutet att anta ett visst anbud.

Alltför intetsägande upplysningar kan innebära att den upphandlande enheten inte anses ha uppfyllt sin upplysningsskyldighet. Den upphandlande enheten måste därför tydligt redovisa hur utvärderingen genomförts. Om anbudet antagits på den grunden att det haft lägst anbudspris är det dock tillräckligt att redovisa detta i upplysningarna om tilldelningsbeslutet. Det är inte nödvändigt att dessutom ange anbudspriset. Den upphandlande enheten får själv välja i vilken form upplysningarna skall lämnas.

Det är dock den upphandlande enheten som har bevisbördan för att upplysningarna lämnats. Det är därför lämpligt att upplysningarna lämnas i någon läsbar och varaktig form, t.ex. per brev, fax eller e-post. Kravet på likabehandling av leverantörer innebär enligt förarbetena att innehållet i och utformningen av den information som lämnas skall vara identisk.<sup>13</sup>

### 3.6.2 Upplysningar till leverantörer som inte har deltagit i upphandlingen

Även leverantörer som inte deltagit i upphandlingen har rätt att ta del av upplysningarna om tilldelningsbeslutet (1 kap. 28 § 2 st.). Sådana leverantörer måste dock själva begära att få upplysningar från den upphandlande enheten. En sådan begäran får göras när som helst, även efter det att upphandlingen avslutats.

---

<sup>12</sup> Prop. 2001/02:142, s. 59

<sup>13</sup> *Supra* not 12, s. 61

Upplysningarna skall lämnas genast eller så snart det är möjligt till den leverantör som begär det. En upphandlande enhet som omfattas av offentlighetsprincipen och sekretesslagens bestämmelser måste alltid göra en sekretessprövning innan den lämnar upplysningar om tilldelningsbeslutet. Upplysningarna får med andra ord inte innehålla några uppgifter som omfattas av sekretess.

### 3.6.3 Upplysningar om varför ansökan eller anbud har förkastats

Såväl en ansökan om att få lämna anbud som ett anbud kan förkastas innan tilldelningsbeslutet i upphandlingen fattas.<sup>14</sup> Vid upphandling över tröskelvärdena skall en upphandlande enhet, på begäran, lämna information till en anbudssökande eller anbudsgivare om varför hans ansökan eller anbud förkastats (1 kap. 27 §). Detsamma gäller under tröskelvärdena vid förenklad upphandling och urvals-upphandling i enlighet med 6 kap. LOU (6 kap. 1 § 2 st.).

Till skillnad från bestämmelserna om upplysningar om tilldelningsbeslutet, förutsätter skyldigheten att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats att någon anbudssökande eller anbudsgivare begärt sådana upplysningar. Den upphandlande enheten är inte skyldig att självmant lämna några upplysningar om handläggningen av upphandlingen förrän tilldelningsbeslutet fattats.

Även när man lämnar upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats måste en upphandlande enhet som lyder under offentlighetsprincipen och sekretesslagens bestämmelser göra en sekretessprövning innan den lämnar ut information. På detta stadium av upphandlingen råder normalt absolut sekretess, vilket innebär att upplysningar enligt 1 kap. 27 § endast får lämnas till den

---

<sup>14</sup> Så kan t.ex. vara fallet om en leverantör utesluts på grund av någon uteslutningsgrund eller på grund av bristande uppfyllelse av kvalificeringskraven.

som lämnat ansökan eller anbudet. Upplysningarna får således inte omfatta uppgifter om andra leverantörers ansökningar eller anbud.

### 3.6.4 Offentlighet och sekretess

Offentlighetsprincipen och sekretesslagen gäller inte för alla upphandlande enheter, utan endast för statliga myndigheter, kommuner och landsting, kommun- och landstingsägda bolag, samt vissa bolag och andra organisationer som finns angivna i en bilaga till sekretesslagen. Flertalet statliga bolag omfattas inte av offentlighetsprincipen och sekretesslagen. Detsamma gäller beträffande de privata bolag som är upphandlande enheter i försörjningssektorerna. Där emot är även upphandlande enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och sekretesslagen skyldiga att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet i enlighet med LOU.

Under en upphandling råder s.k. absolut sekretess. Uppgifter som rör anbud får inte i något fall lämnas till någon annan än den som har avgett anbudet förrän alla anbud offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts (6 kap. 2 § 3 st. SekrL).

Formuleringen "uppgifter som rör anbud" omfattar inte bara uppgifter om anbuden, utan även uppgifter i förteckningar över inkomna anbud, utvärderingsprotokoll, den upphandlande enhetens anteckningar och protokoll, och andra handlingar rörande anbuden.

Huvudregeln är att den absoluta sekretessen kvarstår till dess att den upphandlande enheten fattar tilldelningsbeslutet. När den absoluta sekretessen hävs blir alla handlingar i upphandlingen som huvudregel offentliga. Även efter tilldelningsbeslutet kan dock vissa uppgifter i upphandlingen omfattas av sekretess, under förutsättning att skäl för sekretess enligt sekretesslagen föreligger.

## 4 Överprövning och skadestånd

Bestämmelserna om de s.k. rättsmedlen, skadestånd och överprövning, bygger på särskilda EG-direktiv, de s.k. rättsmedelsdirektiven.<sup>15</sup> Syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa att de procedurregler som gäller för offentlig upphandling efterlevs. Genom rättsmedelsdirektivens bestämmelser, och motsvarande bestämmelser i LOU, ges leverantörer som varit intresserade av att tilldelas ett upphandlingskontrakt, och som skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse, möjlighet att påkalla domstolsprövning av upphandlingen.

Rättsmedelsdirektivens bestämmelser har införlivats i svensk rätt genom 7 kap. LOU. Till följd av EG-domstolens dom i det s.k. Alcatelmålet ändrades bestämmelserna om överprövning den 1 juli 2002.<sup>16</sup> Ändringarna rörde bl.a. rätten för leverantörer att ta del av upplysningar om tilldelningsbeslutet och har inneburit att det blivit lättare att ansöka om överprövning.

Efter lagändringen har det skett en påtaglig ökning av antalet överprövningsmål. Denna ökning bör enligt vår mening inte uppfattas som att kvaliteten på de offentliga upphandlingarna sjunkit sedan den 1 juli 2002, utan bör snarare ses som en indikation på att det redan före lagändringen ofta förekom att leverantörer ansåg sig felbehandlade i samband med upphandling, men att dessa på grund

---

<sup>15</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna).

<sup>16</sup> Mål C 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 s. I-7671

av dåvarande bestämmelser i LOU och sekretesslagen inte haft möjlighet att påkalla rättslig prövning.

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada får ansöka om överprövning i allmän förvaltningsdomstol, i första instans d.v.s. länsrätten. Rätten kan, om den finner att det skett en överträdelse av bestämmelserna i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (7 kap. 2 § 1 st. 1 LOU).

Länsrätten är, oavsett vad som yrkats, fri att välja vilken påföljd som skall väljas. Rätten kan också fatta ett tillfälligt beslut (interimistiskt beslut) att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats, men får avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som beslutet skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (7 kap. 2 § 2 st. LOU). Ett interimistiskt beslut syftar till att förhindra att kontrakt tecknas, och att möjligheterna till överprövning därmed upphör, innan rätten hunnit pröva ansökan om överprövning i sak.<sup>17</sup>

Endast pågående upphandlingar kan bli föremål för överprövning. Detta uttrycks i LOU som att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt, dvs. skriftligt avtal om upphandlingen, föreligger. Ansökan får dock, med vissa undantag<sup>18</sup>, prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet,

---

<sup>17</sup> Av rubriken till referatet RÅ 2003 ref. 64 framgår att Regeringsrätten i målet fattat "[i]nterimistiskt beslut enligt 7 kap. 2 § andra stycket lagen (1992:1528) om offentlig upphandling [...] när domstolens möjlighet till överprövning annars skulle kunna upphöra."

<sup>18</sup> Upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, som rör försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget, eller upphandling som är absolut nödvändig att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten.

eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

För att en upphandling skall anses avslutad måste således två förutsättningar vara uppfyllda. Dels måste det finnas ett skriftligt upphandlingskontrakt, dels måste tio dagar ha förslutit från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet (eller om länsrätten fattat ett interimistiskt beslut, från det att beslutet upphävts).

Länsrätten kan avgöra ett mål antingen genom dom eller genom slutligt beslut. Om målet avgörs genom dom har länsrätten prövat målet i sak. En dom kan innebära antingen bifall till ansökan eller avslag. Med avslag avses att länsrätten prövat målet i sak, men funnit att det inte finns grund för att förordna om rättelse eller att upphandlingen skall göras om. Med slutliga beslut avses beslut genom vilka länsrätten avgör målet, t.ex. beslut om avskrivning eller avvisning.

Beslut om avskrivning fattas när ändamålet med talan förfallit, dvs. när det inte längre finns anledning för länsrätten att pröva målet. Det kan t.ex. vara fråga om att upphandlingen avbrutits, eller om att den klagande leverantören försatts i konkurs. Beslut om avvisning fattas när länsrätten inte är behörig att pröva ansökan om överprövning, t.ex. för att upphandlingen har avslutats, eller för att den klagande inte är leverantör och därför inte har talerätt.

Länsrättens dom eller beslut kan överklagas till kammarrätten, men för prövning i kammarrätten krävs s.k. prövningstillstånd.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Prövningstillstånd i kammarrätten skall enligt 34 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller, det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.



Kammarrättens dom kan i sin in tur överklagas till Regeringsrätten, men även i detta fall krävs prövningstillstånd.<sup>20</sup>

Efter att möjligheten till överprövning upphört återstår möjligheten att väcka skadeståndstalan i allmän domstol inom ett år från det att upphandlingen avslutats (7 kap. 8 § LOU). Den upphandlande enhet som brutit mot bestämmelserna i LOU skall ersätta den skada som därigenom uppkommit för leverantören (7 kap. 6 § LOU). Bestämmelsen innebär, enligt Högsta domstolen (HD), att ersättning till och med kan utgå med ett belopp som motsvarar det s.k. positiva kontraktsintresset, dvs. den vinst som leverantören gjort om den upphandlande enheten korrekt tillämpat bestämmelserna i LOU och leverantören tilldelats kontraktet.<sup>21</sup>

En anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling i försörjningssektorerna har rätt till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen (det s.k. negativa kontraktsintresset), om den upphandlande enheten brutit mot bestämmelserna i LOU och detta menligt påverkat anbudsgivarens eller anbudssökandens möjligheter att vinna upphandlingen (7 kap. 7 § LOU).

Bestämmelsen skall enligt HD tolkas så att leverantören för att få ersättning för kostnader inte behöver visa att han skulle ha vunnit upphandlingen om någon överträdelse av LOU inte skett. I stället är det tillräckligt att han visar att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet. Bestämmelsen är enligt ordalydelsen endast tillämplig vid

---

<sup>20</sup> Prövningstillstånd i Regeringsrätten skall enligt 36 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas av regeringsrätten eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

<sup>21</sup> NJA 1998, s. 873

upphandling i försörjningssektorerna, men har av HD ansetts tillämplig vid all upphandling enligt LOU.<sup>22</sup>

Det saknas för närvarande tillförlitlig statistik över antalet skadeståndsmål enligt LOU. Så mycket är dock klart att antalet skadeståndsmål minskat sedan möjligheterna till överprövning förbättrats enligt de ändringar i LOU som trädde i kraft den 1 juli 2002.

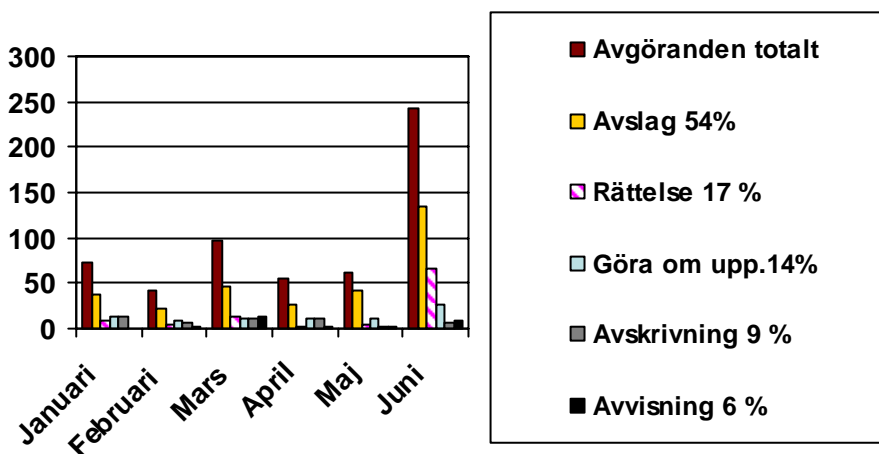
---

<sup>22</sup> NJA 2000, s. 712. Den aktuella bestämmelsen bygger på artikel 2.1 (c) i rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn.

## 5 Analys av länsrätternas avgöranden

Underlaget för denna rapport utgörs, som nämnts inledningsvis av länsrätternas avgöranden i överprövningsmål enligt LOU under det första halvåret 2006, med reservation för det fåtal avgöranden som på grund av metoden för inhämtning inte kunnat identifieras. Baserat på tidigare erfarenhet är det dock vår bedömning att antalet länsrättsavgöranden som inte kommer NOU tillhanda är så litet att det inte skulle kunna ha någon nämnvärd påverkan på de resultat som presenteras i denna rapport.

Antalet länsrättsavgöranden som analyserats inom ramen för arbetet med denna rapport uppgår till 572. Detta antal innefattar, som nämnts tidigare, domar och slutliga beslut. Det rör sig här om åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU, dvs. förordnanden att den upphandlande enheten skall göra om upphandlingen eller att rättelse skall vidtas, avgöranden i form av avslag på ansökan om överprövning och beslut om avskrivning respektive avvisning. Den analys som gjorts omfattar således inte icke-slutliga beslut, såsom interimistiska beslut om att upphandlingen tillsvidare inte får avslutas. Utfallet av länsrätternas avgöranden under den granskade perioden framgår av diagrammet nedan.



Av diagrammet framgår att länsrätterna i omkring 31 procent av de granskade målen förordnat att upphandlingen skall rättas eller göras om. Detta betyder således att ungefär tredjedel av de upphandlingar som prövats befunnits vara behäftade med sådana fel att den klagande leverantören lidit eller riskerat att lida skada. Det bör dock observeras att denna uppgift inte säger något om hur många av de prövade upphandlingarna som faktiskt varit behäftade med någon typ av fel, utan endast i hur många fall länsrätterna funnit fel som bedömts ha haft betydelse för utgången i upphandlingen.

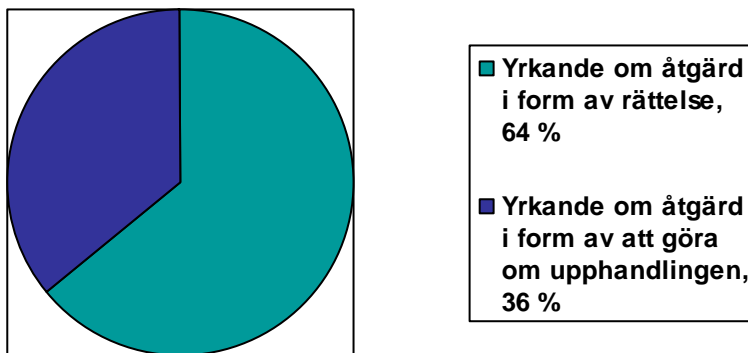
Det bör i sammanhanget också nämnas att det stora antalet avgöranden i juni månad är något missvisande eftersom det rör sig om flera avgöranden (från Länsrätten i Stockholms län) rörande två upphandlingar. Detta beror på att ett stort antal upphandlande enheter genomfört två samordnade upphandlingar och att leverantörens ansökan om överprövning resulterat i ett mål för varje deltagande upphandlande enhet. Således rörde samtliga dessa avgöranden två upphandlingar och utfallet av länsrättens prövningar blev därmed detsamma i samtliga dessa mål för de båda upphandlingarna.

Samordnade upphandlingar som blir föremål för överprövning får med andra ord, i de fall de resulterar i ett mål per upphandlande enhet, en högst väsentlig påverkan på statistiken över antalet överprövningsmål i länsrätterna. Det räcker med att ett fåtal samordnade upphandlingar blir föremål för överprövning för att statistiken skall ge intryck av att fler upphandlingar överprövats än vad som verkligen varit fallet.

Vilken åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU som sökanden yrkar beror på vilka förutsättningar som föreligger i den enskilda upphandlingen och på vilket resultat sökanden vill uppnå med sin ansökan om överprövning. Det är dock vanligt att sökanden, för att gardera sig, framställer två yrkanden; ett förstahandsyrkande och ett andrahandsyrkande. Innebörden av dessa är att länsrätten skall förordna att upphandlingen skall göras om eller att rättelse skall vidtas.

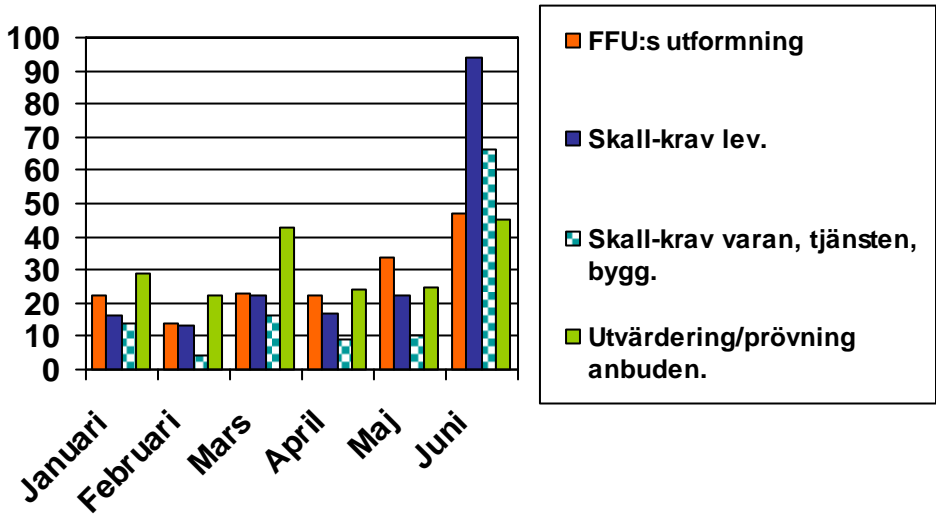
Vilken av dessa åtgärder som yrkas i första respektive andra hand varierar dock från fall till fall. Ett yrkande om rättelse kan av sökanden ses som en mindre ingripande men fullt tillräcklig åtgärd medan ett yrkande om att upphandlingen skall göras om i praktiken innebär att upphandlingsprocessen måste börjas på nytt

Diagrammet nedan visar vilken åtgärd som de sökande i första hand yrkat i de granskade avgörandena.



### 5.1 De vanligaste grunderna för ansökan om överprövning

I sammanställningen har en ämnesindelning av avgörandena gjorts utifrån de frågeställningar som prövats i respektive avgörande. Av diagrammet nedan framgår de vanligaste grunderna som leverantörer anför vid ansökan om överprövning.



Det som i de allra störst omfattning blir föremål för länsrättens prövning är i vilken utsträckning den upphandlande enheten har utvärderat, prövat, anbudsgivarnas anbud på ett korrekt sätt. I samband med att sökanden anför att det funnits brister i den upphandlande enhetens anbudsutvärdering anføres normalt också att förfrågningsunderlaget i upphandlingen varit bristfälligt. Med bristfälligt avses i sammanhanget t.ex. att förfrågningsunderlaget varit otydligt, diskriminerande eller på annat sätt utformat så att anbudsgivaren varit förhindrad att utforma ett optimalt anbud.

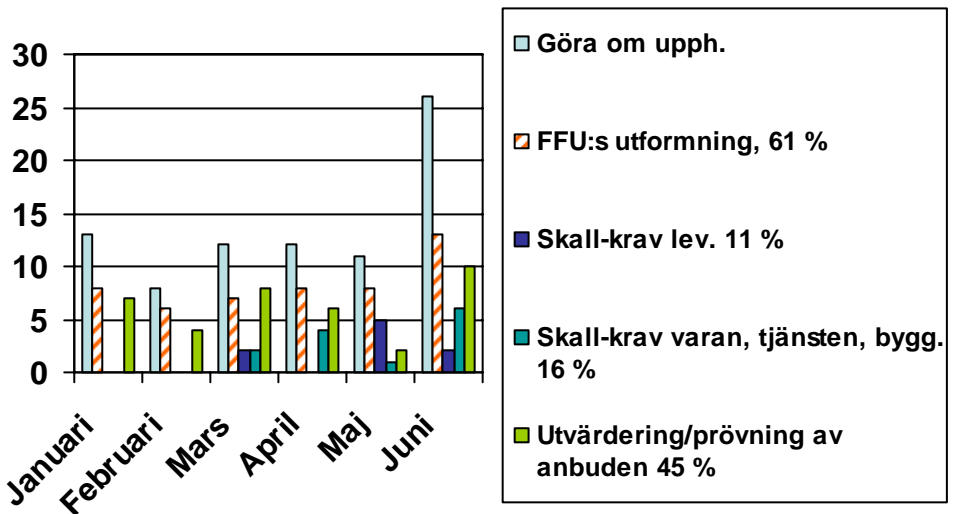
Det är dock problematiskt att eventuella oklarheter i förfrågningsunderlaget uppdagas först efter det att anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet. Det kan vara först då som det blir klart hur den upphandlande enheten faktiskt gått till väga när man utvärderat anbuderna (se även avsnitt 3.5).

Vanligt är även att sökanden i sin ansökan om överprövning anför att vissa obligatoriska krav, s.k. skall-krav som den upphandlande enheten uppställt i förfrågningsunderlaget inte har uppfyllts av t.ex. den vinnande anbudsgivaren. Det kan här röra sig antingen om skall-krav som omfattar anbudsgivarna (leverantörskvalificeringen)

och/eller skall-krav kopplade till föremålet för upphandlingen, dvs. varorna, tjänsterna eller byggentreprenaden. Det är också vanligt att en anbudsgivare som enligt den upphandlande enhetens uppfattning inte lyckats visa att han uppfyllt vissa skall-krav, och därmed fått sitt anbud förkastat, ansöker om överprövning på denna grund.

### 5.1.1 Vanliga skäl för länsrätternas bifall till leverantörens yrkande m.m.

Möjligheterna att få bifall till de yrkanden som framställts i länsrätten varierar beroende på vilken eller vilka grunder sökanden anfört i sin talan. Av diagrammet nedan framgår de avgöranden från länsrätterna i vilka länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. Av samma diagram framgår även de mest frekventa grunderna anförda av sökandena i dessa avgöranden, dvs. de grunder som i störst utsträckning lett till bifall i enlighet med sökandens yrkan de att upphandlingen skall göras om.



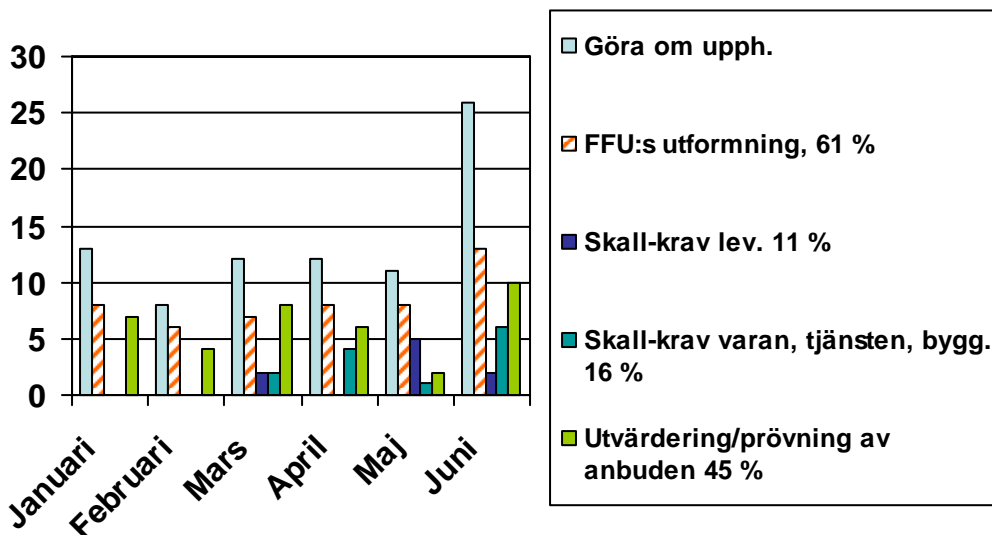
I de fall länsrätterna förordnat att upphandlingen skall göras om har sökanden i de allra flesta fall anfört att förfrågningsunderlaget varit behäftat med sådana brister att anbudsgivarna inte haft möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud. Som angetts ovan klagas i samband med detta normalt också på att den upphandlande enheten utvärderat anbudet felaktigt. En grund som i mindre utsträckning lett till bifall till yrkande att upphandlingen skall göras om är som synes att den upphandlande enheten begått fel i upphandlingens kvalificeringsfas.

Ett utfall som inte är lika vanligt som förordnande att upphandlingen skall göras om är att länsrätterna förordnar att upphandlingen får avslutas först efter rättelse.<sup>23</sup> Detta trots att sökanden yrkar rättelse i ungefär lika många fall som yrkande att upphandlingen skall göras om framställs. Som nämnts beror detta på att länsrätten, oavsett vad som yrkats, kan välja mellan rättelse eller att upphandlingen skall göras om. Av diagrammet nedan framgår de avgöranden där länsrätterna förordnat om rättelse. På samma sätt som ovan framgår även de mest frekventa grunderna anförda av sökandena i dessa avgöranden, dvs. de grunder som i störst utsträckning lett till bifall i enlighet med sökandens yrkande om rättelse.

---

<sup>23</sup> Ser man till det faktiska antalet uppgår antalet åtgärder i form av rättelse till ett högre antal än åtgärder i form av att upphandlingen skall göras om. Detta är ett resultat av den samordnade upphandlingen som överprövades vid länsrätten i Stockholms län i juni 2006 och där länsrätten förordnade om rättelse. Dock handlade det i detta fall om samma upphandling och därmed samma åtgärd. Bortsett från länsrättens beslut som gällde sistnämnda rättelser var antalet beslut som innebar att upphandlingen skulle göras om mest vanligt.





Det stora antalet avgöranden i juni månad, i vilka länsrätterna förordnat rättelse som åtgärd, beror som tidigare nämnts på ett ovanligt stort antal avgöranden från Länsrätten i Stockholms län rörande en samordnad upphandling genomförd av ett stort antal upphandlande enheter. Sökandens ansökan om överprövning kom att innebära ett separat mål för varje upphandlande enhet, trots att länsrättens bedömning i samtliga dessa mål blev densamma eftersom det rörde sig om samma upphandling.

I många av de mål där länsrätten ansett det mest lämpligt att förordna rättelse har sökanden, som grund för sitt yrkande, anfört att den upphandlande enheten förfarit på felaktigt sätt vid leverantörs-kvalificeringen. De grunder som anförts för yrkanden om rättelse i dessa fall varierar. I vissa fall anför sökanden att det anbud han lämnat felaktigt förkastats av den upphandlande enheten, men vanligt är också att det anförs att den upphandlande enheten utvärderat ett anbud från en annan anbudsgivare som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven, dvs. ett anbud som rätteligen skulle ha förkastats.

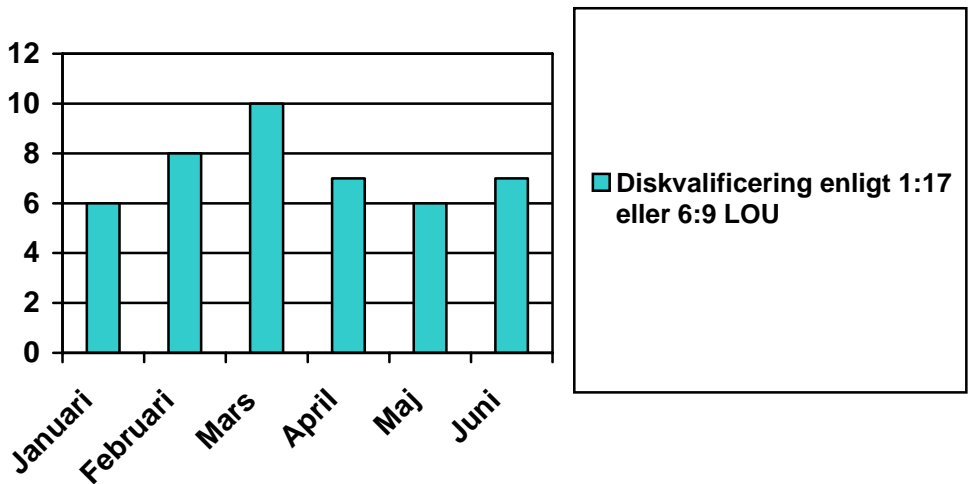
## 5.2 Andra grunder för ansökan om överprövning

Förutom vad som angetts ovan om de vanligaste grunderna för ansökan om överprövning har vid även andra, mindre frekventa grunder framkommit vid analysen. Bland de grunder som regelbundet förekommer kan främst nämnas följande.

- Uteslutningsprövning
- LOU:s tillämplighet
- Anbudslämnande
- Tilldelningsbeslutet
- Avbruten upphandling

### 5.2.1 Uteslutningsprövning

Vid leverantörskvalificeringen kan den upphandlande enheten göra en prövning mot de s.k. uteslutningsgrunderna. Dessa framgår som nämnts ovan av 1 kap. 17 § LOU samt 6 kap. 9 § LOU och bestämmelserna skiljer sig inte nämnvärt från varandra. Av de avgöranden som ligger till grund för denna rapport framgår att ansökan om överprövning mot bakgrund av att diskvalificering skett enligt något av nämnda lagrum förekommer men inte är särskilt vanligt. Detta trots att i kvalificeringsfasen vid anbudsprövning så gott som alltid ingår någon typ av bedömning av om anbudsgivarna uppfyller kraven enligt 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU.



Ovanstående diagram visar antalet avgöranden i vilka sökanden har anfört som grund för sitt yrkande (eller sina yrkanden) att han blivit felaktigt utesluten från deltagande i upphandlingen enligt reglerna om uteslutning i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9 § LOU eller att någon annan anbudsgivare felaktigt tagits med i den fortsatta utvärderingen i strid med dessa bestämmelser.

### 5.2.2 LOU:s tillämplighet

Frågan om LOU:s tillämplighet blir i vissa mål föremål för länsrätternas prövning. Normalt rör det sig då om att en upphandlande enhet inte ansett sig tvungen att upphandla enligt reglerna i LOU. Detta beror främst på att organisationen i fråga inte anser sig vara en upphandlande enhet och därmed inte heller skyldig att följa reglerna i LOU när den upphandlar.

Andra vanliga frågor rörande LOU:s tillämplighet kan till exempel handla om en avtalstyp som inte omfattas av lagen (t.ex. hyra av fast egendom) eller vissa typer av beslut för vilka LOU inte gäller enligt särskild lag. Det kan också vara så att sökanden formulerat sitt yrkande på ett sådant sätt att länsrätten inte kan pröva det inom

ramen för en överprövning enligt 7 kap. 2 § LOU. Under första halvåret 2006 uppgick antalet mål där lagens tillämplighet prövades till tio stycken.

### 5.2.3 Anbudslämnandet

Av förfrågningsunderlaget framgår alltid när ett anbud senast skall vara inkommet till den upphandlande enheten. Det händer dock att anbud inkommer för sent. Konsekvensen av att anbud kommer in efter den i förfrågningsunderlaget utsatta tidpunkten blir att anbudet utesluts från deltagande i upphandlingen. Den upphandlande enheten är förhindrad att i upphandlingen ta med ett för sent inkommet anbud då detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Inte sällan är dock anbudsgivare vars anbud uteslutits på grund av att detta inkommit för sent av den åsikten att anbudet lämnats i rätt tid. I dessa fall kommer överprövningsmålet ofta att handla om bevisfrågor rörande när anbudet har inkommit till den upphandlande enheten (och hur anbudet har skickats). Det kan också hända att prövningen sker med utgångspunkt i förvaltningslagens bestämmelser om inkomna handlingar. Antalet mål där sökanden anför att hans anbud skall ha anses inkommit i rätt tid uppgår till åtta stycken under perioden för denna undersökning.

### 5.2.4 Tilldelningsbeslutet

Enligt 1 kap. 28 § LOU skall som ovan nämnts en upphandlande enhet, när beslut om leverantör och anbud fattats, lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälet för det. I de flesta fall, bortsett från de undantag som angetts i avsnitt 2.6, föreligger således en ovillkorlig skyldighet för den upphandlande enheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet.

Dessa upplysningar är naturligtvis av stor betydelse för anbudsgivare som har att ta ställning till huruvida det finns skäl för en ansökan om överprövning.

I de flesta fall framgår först av upphandlingens tilldelningsbeslut hur en upphandlande enhet har genomfört upphandlingen och utvärderat de olika anbuden. Ofta är det därför först när en anbudsgivare fått upplysningar om tilldelningsbeslutet som han faktiskt har möjlighet att ansöka om överprövning, även om det inte finns något formellt hinder mot att ansöka redan vid en tidigare tidpunkt.

Ibland blir emellertid själva upplysningarna om tilldelningsbeslutet föremål för ansökan om överprövning, framför allt i de fall då tilldelningsbeslutet är så otydligt utformat att anbudsgivarna inte kan utläsa på vilka grunder den upphandlande enheten har utvärderat anbuden. Under perioden för undersökningen blev upphandlingens tilldelningsbeslut föremål för länsrätträtternas prövning i 20 mål.

### 5.2.5 Avbruten upphandling

En upphandlande enhets beslut att avbryta en pågående upphandling blir emellanåt föremål för överprövning. Huruvida en sådan talan kunnat prövas av allmän förvaltningsdomstol har tidigare varit föremål för diskussion. Genom praxis från EG-domstolen har dock klarlagts att medlemsstaterna enligt EG-rätten är skyldiga att tillhandahålla möjlighet till rättslig prövning av en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling och att denna prövning inte får begränsas till frågan ifall avbrytandet varit godtyckligt.<sup>24</sup>

Av svensk praxis har sedermera framgått att en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling är ett beslut som kan över-

---

<sup>24</sup> Mål C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH mot Stadt Wien

prövas.<sup>25</sup> Behörig instans är i dessa fall alltid allmän förvaltningsdomstol. Vid beslut om avbrytande gäller inte bestämmelserna om tiodagarsfrist i 7 kap. 1 § LOU.

Frågan som blir föremål för prövning i mål som gäller upphandlande enheters beslut om att avbryta en upphandling är om den upphandlande enheten haft sakliga skäl för avbrytandet. Antalet mål som rör just denna specifika fråga gäller totalt 26 stycken för perioden.

Konkurrensverket har i skrivelse till regeringen i början av 2004 tagit upp frågan om avbrytande av upphandlingar i anslutning till statliga myndigheters tillämpning av beställar- och utförarmodellen.<sup>26</sup> I skrivelsen lämnas förslag för att lösa aktualiserade problem.

### 5.3 Inledning

Vad i de överprövade upphandlingarna som normalt blir föremål för länsrättens prövning har redovisats i avsnitt 4.1 och hänger samman med de grunder som sökanden åberopat i sin ansökan. Vilka dessa är beror i sin tur på hur den enskilda upphandlingen utformats. Klart är dock att trots att stora skillnader förekommer mellan olika upphandlingar återkommer ett fåtal grunder i majoriteten av de granskade avgörandena. Dessa grunder och skälen till att de är mer vanligt förekommande än andra kommer att behandlas nedan. Dessförinnan skall dock något sägas dels om antalet överprövningar, dels om utgången i de granskade avgörandena.

---

<sup>25</sup> RÅ 2005 ref. 62

<sup>26</sup> Konkurrensverkets skrivelse inkl. promemoria, dnr 969/2003

## 5.4 Antalet överprövningar

Antalet upphandlingar som blir föremål för överprövning har ökat konstant under de senaste fem åren. Som nämnts har detta till stor del att göra med att möjligheterna till överprövning förbättrats i och med de ändringar i LOU som trädde ikraft den 1 juli 2002. Antalet överprövningar måste dock sättas i relation till antalet upphandlingar. Antalet annonseringar av upphandlingar i Sverige uppgår, enligt uppgift från de två största databaserna annonsering, till högst 40 000 per år.<sup>27</sup>

Antalet inkomna mål, dvs. ansökningar om överprövning, uppgick år 2006 till 1538, enligt statistik som NOU inhämtat från Domstolsverket. Trots det faktum att antalet överprövningar har ökat och numera, mätt i absoluta tal, kan förefalla stort blir således endast en mycket liten andel av det totala antalet upphandlingar föremål för överprövning.

## 5.5 Utgången i de granskade avgörandena

Av de upphandlingar som överprövas har länsrätterna i omkring 31 procent av de granskade målen bifallit ansökan om överprövning, dvs. förordnat att upphandlingen skall rättas eller göras om. Således har ungefär en tredjedel av de upphandlingar som prövats befunnits vara behäftade med sådana fel att den klagande leverantören lidit eller riskerat att lida skada. Dessutom finns det anledning att anta att den angivna bifallsfrekvensen är missvisande såtillvida att vissa avgöranden som formellt bokförs som en förlust i praktiken utgör en framgång för den sökande.

---

<sup>27</sup> Enligt OPIC och Allego; siffrorna får dock anses osäkra främst beroende på att flera upphandlingar kan omfattas av samma annons, t.ex. i de fall det rör sig om centraliserad eller samordnad upphandling som genomförs av flera upphandlande enheter.

Om den sökande yrkat att upphandlingen skall göras om och den upphandlande enheten under handläggningen i länsrätten självmant avbryter upphandlingen för att påbörja en ny upphandling avskrivs normalt målet, eftersom ändamålet med talan då anses ha förfallit. I formell mening utgör ett sådant avskrivningsbeslut inte en framgång för den sökande, trots att han uppnått syftet med sin ansökan om överprövning, dvs. att upphandlingen skall göras om. Motsvarande gäller de fall då den upphandlande enheten självmant vidtar den rättelse som den sökande yrkat.

Den *faktiska bifallsfrekvensen*, det antal avgöranden som innebär en framgång för den sökande, är därför sannolikt högre än den *formella bifallsfrekvensen* eller det antal avgöranden som innebär att upphandlingen skall rättas eller göras om. I sammanhanget tål att anmärkas att antalet avslag, dvs. fall som leder till förlust i sak för sökande leverantör, uppgår till 54 procent.

Därutöver bör observeras att den formella bifallsfrekvensen inte säger något om hur många av de prövade upphandlingarna som faktiskt varit behäftade med någon typ av fel, utan endast i hur många fall länsrätterna funnit fel som bedömts ha haft betydelse för utgången i upphandlingen, dvs. i hur många fall sökanden bedömts ha lidit eller riskerat att lida skada. Antalet upphandlingar som är behäftade med fel, som i och för sig kan vara av mer eller mindre obetydlig karaktär, är således större än antalet avgöranden som innebär bifall till ansökan om överprövning.

Mot denna bakgrund förefaller de påståenden som ibland framförs om s.k. okynnesöverprövningar, dvs. att leverantörer utan grund ansöker om överprövning, vara överdrivna. Även om det med all sannolikhet förekommer att leverantörer "på vinst och förlust" ansöker om överprövning finns det, mot bakgrund av en formell bifallsfrekvens på omkring 31 procent och en ännu högre faktisk bifallsfrekvens, inget stöd för slutsatsen att okynnesöverprövningar skulle vara vanligt förekommande.



I praktiken finns många faktorer som har en avhållande verkan på leverantörer som överväger att ansöka om överprövning. Det finns t.ex. ingen garanti för att den sökande leverantören tilldelas kontraktet även om upphandlingen rättas eller görs om. Den upphandlande enheten kan välja att avbryta upphandlingen när rättelse förordnats eller någon annan anbudsgivare kan mycket väl lämna ett förmånligare anbud.

Många upphandlande enheter vittnar också om att priserna, om upphandlingen görs om, ofta blir lägre än i den ursprungliga upphandlingen till följd av att de tidigare anbuden blivit offentliga. Därtill kommer att en ansökan om överprövning ofta är kostsam för den sökande, antingen i form av ombudskostnader eller i form av nedlagd icke-debiteringsbar tid. En ansökan om överprövning kan därför i vissa fall bli en ren förlustaffär för den sökande.

## 5.6 De vanligaste grunderna för ansökan om överprövning

I avsnitt 4.1 har redogjorts för de grunder som sökanden vanligen anför i sin ansökan om överprövning. I detta avsnitt skall mer ingående diskuteras kring dessa grunder och varför de så ofta blir föremål för överprövning.

### 5.6.1 Förfrågningsunderlagets utformning

En av de mest frekvent återopade grunderna i de granskade avgörandena är att förfrågningsunderlaget varit behäftat med fel i något avseende (se avsnitt 4.1). Det kan i dessa fall till exempel röra sig om att förfrågningsunderlaget varit oklart i något avseende eller innehållit krav som gynnat eller missgynnat vissa leverantörer. Eftersom förfrågningsunderlaget är det mest centrala dokumentet i

en upphandling är det naturligt att majoriteten av alla överprövningar på ett eller annat sätt rör just detta.

Förfrågningsunderlagets utformning är också styrande för den upphandlande enhetens agerande, eftersom enheten normalt inte under upphandlingens gång kan förändra ett bristfälligt förfrågningsunderlag, utan i dessa fall måste avbryta upphandlingen och göra om den, i vart fall om förändringarna är av väsentlig karaktär, vilket alltid är fallet om ändringarna rör s.k. skall-krav.

Hur ett förfrågningsunderlag i detalj skall vara utformat framgår dock inte av LOU eller de EG-direktiv som LOU bygger på, även om bestämmelserna innebär att vissa obligatoriska komponenter alltid skall finnas med. Därutöver styrs förfrågningsunderlagets utformning endast av det mer allmänt hållna kravet på affärsmässighet och utnyttjande av befintlig konkurrens i 1 kap. 4 § LOU samt de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, dvs. icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande.

Regeringsrätten har i den s.k. Migrationsverksdomen uttalat följande beträffande förfrågningsunderlagets utformning.

”I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.”<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> RÅ 2002 ref 50

Regeringsrättens uttalande får förstås som att om en leverantör inte kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen, uppfyller förfrågningsunderlaget inte kravet på affärsmässighet som detta kommer till uttryck i 1 kap. 4 § LOU. Denna tolkning kan också synas självklar; om en leverantör inte av förfrågningsunderlaget kan avgöra hur denne skall utforma sitt anbud eller hur detta anbud kommer att utvärderas är det svårt att hävda att kraven på förutsebarhet och transparens kan anses vara uppfyllda. Regeringsrätten utvecklade dock sitt resonemang i samma avgörande enligt följande.

”De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds förnär.”<sup>29</sup>

Detta uttalande har visat sig vara svårtolkat. Å ena sidan skall förfrågningsunderlaget vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse i upphandlingen. Å andra sidan skall förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under vissa förutsättningar. Oavsett hur detta uttalande varit avsett att tolkas är det uppenbart att det kommit att bli vägledande för länsrätternas bedömning i det stora flertalet överprövningsmål.

Tyvärr har länsrätternas tillämpning av den praxis som Regeringsrätten utvecklat inte bidragit till en klarare bild av hur förfrågningsunderlag bör utformas. Även om Regeringsrätten avgörande gett de upphandlande enheterna utrymme för en viss, i vårt tycke nödvändig, flexibilitet är det enligt vår mening uppenbart att ovan citerade uttalanden ibland används för att ursäka överträdelser som, mot

---

<sup>29</sup> *Supra* not 28

bakgrund av lagstiftningens utformning, får anses gå utöver vad Regeringsrätten rimligen kan ha avsett.

Rent materiellt består ett förfrågningsunderlag normalt av ett antal olika komponenter som tillsammans skall garantera att den upphandlande enheten tar hänsyn de krav som nu nämnts.

- Administrativa bestämmelser
- Uppdragsbeskrivning/kravspecifikation
- Kvalificeringskrav
- Utvärderingsgrund med eventuella utvärderingskriterier
- Kommersiella villkor

Om förfrågningsunderlaget inte är klart och tydligt utformat finns det stor risk för att leverantörerna missförstår innehållet. Detta kan i värsta fall innebära att en leverantör som i realiteten uppfyller nödvändiga krav men missförstått dessa blir utesluten ur upphandlingen, eller väljer att inte delta i denna.

Som framgått ovan blir frågor rörande förfrågningsunderlaget ofta föremål för överprövning. Vår erfarenhet, som vi också tycker oss ha fått bekräftad vid granskningen, är att detta ofta beror på missförstånd eller felaktiga förväntningar hos såväl upphandlande enheter som leverantörer. Det är ofta uppenbart att det brustit i kommunikationen mellan den upphandlande enheten och en eller flera av anbudsgivarna. Även om detta i många fall kan tillskrivas ett bristfälligt utformat förfrågningsunderlag finns det dock även andra förklaringar.

En sådan förklaring är att upphandlande enheter och leverantörer ofta utgår från olika förutsättningar. Leverantörer, som bedriver kommersiell verksamhet i konkurrens med andra företag, saknar ofta insikt i och förståelse för de särskilda villkor som gäller för

offentlig verksamhet och upphandlande enheter saknar ofta den kunskap om både produkter och marknaden som skulle behövas för att uttrycka sig på ett sätt som leverantörerna förstår. Även om vissa framsteg gjorts under senare år är det mot denna bakgrund uppenbart att det krävs ytterligare utbildningsinsatser riktade främst mot upphandlande enheter, men även mot leverantörer.

Även om ett förfrågningsunderlag normalt inte kan ändras under upphandlingens gång finns det dock vissa åtgärder som kan vidtas för att, innan anbudena ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. Ofta föreskriver upphandlande enheter att frågor om förfrågningsunderlaget skall ställas i viss ordning och att svaren på dessa antingen publiceras på den upphandlande enhetens webbplats eller skickas till samtliga leverantörer som begärt att få förfrågningsunderlaget.

Om samtliga anbudsgivare vore aktiva på ett tidigt stadium av upphandlingsprocessen och ställde frågor till den upphandlande enheten skulle med stor sannolikhet antalet överprövningsmål om oklarheter i förfrågningsunderlaget minska. Denna slutsats gäller dock med reservation för att många oklarheter och otydligheter i förfrågningsunderlaget framgår först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet och ser hur den upphandlande enheten faktiskt har tillämpat förfrågningsunderlaget. Exempelvis kan ett krav i förfrågningsunderlaget ha utformats på visst sätt, men sedan vid utvärderingen tillämpats på ett, för anbudsgivarna, oväntat sätt.

Brister i förfrågningsunderlaget kan normalt inte åtgärdas genom att länsrätten förordnar om rättelse då en sådan ofta endast innebär att upphandlingens utvärdering skall göras om i något avseende. I stället anses en adekvat åtgärd i dessa fall vara ett förordnande om att upphandlingen skall göras om. Den upphandlande enheten måste då utforma ett nytt förfrågningsunderlag som täcker de av länsrätten konstaterade bristerna och med detta genomföra en ny upphandling.

## 5.6.2 Skall-krav avseende leverantörerna och föremålet för upphandlingen

Begreppen skall-krav och bör-krav återfinns vare sig i LOU eller i upphandlingsdirektiven, utan har utvecklats i den svenska tillämpningen av upphandlingsreglerna. Med skall-krav avses krav som är obligatoriska, dvs. måste vara uppfyllda för att ett anbud skall kunna tas med i anbudsutvärderingen. Med bör-krav avses krav som inte nödvändigtvis måste vara uppfyllda för att ett anbud skall kunna utvärderas. Bör-kraven i kravspecifikationen återspeglas ofta i utvärderingskriterierna, dvs. hur väl ett anbud uppfyller bör-kraven bedöms oftast inom ramen för anbudsutvärderingen. Skall- och bör-kraven kan avse både leverantörer och föremålet för upphandlingen.

Bör-kraven ingår, till följd av deras nära koppling till utvärderingskriterierna, i den analys som gjorts i avsnittet om anbudsutvärderingen. I det följande behandlas därför endast resultatet av undersökningen såvitt avser skall-krav.

## 5.6.3 Skall-krav avseende leverantörerna

Utöver att kontrollera om någon leverantör kan uteslutas med stöd av någon av de s.k. uteslutningsgrunderna i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 § LOU kan upphandlande enheter även ställa andra krav på leverantörerna, t.ex. beträffande deras tekniska förmåga och kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Av 1 kap. 18 § 2 st. LOU framgår att den upphandlande enheten i annonsen om upphandling eller i inbjudan till anbudsgivning skall ange vilka bevis den vill ha om en leverantörs finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet.

Vilka bevis som den upphandlande enheten får begära att leverantörerna ger in framgår av förordning (1998:1364) om bevis vid

offentlig upphandling. NOU har uttalat följande beträffande denna förordning.

”Av förordningen kan vissa slutsatser dras om vilka typer av krav som kan ställas beträffande leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Om ett bevismedel finns uppräknat i förordningen får krav som sammanhänger med detta bevismedel ställas, förutsatt att det är relevant för den aktuella upphandlingen och att dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

Det bör dock observeras att förordningens uppräknade tillåtna bevis endast är uttömmande beträffande bevis som rör teknisk förmåga och kapacitet, vilket innebär att det kan vara möjligt att även ställa vissa sådana krav rörande finansiell och ekonomisk ställning som inte kan styrkas med hjälp av något av de bevis som framgår av förordningen.”<sup>30</sup>

Förordningen är endast tillämplig vid upphandlingar över tröskelvärdena i den klassiska sektorn. Bestämmelserna gäller således inte vid upphandlingar under tröskelvärdena eller vid upphandling i försörjningssektorerna.

Som framgått ovan visar vår granskning av avgöranden från länsrätterna att det är vanligt att leverantörer ansöker om överprövning på den grunden att de är missnöjda med den upphandlande enhetens hantering av skall-krav rörande leverantören (ca 31 procent av de granskade avgörandena) och sådana ansökningar bifalls i 15 procent av de granskade fallen där yrkanden på denna grund framställs.

---

<sup>30</sup> *Supra* not 11

I dessa fall rör det sig ungefär lika ofta om påståenden om att den sökande antingen anser att den vinnande anbudsgivaren felaktigt ansetts uppfylla samtliga skall-krav respektive att den sökandes eget anbud på felaktiga grunder inte ansetts uppfylla samtliga skall-krav. Det rör sig här t.ex. om krav på tidigare erfarenhet av liknande uppdrag av viss omfattning, eller om krav på viss riskklass hos ett eller flera kreditupplysningsföretag.

I vårt arbete med offentlig upphandling har vi noterat dels att det blir allt vanligare med krav på att anbudsgivarna skall visa sin ekonomiska och finansiella ställning genom viss riskklass, dels att det är allt vanligare att dessa krav, eller snarare frågan om huruvida de uppfyllts, blir föremål för överprövning. Det kan finnas flera skäl bakom denna utveckling. Upphandlande enheter upplever sannolikt att det är praktiskt att ställa krav med hänvisning till viss riskklass.

Det är dock inte givet att krav som utgår från viss riskklass alltid kan utformas så att de motsvarar de faktiska krav på leverantörens ekonomiska och finansiella ställning som den upphandlande enheten behöver ställa för att säkerställa att leverantören kan fullgöra kontraktet. Vår bedömning är att det finns en tendens bland upphandlande enheter att, måhända slentrianmässigt, ställa samma krav i alla upphandlingar oavsett storleken eller arten av de enskilda kontrakten. I sådana fall finns det risk för att kraven blir högre än vad som är motiverat och att leverantörer därför upplever dem som oproportionerliga.

Därtill kommer att kraven inte alltid utformats med den nödvändiga tydligheten. Det förekommer t.ex. att upphandlande enheter ställer krav på att leverantörerna skall uppvisa viss riskklass, eller ha "motsvarande ekonomisk och finansiell ställning". Ofta blir det då en tvistefråga om en leverantör, som inte har den efterfrågade riskklassen, på annat sätt har lyckats uppvisa motsvarande ekonomisk och finansiell ställning, och ibland ger detta upphov till ansökningar om överprövning.



Även om kravet på viss riskklass eller motsvarande sannolikt ofta ställs med den vällovliga ambitionen att ge möjligheter för fler leverantörer att delta i en upphandling blir effekten i praktiken oftast att leverantörerna upplever att den upphandlande enheten i strid med LOU förbehåller sig fri prövningsrätt, dvs. rätten att godtyckligt välja vilka leverantörer som skall anses uppfylla respektive inte uppfylla kraven.

#### 5.6.4 Skall-krav avseende föremålet för upphandlingen

Bestämmelser om hur föremålet för upphandlingen i tekniskt hänseende skall beskrivas, dvs. hur de tekniska kraven på varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna skall utformas, återfinns i 1 kap. 12-14 och 16 §§ samt 4 kap. 15a, 15b och 15d §§ LOU, samt i förordning (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling. Dessa bestämmelser gäller endast för upphandlingar över tröskelvärdena.

De ovan nämnda bestämmelserna är relativt omfattande, men innebär i korthet att förfrågningsunderlagets tekniska beskrivningar skall göra det möjligt att bedöma om det som offereras i anbuderna uppfyller det av den upphandlande enheten avsedda ändamålet. Beskrivningarna kan t.ex. omfatta kvalitet, prestanda, säkerhet eller dimensioner inklusive kraven på material, produkter eller vara i fråga om kvalitetssäkring, terminologi, provning och provningsmetoder, symboler, emballage och märkning. Bestämmelserna innebär också att de tekniska beskrivningarna som huvudregel skall utformas med hänvisning till vissa standarder i enlighet med den rangordning mellan europeiska och nationella standarder som framgår av LOU.

Som framgått ovan visar vår granskning av avgöranden från länsrätterna att det är vanligt att leverantörer ansöker om överprövning på den grunden att de är missnöjda med den upphandlande enhetens hantering av skall-krav rörande de upphandlade varorna,

tjänsterna eller byggentreprenadarbetena (ca 20 procent av de granskade avgörandena) och sådana ansökningar bifalls i 65 procent av de granskade fallen där yrkanden på denna grund framställs.<sup>31</sup> I dessa fall rör det sig ungefär lika ofta om påståenden om att den sökande antingen anser att det vinnande anbudet felaktigt ansetts uppfylla samtliga skall-krav respektive att den sökandes eget anbud på felaktiga grunder inte ansetts uppfylla samtliga skall-krav.

Dessa överprövningar kan naturligtvis ha många olika orsaker, men typiskt sett rör det sig om att den upphandlande enheten och den sökande har olika uppfattning om hur de uppställda kraven skall tolkas vilket kan, men inte behöver, bero på att kraven fått en otydlig eller tvetydig utformning.

I likhet med vad som gäller beträffande anbudsutvärderingen kan det även vara fråga om att leverantörens uppfattning om den egna produktens kvalitet inte överensstämmer med de faktiska förhållandena. Det förefaller dock, under alla förhållanden, finnas ett betydande utrymme för förbättringar av de krav som ställs på föremålen för de upphandlingar som görs.

Vår erfarenhet är att kunskaperna, bland såväl upphandlande enheter som leverantörer, om LOU:s ovan nämnda bestämmelser om tekniska specifikationer är påfallande bristfälliga. Detta har i sin tur fått till följd att bestämmelserna, trots att de är tvingande, fått begränsad praktisk tillämpning. Denna okunskap kan sannolikt inte förklara alla de ovan beskrivna fallen av missförstånd kring innebörden av ställda skall-krav för föremålet för upphandlingen. Det finns säkert fler faktorer som har betydelse.

---

<sup>31</sup> Denna siffra är delvis ett resultat av den samordnade upphandlingen som överprövades vid länsrätten i Stockholms län i juni och där länsrätten förordnande om rättelse. I ansökan om överprövning hade sökanden grundat sina yrkanden på skall-krav avseende föremålet för upphandlingen.

Ett antal av överprövningarna som rör skall-krav på föremålet för upphandlingen skulle kunna undvikas om de tekniska specifikationerna i upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena, trots att bestämmelserna som nämnts ovan formellt endast gäller över tröskelvärdena, i högre grad utformades i enlighet med LOU:s bestämmelser. Detta eftersom det normalt sett är relativt enkelt att fastställa huruvida en viss offererad produkt uppfyller de krav som följer av en officiell standard, åtminstone jämfört med många av de krav som i dagsläget ställs beträffande föremålet för upphandlingen.

Det förekommer också mål som rör själva kontrollen av om ställda skall-krav avseende produkten uppfylls. Oftast kontrolleras uppfyllandet av skall-kraven för produkten av olika referensgrupper bestående av personer från den upphandlande enheten. Produkterna testas av dessa grupper vid slutna tillställningar. Då produkterna ofta är tekniska och ingående studier av bruksanvisningar etc. krävs har detta ibland lett till att referensgruppen – måhända av bristande kunskap om hantering av de olika produkterna eller brist på tid – ansett att en produkt vid den slutna tillställningen inte ansetts uppfylla ställda skall-krav. Detta har i vissa fall lett till att anbud förkastats trots att den testade produkten bevisligen uppfyller ställda skall-krav såväl före som efter referensgruppens kontroll.

Domstolarnas inställning har i dessa fall varit att en klagande leverantör måste bevisa att produkten i fråga uppfyllde ställda skall-krav just vid referensgruppens testning. Eftersom leverantören inte får delta vid dessa tester har detta visat sig vara en omöjlighet. Detta problem har lett till en misstro bland vissa leverantörer innebärande att den upphandlande enheten bestämt sig om vinnande produkt redan på förhand eller att den upphandlande enheten genom detta testförfarande har förbehållit sig en fri prövningsrätt.

Ett smidigt sätt att komma till rätta med dessa problem skulle kunna vara antingen att låta leverantörerna själva närvara vid testning och förevisa tekniskt komplicerade produkter eller i högre utsträckning

än vad som förekommer idag låta oberoende testinstitut genomföra dessa tester.

### 5.6.5 Anbudsutvärderingen

Vid anbudsutvärderingen har den upphandlande enheten möjlighet att anta antingen anbudet med lägst pris eller det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Vilken av dessa utvärderingsgrunder som den upphandlande enheten har för avsikt att använda av måste framgå av förfrågningsunderlaget. Om den upphandlande enheten väljer utvärderingsgrunden lägsta pris innebär det att det anbud, bland de anbud som uppfyller samtliga ställda krav, vilket har lägst pris skall antas.

Till skillnad från utvärderingsgrunden lägsta pris innebär utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att den upphandlande enheten får göra en relativ prövning av respektive anbud. Denna skall ske enligt samtliga de utvärderingskriterier som finns angivna i förfrågningsunderlaget. Således innebär utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att ett anbud där priset är riktigt lågt kan väljas bort till förmån för ett anbud där priset är högre givet att detta anbud på ett bättre sätt uppfyller övriga utvärderingskriterier i förfrågningsunderlaget.

Det förtjänar dock i sammanhanget att påpekas att det inte går att dra någon generell slutsats om relationen mellan t.ex. pris och kvalitet baserat enbart på vilken utvärderingsgrund som används. Även om utvärderingsgrunden lägsta pris används kan den upphandlande enheten ta stor hänsyn till kvalitet, och andra aspekter än pris, genom att ställa upp höga skall-krav för dessa andra aspekter.

På motsvarande sätt kan priset få helt avgörande betydelse vid användning av utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, beroende på vilken vikt som priset respektive övriga

utvärderingskriterier åsätts. Det är den upphandlande enheten som, när den utformar förfrågningsunderlaget, fritt har att välja vilka aspekter som skall vara utslagsgivande i upphandlingen. LOU innehåller således inga regler om vad upphandlande enheter skall köpa, utan endast hur de skall agera vid sina inköp.

Upphandlande enheters anbudsutvärdering blir ofta föremål för överprövning. Normalt handlar dessa överprövningar om att anbudsgivare anser att den upphandlande enheten inte utvärderat sökandens, eller den vinnande anbudsgivarens, anbud på ett korrekt sätt. Något förenklat kan klagomål riktade mot anbudsutvärderingen sägas vara av två typer.

Dels är det vanligt förekommande att sökanden anför att utvärderingen inte genomförts på det sätt som förespeglats i förfrågningsunderlaget, dels anför sökande ofta att det egna anbudet fått en alltför negativ bedömning jämfört med det vinnande anbudet, alternativt att det vinnande anbudet fått en alltför positiv bedömning jämfört med det egna anbudet. I det förra fallet avser klagomålet således, även om detta inte alltid nämns uttryckligen, en överträdelse av transparensprincipen. I det senare fallet avser klagomålet närmast frågan om den upphandlande enheten gjort en rättvisande jämförelse mellan anbuden.

I detta avseende kan man märka en skillnad mellan leverantörer med goda kunskaper om LOU och leverantörer som saknar sådana kunskaper. Att döma av hur de sökande utformat sin talan i de granskade målen förefaller leverantörer med begränsade kunskaper om LOU vara mer benägna att klaga på hur den upphandlande enheten poängsatt eller på annat sätt jämfört anbuden med varandra. Delvis kan detta sannolikt förklaras med att det kan vara lättare att identifiera en felaktig bedömning av t.ex. kvalitet än en mer komplex regelöverträdelse. Mer troligt är dock att det i många fall beror på att leverantörer med begränsade kunskaper om LOU har felaktiga

förväntningar om hur offentliga upphandlingar går till och vad som tillmäts betydelse.

Det väsentliga för bedömningen av anbuden i en upphandling är, till skillnad från vad många leverantörer förefaller tro, inte vilken av de offererade produkterna som objektivt sett, t.ex. i fråga om användarvänlighet, är bäst eller billigast. Det avgörande är i stället vilken av produkterna som mätt utifrån förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier är bäst. Denna skillnad kan det ofta vara svårt för den upphandlande enheten att kommunicera till leverantörerna och många ansökningar om överprövning som rör utvärderingsfrågor förefaller också grundas på att anbudsgivaren upplever att den upphandlande enhetens utvärdering inte stämmer överens med anbudsgivarens egna, inte sällan subjektiva, bedömning av den egna produkten.

Vår erfarenhet är, vilket stöds av granskningen, att det är mer sannolikt att en ansökan som grundas på att den upphandlande enheten gjort avsteg från förfrågningsunderlaget vinner bifall än en ansökan som grundas på att enheten gjort en felaktig jämförelse mellan anbuden. Länsrätterna är generellt sett obenägna att "sätta sig i den upphandlande enhetens ställe" och göra om anbudsutvärderingen. Denna inställning förefaller vara väl motiverad. Länsrätterna har inte de kunskaper om förfrågningsunderlaget och övriga handlingar i upphandlingen vilka krävs för att kunna göra en korrekt jämförelse mellan anbuden, och knappast heller den kännedom om marknaden som krävs.

Syftet med överprövningsinstitutet är inte heller att länsrätterna skall säkerställa att de upphandlande enheterna gör affärer på förmånliga villkor. Mot denna bakgrund framstår det därför som naturligt att länsrätterna i första hand ägnar sin uppmärksamhet åt de strikt juridiska frågorna, såsom överträdelser av de procedurregler som syftar till att skydda enskilda leverantörer eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

### 5.6.6 Klagomål på förfrågningsunderlag och anbudsutvärdering

Som tidigare framgått är det vanligt att en leverantör i sin ansökan klagar på både förfrågningsunderlagets utformning och hur anbudsutvärderingen genomförts. Detta är naturligt eftersom förfrågningsunderlaget ligger till grund för anbudsutvärderingen. Vidare har nämnts att anbudsgivare genom att agera proaktivt och på ett tidigt stadium ställa frågor till den upphandlande enheten kan undvika missförstånd som gäller innebörden av förfrågningsunderlagets krav och kriterier.

Mot bakgrund av vad som sagts om anbudsgivares möjlighet att agera proaktivt under upphandlingsförfarandet skall också den s.k. preklusionsfrist som diskuteras av den statliga Upphandlingsutredningen 2004 (dir 2004:47) i sitt slutbetänkande.<sup>32</sup> En preklusionsfrist innebär att den leverantör som vill ansöka om överprövning av ett visst steg i upphandlingsprocessen, t.ex. förfrågningsunderlagets utformning eller leverantörskvalificeringen, måste göra det inom en viss tid. Om så inte sker prekluderas, leverantörens rätt att ansöka om överprövning, dvs. rätten till överprövning av det aktuella steget i upphandlingen upphör.

EG-domstolen har tagit ställning till frågan om det finns några lagliga hinder mot en nationell preklusionsfrist och kommit fram till att så inte är fallet.<sup>33</sup> Syftet med en preklusionsfrist är att effektivisera överprövningsinstitutet genom att säkerställa att leverantörer ansöker om överprövning så snart de får kännedom om en överträdelse, eller enkelt uttryckt att säkerställa att leverantörerna inte väntar med att ansöka om överprövning till dess att de fått besked om att de har förlorat kontrakt i upphandlingen.

---

<sup>32</sup> SOU 2006:28; Nya upphandlingsregler 2

<sup>33</sup> Se målen C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, C-327/00 *Santex* och C230/02 *Grossman*.

Av Upphandlingsutredningens betänkande framgår också att domstolarnas prövning av just tilldelningsbesluten skulle underlättas då domstolen i detta stadium inte behöver befatta sig med åberopande av felaktigheter som avser tidigare led i förfarandet.<sup>34</sup> Utredningen har angett som exempel angett att en leverantör A anser att de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget är diskriminerande för honom. A väntar dock med att ansöka om överprövning till dess att den upphandlande enheten meddelat att leverantör B tilldelats kontraktet. I det fall preklusionsfristen har löpt ut, saknar A möjlighet att som grund för att tilldelningsbeslutet är olagligt åberopa att specifikationerna är diskriminerande.<sup>35</sup> Utredningen fann dock att nackdelarna med en preklusionsfrist väger tyngre än fördelarna och föreslog att en preklusionsfrist inte införs.

Baserat på den granskning av länsrätternas avgöranden som gjorts vill vi göra följande tillägg till det Upphandlingsutredningen anfört beträffande nackdelarna med en preklusionsfrist.

Av tilldelningsbeslutet skall framgå på vilket sätt den upphandlande enheten har gått till väga när de olika anbuden utvärderats, och eventuella felaktigheter i förfrågningsunderlaget upptäcks ofta först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet, eftersom det dessförinnan inte alltid stått klart hur den upphandlande enheten avsett att tolka och tillämpa förfrågningsunderlaget.

I dessa fall skulle en preklusionsfrist innebära att domstolen skulle vara förhindrad att pröva eventuella, och i vissa fall faktiska, felaktigheter i förfrågningsunderlaget trots att dessa upptäcks först i samband med tilldelningsbeslutet. Konsekvensen av detta blir att mindre uppenbara felaktigheter i förfrågningsunderlaget, vilka ändå kan få avgörande betydelse för upphandlingen, i praktiken aldrig kan bli föremål för prövning.

---

<sup>34</sup> *Supra* not 32, s. 290

<sup>35</sup> *Supra* not 32, s. 293



Som nämnts i det föregående är det vanligt att den sökande i sin ansökan både klagar på förfrågningsunderlagets utformning och på hur anbudsutvärderingen genomförts. Detta ger stöd åt slutsatsen att det ovan beskrivna problemet om att förfrågningsunderlagets rätta innebörd inte uppenbaras förrän vid tilldelningsbeslutet, är vanligt. Detta styrker Upphandlingsutredningens slutsats att nackdelarna med en preklusionsfrist överväger fördelarna. Vi delar även Upphandlingsutredningens bedömning att någon preklusionsfrist inte bör införas.

## 5.7 Andra grunder för ansökan om överprövning

Utöver de mest vanliga grunderna för ansökan om överprövning finns det ett antal andra grunder som är av intresse att belysa.

### 5.7.1 Avbruten upphandling

I avsnitt 4.2 har diskuterats i vilken utsträckning en upphandlande enhets beslut om att avbryta en pågående upphandling kan prövas i allmän förvaltningsdomstol. Av i avsnittet angiven rättspraxis framgår att leverantörer har rätt att få ett sådant beslut prövat. En förutsättning för att den upphandlande enheten skall ha rätt att avbryta en pågående upphandling är att den har haft sakliga skäl för avbrytandet. Vad som skall anses konstituera sakliga skäl för avbrytande blir emellanåt föremål för länsrätternas prövning.

Generellt kan sägas att det, mot bakgrund av de avgöranden som legat till grund för denna rapport och som berör frågan om avbruten upphandling, ännu är för tidigt att dra några slutsatser om vad som utgör sakliga skäl för avbrytande. Det kan heller inte sägas ha utvecklats någon fast rättspraxis som definierar begreppet närmare, tvärtom går länsrätternas domar helt isär. Klart är dock att länsrät-

terna har valt att ge begreppet en vid tolkning, vilket innebär att man nästan uteslutande finner att sakliga skäl för avbrytande föreläggat.

## 5.7.2 Miljökrav och sociala krav

I Upphandlingsutredningens slutbetänkande föreslås att det i båda de nya upphandlingslagarna skall införas en bestämmelse som innebär att upphandlande enheter bör ställa miljökrav och sociala krav i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.<sup>36</sup> Redan idag har dock upphandlande enheter möjlighet att ställa miljökrav med avseende på varans eller tjänstens direkta användning. Dock kan miljökrav normalt inte ställas på själva tillverkningsprocessen, t.ex. i form av viss specifik nationell miljömärkning inkluderande krav på tillverkningsprocessen då detta skulle strida mot EG-rätten.

Diskriminerande miljökrav blir mycket sällan föremål för prövning i länsrätterna. Detta trots att ungefär 60 procent av förfrågningsunderlagen i samtliga upphandlingar innehåller miljökrav av något slag.<sup>37</sup> Dock är i många av dessa fall kraven formulerade på ett sådant sätt att de inte påverkar föremålet för upphandlingen. Det innebär att kraven i stället ofta tar sikte på att leverantören till sitt anbud skall kunna bifoga en beskrivning av en kvalitets- och miljöpolicy för att bli föremål för utvärdering.<sup>38</sup>

En sådan policy kan t.ex. utgöras av ett intyg om certifiering enligt SS EN-ISO 9001 eller en av leverantören utformad manual vari beskrivs på vilka sätt leverantören uppfyller kraven på teknisk förmåga och kapacitet. Normalt formuleras denna typ av krav som

---

<sup>36</sup> *Supra* not 32, s. 369.

<sup>37</sup> Naturvårdsverket, "En mer miljöanpassad offentlig upphandling – förslag till handlingsplan", rapport 5520, december 2005, s. 15

<sup>38</sup> Se även Konkurrensverkets yttrande till regeringen (dnr 994/2005) över Naturvårdsverkets rapport enligt föregående fotnot.

skall-krav i förfrågningsunderlaget. Detta betyder att anbudsgivare riskerar att uteslutas från upphandlingen för det fall denne inte utformar en manual enligt vad som framgår i förfrågningsunderlaget.

Det faktum att olika typer av miljökrav sällan blir föremål för överprövning kan förklaras på olika sätt. Dels ställer de upphandlande enheterna kanske endast undantagsvis miljökrav som är så höga att leverantörerna har svårt att uppfylla dem, dels kan det sannolikt även vara så att leverantörernas privata kunder redan ställer så höga miljökrav att leverantörerna inte har några svårigheter att uppfylla de upphandlande enheternas miljökrav. På vilket sätt det förhåller sig i detta avseende kan inte fastställas baserat på de avgöranden som utgör underlaget för denna undersökning, eftersom inget avgörande under perioden rör diskriminerande miljökrav.

Upphandlande enheters möjlighet att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling diskuteras, i likhet med möjligheten att ta miljöhänsyn, i Upphandlingsutredningens nämnda slutbetänkande. Liksom beträffande miljökrav är det av stor vikt att sociala krav som upphandlande enheter ställer på leverantörer inte på otillbörligt sätt diskriminerar vissa leverantörer. I vilken utsträckning upphandlande enheter ställer denna typ av krav är dock svårt att svara på.

Det är sannolikt att upphandlande enheter redan inför upphandlingen, dvs. då den beslutar vad som skall upphandlas, ofta väljer den typ av varor eller tjänster som bäst motsvarar den upphandlande enhetens socialpolitiska prioriteringar. Enligt vår uppfattning är det dock mindre vanligt att upphandlande enheter använder sociala hänsyn som kriterier vid anbudsutvärderingen.

Av de avgöranden som ligger till grund för denna rapport rör inget diskriminerande krav avseende sociala hänsyn. Detta beror sannolikt på att sådana krav relativt sällan ställs. Mot bakgrund av vad Upphandlingsutredningen kommit fram till i sitt slutbetänkande

kommer denna typ av krav, samt miljökrav, möjligen bli mer vanliga i framtiden.

### 5.7.3 Ramavtal

Av de äldre upphandlingsdirektiven innehöll endast direktivet för försörjningssektorerna bestämmelser om ramavtal. I 1 kap. 5 § LOU har dock införts en definition av begreppet ramavtal som, i formell mening, gäller både för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna. Bestämmelsen definierar ramavtal som "avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period". Med stöd av denna bestämmelse har ramavtal fått en mycket stor utbredning och användning i den klassiska sektorn, såväl på central statlig nivå (inom ramen för Statlig inköpsordning), som i den kommunala sektorn.

Den svenska användningen av ramavtal i den klassiska sektorn har dock på senare år blivit föremål för debatt eller kritik.<sup>39</sup> Frågorna har dels handlat om ramavtalsanvändningens förenlighet med LOU och upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn, dels om huruvida upphandlande enheter, med hjälp av ramavtal, kan få bättre inköpsvillkor än separata upphandlingar av enskilda kontrakt. Dessutom har ramavtalsanvändningens påverkan på konkurrensen uppmärksamats.

Fredrik Andersson, professor i nationalekonomi vid Lunds universitet, har inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning analyserat användningen av ramavtal inom offentlig upphandling. Av rapporten framgår bl.a. att ramavtal som sluts med flera leve-

---

<sup>39</sup> Se bl.a. NOU:s yttrande till Riksdagens konstitutionsutskott, dnr 2004/0046-29, Statskontorets yttrande till regeringen, dnr 2004/223-5, Riksrevisionens rapport Samordnade inköp (RiR 2005:10), Tillväxtpolitisk utblick nr 2/2005 från Institutet för tillväxtpolitiska studier (ITPS) och betänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22).

rantörer, och där omfattningen av inköpen från var och en av leverantörerna är svår att förutse, innebär stora åtaganden från de leverantörer som ger sig in i konkurrensen om ramavtal, men små åtaganden från köparen. Denna asymmetri och de kostnader för företagen som blir resultatet utgör en betydande barriär mot inträde på marknaden. Detta minskar företagens möjligheter att agera på dessa marknader och begränsar konkurrensen.<sup>40</sup>

Mot denna bakgrund hade det knappast varit förvånande om frågor om ramavtal ofta blivit föremål för prövning inom ramen för överprövningsmål i länsrätterna. Vår undersökning visar emellertid att så inte är fallet. Visserligen framgår det av ca 30 procent av de granskade avgörandena att många av de upphandlingar som blir föremål för överprövning rör ramavtal och det faktiska antalet är sannolikt ännu större, eftersom det inte alltid klart framgår av avgörandena vad som upphandlats eller vilken avtalstyp som använts. Undersökningen visar emellertid att frågor som specifikt rör ramavtalsanvändning, såsom frågan om ramavtal får användas i en viss situation eller hur ramavtal skall vara utformade för att vara tillåtna, endast mycket sällan blir föremål för prövning.

Delvis kan detta säkert förklaras med att vissa upphandlande enheter, med anledning av den debatt som varit och den kammarrättspraxis<sup>41</sup> som utvecklats på området, sett över sin ramavtalsanvändning och i viss utsträckning börjat tillämpa de ännu icke införlivade bestämmelserna i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn.<sup>42</sup> En annan förklaring kan vara att de företag

---

<sup>40</sup> Offentlig upphandling, ramavtal och auktionsteori; Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:4

<sup>41</sup> Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1669-2000 och Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 2591-04

<sup>42</sup> Det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn innehåller i artikel 32 uttryckliga bestämmelser om ramavtalsanvändning. Dessa bestämmelser kommer, om de får den avsedda tillämpningen, sannolikt att leda till en användning av ramavtal som präglas av högre grad av förutsebarhet för såväl upphandlande enheter som leverantörer. I viss utsträckning får därför de problem med ramavtalsanvändningen, vilka tidigare diskuterats, anses lösta.

som drabbas hårdast av de negativa effekterna av viss ramavtalsanvändning är små och medelstora företag, vilka ofta både saknar kunskap och resurser att ansöka om överprövning.

## 5.8 Allmänna iakttagelser och slutsatser

Den granskning av länsrätternas avgöranden som genomförts har som nämnts tidigare gjorts utifrån ett antal på förhand fastställda kriterier. Utöver en bedömning enligt dessa kriterier har vi emellertid även gjort vissa observationer av mer allmän karaktär som gäller utformningen av och innehållet i avgörandena.

Länsrätternas avgöranden i mål om offentlig upphandling är innehållsmässigt strukturerade på likvärdigt sätt med viss mindre variation från länsrätt till länsrätt. Domar och interimistiska beslut (samt även i vissa fall avvisnings- och avskrivningsbeslut) inleds med parternas yrkande eller yrkanden, dvs. ett förstahandsyrkande och normalt också ett andrahandsyrkande. Av rättspraxis framgår dock att Länsrätterna inte är bundna av parternas yrkanden.

Regeringsrätten har beträffande domstolarnas val av påföljd uttalat att: "Förutsättningar får åtgärd med stöd av 7 kap. 2 § LOU föreligger därför. Domstolen har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandet utformas, välja mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas."<sup>43</sup>

Regeringsrättens uttalande betyder att om t.ex. sökanden enbart yrkar rättelse av upphandlingen kan länsrätten förordna att upphandlingen skall göras om i de fall den finner detta vara en mer lämplig åtgärd. Av de avgöranden som vi har granskat inom ramen för denna rapport kan dock konstateras att möjligheten för länsrätterna att förordna om åtgärder som inte yrkats utnyttjas mycket

---

<sup>43</sup> RÅ 2005 ref. 47

sällan. Detta på grund av att sökanden normalt yrkar både rättelse och att upphandlingen skall göras om.

Efter parternas yrkanden redogörs för de omständigheter parterna grundar sin talan på och förutsättningarna i målet i övrigt. Detta innebär normalt en objektiv beskrivning av upphandlingen som är föremål för överprövningen samt vilka fel sökanden anser att den upphandlande enheten begått. Den upphandlande enheten har att bemöta vad som anförs av sökanden och visa att förutsättningar för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU inte föreligger.

I vissa fall är det dock klart att den upphandlande enheten har gjort fel i någon fas av upphandlingsförfarandet. I dessa fall står det den upphandlande enheten fritt att medge sökandens yrkanden. Då möjligheten finns för den upphandlande enheten att själv vidta rättelse eller avbryta upphandlingen och göra om densamma om det finns särskilda skäl kan det vara en god idé för leverantörer som överväger att ansöka om överprövning att först kontakta den upphandlande enheten och uppmärksamma den på de fel som begåtts. I bästa fall kan i dessa situationer en överprövning undvikas. Men den upphandlande enheten riskerar att vinnande anbudsgivare ansöker om överprövning av beslutet att vidta självrättelse eller avbryta upphandlingen.

I skälen för länsrätternas avgörande anges oftast vilka bestämmelser i LOU som legat till grund för länsrättens bedömning. Därvid redogörs också ibland, för relevant rättspraxis, antingen nationell sådan eller praxis från EG-domstolen. Bland den rättspraxis som regelmässigt ingår i länsrätternas avgöranden kan särskilt Regeringsrättens avgörande i den ovan nämnda Migrationsverksdomen nämnas.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> *Supra* not 28

Länsrätternas tillämpning av principerna i denna rättspraxis har diskuterats i samband med förfrågningsunderlagets utformning och kommer därför inte att upprepas här. Rättspraxis från EG-domstolen förekommer dock sällan i skälen för länsrätternas avgöranden. Vad detta beror på är svårt att svara på.

Vidare är påfallande många länsrättsavgöranden utformade på ett sådant sätt att det är svårt eller i vissa fall omöjligt att utläsa vissa viktiga basfakta rörande den överprövade upphandlingen, t.ex. huruvida det rör sig om upphandling över eller under tröskelvärdena, klassiska sektorn eller försörjningssektorerna eller i vissa fall till och med vad som upphandlats. Därtill kommer att länsrätterna i många fall, när det av materialet klart kan utläsas att det är fråga om en upphandling under tröskelvärdena, hänvisar till vissa bestämmelser i 1 kap. LOU, vilka inte är tillämpliga vid upphandling enligt 6 kap. LOU (och vice versa).

Ytterligare en omständighet vi uppmärksammat är att praxis i stor utsträckning varierar mellan, och ibland inom, länsrätterna, dvs. att samma rättsfråga bedöms på olika sätt av olika länsrätter och ibland av olika avdelningar inom samma länsrätt.

Vi vill framhålla att vi vid vår granskning har funnit ett antal länsrättsavgöranden som på ett tydligt sätt redovisar både skälen för avgörandet och vilka överväganden länsrätten gjort. Vi vill också betona att vi inom ramen för den utförda granskningen i och för sig inte ifrågasätter riktigheten i de enskilda avgörandena. De ofta knapphändigt motiverade länsrättsavgörandena och de påtagliga



skillnader som föreligger i mellan olika länsrätters bedömning av samma frågor utgör dock ett allvarligt rättssäkerhetsproblem.<sup>45</sup>

Den osäkerhet detta skapar innebär problem för såväl upphandlande enheter som leverantörer. En upphandlande enhet kan t.ex. ofta inte med säkerhet bedöma om en planerad upphandling, i alla dess detaljer, är förenlig med gällande rätt och en leverantör har på motsvarande sätt ofta svårt att bedöma om han blivit felaktigt behandlad eller om den upphandlande enhetens agerande ligger inom ramen för vad som enligt länsrätterna bör godtas.

Det finns därför risk för att de upphandlande enheterna, av rädsla för att drabbas av överprövning, avstår från att pröva nya upphandlingskoncept och avtalsformer som skulle kunna leda till förmånligare affärer för offentlig sektor. På motsvarande sätt finns också en risk att leverantörer tappar tilltron till den offentliga upphandlingen och att de avstår från att delta i offentliga upphandlingar, med sämre konkurrens om de offentliga kontrakten som följd.

Det finns också en risk att den rådande rättsosäkerheten genererar kostnader för samhället i form av onödiga överprövningar, dels för att upphandlande enheter har svårt att bedöma rättsläget, dels för att leverantörer inte vet vad de har rätt att förvänta sig av de upphandlande enheterna.

Ett effektivt sätt att minska antalet överprövningar skulle sannolikt vara att försöka åstadkomma en mer enhetlig rättspraxis på upphandlingsområdet, t.ex. genom att koncentrera överprövningsmålen till ett fåtal länsrätter under varje kammarrätt eller, ännu hellre, även

---

<sup>45</sup> I sammanhanget bör också nämnas att de svenska förvaltningsdomstolarna hittills varit obenägna att använda den möjlighet som finns att få rättsläget klarlagt genom en begäran av förhandsavgörande från EG-domstolen. Sedan LOU trädde i kraft den 1 januari 1994 har de svenska domstolarna inte vid något tillfälle begärt förhandsavgörande i mål som rör offentlig upphandling. Överhuvudtaget verkar det finnas en obenägenhet hos vissa av länsrätterna att tillämpa rättspraxis från EG-domstolen.

en särskilt utvald kammarrätt. En fördel för utvecklingen av praxis vore också att, i vart fall under en övergångstid, avskaffa kravet på provningstillstånd i kammarrätten.

## Referenser

### **Avgöranden från EG-domstolen**

Mål 76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, REG 1998 s. 5357

Mål 380/90, The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge, REG 2000 s. I-8035

Mål 19/00 SIAC Construction Ltd. mot County Council of the County of Mayo, REG 2001 s. I-07725

Mål 399/98, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi mot Comune di Milano, REG 2001 s. I-05409

Mål 373/00, Adolf Truley GmbH mot Bestattung Wien GmbH, REG 2003 s. I-01931

Mål 18/01, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy m.fl. mot Varkauden Taitotalo Oy, REG 2003 s. I-05321

Mål 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 sid. I-7671

Mål 92/00, Hospital Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH mot Stadt Wien, REG 2002 s. I-05553

Mål 470/99, Universale-Bau AG m.fl., mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, REG 2002 s. I-11617

Mål 327/00, Santex mot Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, REG 2003 s. I-01877

Mål 230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republiken Österrike, REG 2004 s. I-01829

### **Avgöranden från Högsta domstolen**

NJA 1998, s. 873

NJA 2000, s. 712

### **Avgöranden från Regeringsrätten**

RÅ 2002 ref. 47

RÅ 2002 ref. 50

RÅ 2003 ref. 64

RÅ 2005 ref. 62

### **Avgöranden från kammarrätterna**

Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nr 1669-2000

Kammarrätten i Stockholm, dom i mål nr 2591-04

### **Offentligt tryck**

Prop. 2001/02:142, s. 59

SOU 1999:139; Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt

SOU 2002:115; Konkurrens för ökad välfärd

Regeringens direktiv 2004:47, Upphandlingsutredningen 2004

SOU 2005:22; Nya upphandlingsregler

SOU 2006:28; Nya upphandlingsregler 2

### **Konkurrensverket**

*Offentlig upphandling, ramavtal och auktionsteori*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:4

Skrivelse inkl. promemoria till regeringen (förslag om att förbättra den offentliga upphandlingen), dnr 582/2006

Skrivelse inkl. promemoria till regeringen (myndigheters tillämpning av beställar- och utförarmodellen), dnr 969/2003

Yttrande till regeringen (offentlig upphandling, miljökrav och konkurrensfrågor), dnr 994/2005

**Institutet för tillväxtpolitiska studier (ITPS)**

*Offentlig upphandling kan utnyttjas bättre för tillväxtpolitiska mål,  
Tillväxtpolitisk utblick nr 2/2005*

*Offentlig upphandling i EU och USA (A2004:027)*

**Naturvårdsverket**

*En mer miljöanpassad offentlig upphandling – förslag till handlingsplan,  
rapport 5520, december 2005*

**Nämnden för offentlig upphandling (NOU)**

Skrivelse till regeringen, dnr 2004/0040-29

Yttrande till Riksdagens konstitutionsutskott,  
dnr 2004/0046-29

Yttrande, dnr 2005/0088-29

**Verket för näringslivsutveckling (NUTEK)**

*Småföretag och offentlig upphandling (R 2005:21)*

**Riksrevisionen**

*Statliga bolag och offentlig upphandling (RiR 2006:15)*

*Samordnade inköp (RiR 2005:10)*

**Statskontoret**

Yttrande till regeringen (ramavtal), dnr 2004/223-5