

---

# UPPHANDLINGSKRÖNIKA

## – NYA LAGFÖRSLAG

Kristian Pedersen\*

---

### 1. INLEDNING

Upphandlingsområdet fortsätter att genomgå stora förändringar. Detta har bland annat tagit sig uttryck genom att det under sommaren publicerades inte mindre än två departementspromemorior med förslag till ändringar i de svenska upphandlingslagarna LOU och LUF.

Den första promemorian, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet,<sup>1</sup> innehåller lagförslag som kan indelas i tre olika kategorier. Den första, och mest omfattande, av dessa kategorier utgörs av förslag till bestämmelser som syftar till att införliva det nya rättsmedelsdirektivet (det s.k. ändringsdirektivet)<sup>2</sup> i svensk rätt. Den andra kategorin utgörs av förslag till bestämmelser, vilka syftar till att förenkla upphandlingsförfarandet. Den tredje och till omfånget mest blygsamma kategorin utgörs av förslag till bestämmelser som syftar till att införliva vissa frivilliga bestämmelser i procedurdirektiven,<sup>3</sup> nämligen dem som rör s.k. inköpscentraler, i svensk rätt.

Den andra promemorian, Upphandling från statliga och kommunala företag,<sup>4</sup> innehåller ett förslag till en ny bestämmelse i LOU som innebär att upp-

---

\* Advokat, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

<sup>1</sup> Ds 2009:30.

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling. För en redogörelse för bakgrunden till ändringsdirektivet se Pedersen, Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna – Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv, ERT 2006 s. 575.

<sup>3</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster respektive Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

<sup>4</sup> Ds 2009:36.

handlande myndigheter, under vissa förutsättningar, inte behöver tillämpa LOU när de anskaffar varor eller tjänster från en annan juridisk person som myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i.

I denna upphandlingskrönika kommer jag att behandla de mest betydelsefulla delarna i de två promemoriornas lagförslag.

## 2. LAGFÖRSLAG AVSEENDE RÄTTSMEDEL

### 2.1 Bakgrund till förslagen avseende förändrade rättsmedel

Som nämnts inledningsvis syftar en mycket stor andel av förslagen i den första promemorian till att införliva bestämmelserna i ändringsdirektivet. Detta direktiv har tillkommit som ett resultat av att gemenskapslagstiftaren identifierat brister i medlemsstaternas tillämpning av rättsmedelsdirektiven och med anledning av dessa velat säkerställa mer effektiv rättslig prövning av offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna. Direktivets bestämmelser kan därför sägas syfta till att försvara för upphandlande myndigheter och enheter att bryta mot procedurdirektivets bestämmelser, bl.a. gällande annonseringsplikt, och till att säkerställa att leverantörer ges reella möjligheter att påkalla rättslig prövning i de fall då överträdelser sker.

De enligt min mening mest betydelsefulla av de föreslagna bestämmelserna rör s.k. avtalsspärr, överprövning av avtal (dvs. ogiltighet för vissa olagligen ingångna avtal), innebörden av domstols avgörande i mål om överprövning och s.k. marknadsskadeavgift.

### 2.2 Avtalsspärr

I promemorian föreslås att bestämmelser om s.k. avtalsspärr skall införas. Med avtalsspärr avses att upphandlande myndigheter och enheter i de fall då de är skyldiga att skicka upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare, dvs. i flertalet upphandlingar, inte får ingå avtal förrän att tio dagar gått från det att myndigheten eller enheten skickade upplysningar om tilldelningsbeslutet med elektroniska medel. Om underrättelsen skickats på annat sätt skall avtal om upphandling inte få ingås förrän 15 dagar har gått och om en längre avtalsspärr än den lagstadgade minimifristen angetts i upplysningarna om tilldelningsbeslut skall avtal om upphandling inte få ingås förrän denna längre tidsfrist har löpt ut. Bestämmelserna om avtalsspärr föreslås gälla inte bara för sådan upphandling som omfattas av procedurdirektiven utan även för annan upphandling som omfattas av LOU och LUF, dvs. bl.a. upphandlingar under tröskelvärdena.

Den föreslagna avtalsspärren påminner om den nu gällande tiodagarsfristen i 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF. Till skillnad från den nuvarande regleringen som inte påverkar tidpunkten för avtalets ingående, utan är en processrättslig tidsfrist som reglerar hur länge överprövning av upphandlingen kan ske (den upphandlande myndigheten eller enheten kan i nuläget mycket väl sluta ett civilrättsligt bindande avtal under tiodagarsfristen), innebär dock den föreslagna avtalsspärren ett förbud mot att ingå avtal under tidsfristen.

Från huvudregeln om avtalsspärr föreslås emellertid ett antal undantag. Avtalsspärr skall enligt promemorian inte gälla vid tilldelning av kontrakt som avser väsentliga säkerhetsintressen enligt artikel 296 i EG-fördraget när undantag har beslutats med stöd av 15 kap. 22 § LOU eller LUF, vid tilldelning av kontrakt vilken inte kräver föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 § LUF, vid tilldelning av kontrakt baserade på ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 § LOU, eller vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU eller LUF.<sup>5</sup>

Vidare föreslås i promemorian att bestämmelser om s.k. förlängd avtalsspärr skall införas. Med förlängd avtalsspärr avses att avtalsspärr, då en leverantör ansöker om överprövning, skall fortsätta att gälla under länsrättens handläggning av målet, om rätten inte beslutar annat. Om en leverantör ansöker om överprövning förlängs med andra ord automatiskt den avtalsspärr som börjar gälla då upplysningar om tilldelningsbeslutet skickas till dess att länsrätten beslutar annat eller meddelar slutligt avgörande i målet. Behovet av interimistiska beslut under handläggningen i länsrätten kommer därför med all sannolikhet att minska om förslaget om förlängd avtalsspärr genomförs. Däremot kommer det även framöver vara nödvändigt för leverantörer att yrka interimistiskt beslut i kammarrätten och Regeringsrätten, eftersom bestämmelserna om förlängd avtalsspärr endast föreslås gälla i första instans.

### 2.3 Överprövning av avtal – ogiltighet för vissa olagligen ingångna avtal

Ett av de mest omtalade förslagen i promemorian är det som något nedtonat rubricerats som överprövning av avtal, men som i praktiken innebär en möjlighet för leverantörer att under vissa förutsättningar få till stånd en ogiltigförklaring av vissa olagligen ingångna avtal.

Promemorians förslag innebär att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör skall kunna förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol om avtalet har slutits utan att upphandlingen annonserats enligt bestämmelserna i LOU respektive LUF, vid överträdelse av

---

<sup>5</sup> För en mer detaljerad redogörelse för dessa bestämmelser, vilka utgör undantagsförfaranden, se Pedersen, Upphandlingens grunder, Jure Förlag AB 2008, kapitlen 12 och 13.

bestämmelserna om avtalsspärr i kombination med en överträdelse av någon förfarandebestämmelse i LOU eller LUF vilka sammantaget medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, eller vid överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning baserad på ett ramavtal om överträdelsen har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Bestämmelserna om överprövning av avtal föreslås gälla inte bara för sådan upphandling som omfattas av procedurdirektiven utan även för annan upphandling som omfattas av LOU och LUF, dvs. bl.a. upphandlingar under tröskelvärdena.

Från bestämmelserna om ogiltighet föreslås emellertid ett antal undantag. Ett sådant undantag baseras på artikel 2d.3 i ändringsdirektivet, av vilken det framgår att medlemsstaterna får föreskriva att ett avtal som är behäftat med en ogiltighetsgrund inte behöver ogiltigförklaras om tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I promemorian betonas dock att bestämmelsen skall tillämpas restriktivt och att det är endast exceptionella omständigheter som skall medföra att ett avtal får bestå.

Ett annat undantag från bestämmelserna om ogiltighet är, enligt promemorian, att en överträdelse av enbart en bestämmelse om avtalsspärr, eller en överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr i kombination med överträdelse av någon annan bestämmelse i LOU eller LUF, som inte inneburit att leverantören lidit eller kan komma att lida skada inte skall kunna medföra att ett avtal som har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör kan förklaras ogiltigt.

Om de två ovan nämnda undantagen införs i enlighet med promemorians förslag gäller dock, enligt ändringsdirektivet, att de aktuella överträdelserna istället skall leda till att en alternativ sanktion påförs den upphandlande myndigheten eller enheten (se vidare avsnitt 2.5 nedan om marknadsskadeavgift).

Ytterligare två undantag från bestämmelserna om ogiltighet som föreslås i promemorian är det som benämns underrättelse vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal respektive förhandsinsyn.

I promemorian föreslås nämligen att en upphandlande myndighet, vid förnyad konkurrensutsättning som baseras på ett ramavtal, i samband med underrättelsen om tilldelningsbeslutet skall kunna iaktta en avtalsspärr om tio eller 15 dagar, beroende på om elektroniska medel eller andra kommunikationsmedel används för att skicka underrättelsen. Om en sådan avtalsspärr iakttagits skall ett ingånget avtal, enligt promemorian, inte kunna ogiltigförklaras.

Vidare föreslås i promemorian att upphandlande myndigheter och enheter skall få skicka en annons om sin avsikt att upphandla ett kontrakt utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 §§ LUF till kommissionen samt iaktta en särskild avtalsspärr genom att inte ingå avtal för rän tio dagar gått från det att annonsen publicerats (förhandsinsyn). Motsvarande föreslås också gälla för upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF, dvs.

bl.a. under tröskelvärdena, men då med annonsering i en särskilt inrättad databas. När förfarandet med förhandsinsyn iakttagits skall ett avtal som slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör inte kunna förklaras ogiltigt.

#### 2.4 Innebörden av domstols avgörande i mål om överprövning

Enligt de nu gällande bestämmelserna i 16 kap. 2 § första stycket LOU respektive LUF skall rätten, om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagarna 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. I promemorian föreslås emellertid att denna ordning ändras.

Innan avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör skall rätten vid bifall till en leverantörs talan, enligt promemorians förslag, besluta om upphävande av det beslut om upphandling som överprövningen avser. Efter det att avtal har slutits skall rätten i ett mål om överprövning enbart kunna besluta om ogiltigförklaring av ett avtal.

Om promemorians förslag genomförs kommer således förvaltningsdomstolarnas möjligheter att förordna om viss åtgärd för att korrigera en överträdelse av LOU eller LUF att upphöra och det blir istället den upphandlande myndighet respektive enhet som gjort sig skyldig till överträdelsen som själv får besluta hur den skall agera när en ansökan om överprövning bifallits.

#### 2.5 Marknadsskadeavgift

En fråga som diskuterats under många års tid är om tillsynsmyndigheten, tidigare Nämnden för offentlig upphandling numera Konkurrensverket, skall ges talerätt i domstol eller andra rättsmedel för att ingripa mot överträdelser av upphandlingslagstiftningen. I promemorian har nu denna fråga, åtminstone delvis, fått sin lösning genom att frågan om rättsmedel sammanförts med det som i ändringsdirektivet benämns alternativa sanktioner genom att Konkurrensverket föreslås ges uppgiften att handlägga ärenden om s.k. marknadsskadeavgift.<sup>6</sup> Enligt ändringsdirektivet är medlemsstaterna nämligen skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal får bestå trots att grund för ogiltighet föreligger. En sådan sanktion skall, enligt direktivet, påfö-

---

<sup>6</sup> Däremot har frågan om talerätt för tillsynsmyndigheten, åtminstone för tillfället, avförts från dagordningen genom att det i promemorian föreslås att Konkurrensverket inte bör ges talerätt i överprövningsmål.

ras om rätten beslutat att ett avtal får bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse samt vid överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr som inte skall föranleda ogiltighet av avtalet. Alternativa sanktioner skall enligt ändringsdirektivet vara avgifter eller förkortning av avtalstidens längd. Däremot är skadestånd enligt direktivet inte lämpligt som sanktion. De alternativa sanktionerna måste vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.

I promemorian föreslås följaktligen att en möjlighet att påföra upphandlande myndigheter och enheter en särskild avgift, marknadsskadeavgift, skall införas.<sup>7</sup>

De föreslagna bestämmelserna skiljer mellan fall då marknadsskadeavgift *skall* respektive *skall kunna* påföras.

Marknadsskadeavgift *skall* påföras en upphandlande myndighet och enhet om rätten i en lagakraftvunnen dom fastslagit att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, eller trots att ett avtal har slutits utan att avtalsspärren iakttagits. I dessa två fall är det enligt ändringsdirektivet obligatoriskt att föreskriva en alternativ sanktion såsom marknadsskadeavgift.

Marknadsskadeavgift *skall kunna* påföras när en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör har slutit avtal utan att upphandlingen annonserats i enlighet med bestämmelserna i LOU respektive LUF. Däremot görs i promemorian bedömningen att övriga överträdelser av LOU eller LUF inte bör föranleda någon marknadsskadeavgift.

Bestämmelserna om marknadsskadeavgift föreslås också gälla för upphandlingar utanför det direktivstyrda området, dvs. enligt 15 kap. LOU och LUF.

Marknadsskadeavgift *skall*, enligt promemorians förslag, kunna tas ut oberoende av om överträdelsen ifråga har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Således föreslås ett strikt ansvar gälla för den aktuella typen av överträdelser.

Marknadsskadeavgiften skall uppgå till lägst 10 000 kronor och högst fem miljoner kronor, dock maximalt tio procent av kontraktets värde. Då avgiften fastställs skall särskild hänsyn tas till sanktionsvärdet. I ringa fall skall ingen marknadsskadeavgift påföras och om synnerliga skäl föreligger skall avgiften få efterges. I promemorian nämns faktorer som hur klar överträdelsen är och om det är fråga om ett upprepat beteende såsom styrande för avgiftens storlek.

Som nämnts ovan föreslås att Konkurrensverket skall handlägga ärenden om marknadsskadeavgift. Detta föreslås ske genom att Konkurrensverket ges möjlighet att ansöka hos länsrätten om att marknadsskadeavgift skall påföras.<sup>8</sup> Konkurrensverket föreslås också få ansvaret för att hantera inbetalning av påfordrad marknadsskadeavgift och möjlighet att lämna ärendet för indrivning. Betalning skall i normalfallet, om inte rätten förordnar annat, ske inom 30 dagar från det att domen vunnit laga kraft och ett krav på marknadsskadeavgift föreslås bortfalla

<sup>7</sup> Däremot föreslås att förkortning av avtalstiden inte bör införas som sanktion.

<sup>8</sup> Även för denna måltyp föreslås kravet på prövningstillstånd i kammarrätten gälla.

om verkställighet inte har skett inom fem år från det att domen har vunnit laga kraft. Påförd marknadsskadeavgift skall tillfalla staten.

### 3. LAGFÖRSLAG AVSEENDE FÖRENKLINGAR AV UPPHANDLINGSFÖRFARANDET

#### 3.1 Bakgrund till förslagen avseende förenklingar av upphandlingsförfarandet

Det har under lång tid, alltsedan den äldre lagen om offentlig upphandling<sup>9</sup> infördes, framförts önskemål om förenklingar av upphandlingsförfarandet. Inledningsvis framfördes dessa önskemål främst av upphandlande myndigheter och enheter, men på senare år har även företrädare för leverantörer och Nutek framfört krav på förenklingar. Inte sällan har dock meningarna gått isär om vad som skulle vara lämpliga förenklingar. Tidigare försök till förenklingar har också ofta mottagits med besvikelse, såsom varande kraftigt ”urvattnade” kompromisser.

Förenklingsarbetet har dock på senare tid även fått något av en skjuts framåt genom ansträngningar på den gemensamma europeiska nivån. Som exempel kan nämnas att kommissionen inom ramen för den s.k. småföretagarstadgan (”Small Business Act”) i juni 2008 publicerade en europeisk ”code of best practice” för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Dokumentet syftar till att ge medlemsstaterna, och enskilda upphandlande myndigheter och enheter, vägledning om hur gemenskapsrätten kan tillämpas för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Vidare ger det exempel på nationella bestämmelser och metoder för att främja dessa företags deltagande i upphandlingar.

Det är mot denna bakgrund som promemorians förslag till regelförenklingar bör läsas. De enligt min mening mest betydelsefulla av de föreslagna förenklingarna rör ansvaret för att inhämta uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter från offentliga register, hanteringen av bevis om leverantörers lämplighet, fasta beloppsgränser för direktupphandling och andra förenklingar avseende direktupphandling och rätten för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet även vid upphandling enligt 15 kap. i respektive upphandlingslag.

#### 3.2 Ansvaret för att inhämta uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter

Med utgångspunkt både i uttalanden som gjorts av kommissionen och förslag som lämnats av bland andra Svenskt näringsliv och Företagarna föreslås i promemorian att de upphandlande myndigheterna och enheterna skall ansvara för

<sup>9</sup> Den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om huruvida anbudssökande och anbudsgivare sköter betalningen av skatter och socialförsäkringsavgifter. Dessa bestämmelser föreslås gälla såväl inom som utanför det direktivstyrda området. Uppgifterna skall vid öppet förfarande och vid förenklat förfarande som genomförs utan förhandling hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Vid selektivt eller förhandlat förfarande samt vid urvalsförfarande och förenklat förfarande som genomförs med förhandling, skall uppgifterna hämtas in innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas.

Den rådande ordningen, enligt vilken de upphandlande myndigheterna och enheterna begär att leverantörerna till sina anbudsansökningar respektive anbud skall bifoga uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter föreslås med andra ord ersättas av en ordning som innebär att ansvaret för att begära in uppgifterna flyttas från leverantörerna till de upphandlande myndigheterna och enheterna. Denna förändring syftar till att minska den administrativa bördan för små och medelstora företag och därigenom underlätta för dem att delta i upphandlingar.

### 3.3 Hanteringen av bevis om leverantörers lämplighet

I likhet med vad som ovan anförts om uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter föreslås i promemorian också förändringar avseende hanteringen av bevis om leverantörers lämplighet.

I detta avseende innebär de föreslagna bestämmelserna, som i huvudsak avses gälla lika inom och utom det direktivstyrda området, att den upphandlande myndigheten eller enheten i ett öppet förfarande eller ett förenklat förfarande i vilket ingen förhandling äger rum får begränsa kontrollen av intyg, certifikat, betyg och andra handlingar som visar anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet och redlighet till den anbudsgivare som den upphandlande myndigheten eller enheten valt att tilldela kontraktet. Bevis skall då tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Detsamma föreslås gälla i ett selektivt, förhandlat eller förenklat förfarande i vilket förhandling äger rum samt i ett urvalsförfarande och eftersom kontrollen då får begränsas till de anbudssökande eller anbudsgivare som bjudits in att delta i anbudsgivning eller förhandling. Bevis skall då tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten innan inbjudan till anbudsgivningen eller förhandlingen sker.

En leverantör, som på den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran inte inom angiven tidsfrist tillhandahåller relevanta bevis, kan komma att uteslutas från att delta i upphandlingen. Tidsfristen för att inkomma med bevis skall vara skälig.



### 3.4 Fasta beloppsgränser för direktupphandling och andra förenklingar avseende direktupphandling

Med nuvarande bestämmelser i LOU och LUF krävs, för att direktupphandling skall vara tillåten, antingen att upphandlingens värde är lågt eller att det finns synnerliga skäl. Begreppet lågt värde har dock varken preciserats i upphandlingslagarna eller i förarbetena till dessa. Det råder därför viss osäkerhet om vilket belopp som utgör gränsen för lågt värde. Den allmänt utbredda uppfattningen förefaller dock vara att gränsen omkring fem prisbasbelopp, dvs. ca 200 000 kronor, en uppfattning som också stöds av senare års rättspraxis från kammarrätterna.<sup>10</sup>

I promemorian föreslås emellertid, delvis med utgångspunkt i förslagen i Upphandlingsutredningens slutbetänkande,<sup>11</sup> att fasta beloppsgränser för direktupphandling skall införas. Förslagen innebär att direktupphandling, enligt LOU, skall få användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster, som i dag uppgår till 1 911 155 kronor, dvs. ca 286 000 kronor.<sup>12</sup>

Vid upphandling enligt LUF skall direktupphandling få användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster som i dag uppgår till 3 822 309 kr, dvs. ca 573 000 kronor. Direktupphandlingsgränserna föreslås gälla oavsett upphandlingens föremål, dvs. vid upphandling av såväl byggtreprenader som varor och tjänster.

Vidare föreslås i promemorian att direktupphandling enligt 15 kap. LOU respektive LUF skall få användas när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelserna i 4 kap. LOU och LUF är uppfyllda. Bestämmelserna om begäran om anbud utan föregående annonsering (förenklat förfarande utan föregående annonsering) i 15 kap. 5 § LOU respektive LUF föreslås med andra ord ersättas av bestämmelser om direktupphandling vilka hänvisar till bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. i respektive lag, och således ger rätt till direktupphandling i samma slags situationer som innebär rätt att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

<sup>10</sup> Se Pedersen, Upphandlingens grunder, Jure Förlag AB 2008, s. 66 samt den rättspraxis vilken hänvisas till i fotnot 35 på nämnda sida.

<sup>11</sup> Nya upphandlingsregler 2, SOU 2006:28.

<sup>12</sup> Vid upphandling enligt LOU gäller olika tröskelvärden för å ena sidan statliga myndigheter och å andra sidan övriga upphandlande myndigheter, däribland kommuner och landsting, se tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

### 3.5 Rätt för en leverantör att åberopa andra företags kapacitet även vid upphandling enligt 15 kap. i respektive upphandlingslag

Någon rätt för en leverantör, motsvarande den som enligt nuvarande 11 kap. 12 § LOU respektive 11 kap. 5 § LUF gäller vid upphandlingar inom det direktivstyrda området, att vid behov åberopa andra företags kapacitet framgår inte av de bestämmelser som gäller för upphandling utanför det direktivstyrda området, dvs. 15 kap. respektive upphandlingslag.

För att undanröja alla tvivel om att denna möjlighet, som torde vara av särskilt intresse för små och medelstora företag, finns även vid upphandling enligt 15 kap. i respektive lag föreslås i promemorian att en uttrycklig bestämmelse om möjlighet att åberopa andra företags kapacitet skall införas. På samma sätt som inom det direktivstyrda området skall dock leverantören, genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt, visa att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet skall fullgöras.

## 4. LAGFÖRSLAG AVSEENDE INKÖPSCENTRALER

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande att bestämmelser om inköpscentraler skulle införas i de båda upphandlingslagarna. Utredningens betänkande ledde dock i denna del inte till lagstiftning, främst beroende på osäkerhet om hur bestämmelserna om inköpscentraler skulle tillämpas med avseende på ansvarsfördelningen mellan en inköpscentral och de upphandlande myndigheter och enheter som anlitar inköpscentralen.<sup>13</sup>

I promemorian föreslås att det både i LOU och LUF skall införas bestämmelser om inköpscentraler. Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller medverkar vid en offentlig upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter. En upphandlande myndighet eller enhet får anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral.

Av definitionen av begreppet inköpscentral framgår att endast en upphandlande myndighet kan vara inköpscentral. De upphandlande enheter i försörjningssektorerna som inte är upphandlande myndigheter kan således inte vara inköpscentraler i den nu föreslagna meningen.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> För en redogörelse för den aktuella problematiken se Pedersen, Fördelning av skadeståndsansvar vid samordnad offentlig upphandling, ERT 2004 s. 630.

<sup>14</sup> Offentliga företag och privata företag som bedriver verksamhet i försörjningssektorerna med stöd av särskilda rättigheter eller ensamrätt, se 2 kap. 20 § LUF, kan således inte vara inköpscentraler.

Det mest intressanta med de föreslagna bestämmelserna är att de utgör ett undantag från skyldigheten att genomföra upphandling. Detta eftersom den upphandlande myndighet eller enhet som vill anlita en inköpscentral inte behöver upphandla inköpscentralens tjänster, utan istället kan vända sig direkt till inköpscentralen. De föreslagna bestämmelserna om inköpscentraler innebär dock inte att det kan ske en anskaffning helt utan upphandling, eftersom inköpscentralen måste göra en upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU, eller i förekommande fall LUF.

## 5 LAGFÖRSLAG AVSEENDE UPPHANDLING FRÅN STATLIGA OCH KOMMUNALA FÖRETAG

### 5.1 Bakgrund till förslagen avseende upphandling från statliga och kommunala företag

Som nämnts inledningsvis innehåller den andra promemorian ett förslag till en ny bestämmelse i LOU som innebär att upphandlande myndigheter, om vissa förutsättningar är uppfyllda, inte behöver tillämpa LOU när den anskaffar varor eller tjänster från en annan juridisk person som myndigheten helt eller delvis äger eller är medlem i.

Bakgrunden till detta lagförslag är att Regeringsrätten i RÅ 2008 ref. 26, som framgått av en tidigare upphandlingskrönika, fastslagit att EG-domstolens praxis rörande de s.k. Teckal-kriterierna, som innebär ett sådant undantag från upphandlingskyldigheten, inte är tillämplig i Sverige.<sup>15</sup>

I promemorian konstateras att Regeringsrättens avgörande ställer krav på en mycket snabb och i vissa fall även potentiellt kostsam omställning i den offentliga sektorn och att avgörandet medför att stat, kommuner och landsting är tvungna att antingen genomföra upphandling i enlighet med LOU eller att avbolagisera sin verksamhet. Mot denna bakgrund anförs i promemorian att det finns behov av en temporär reglering som innebär att statens, kommuners och landstings anskaffning från egna företag (s.k. in-house providing) under vissa förutsättningar inte behöver upphandlas enligt LOU. Vidare görs bedömningen att en särskild utredning bör tillsättas för att undersöka förutsättningarna för om, och i så fall på vilka områden, en sådan bestämmelse bör införas i ett längre perspektiv. Utredningen bör även, enligt promemorian, analysera om en sådan bestämmelse, av bl.a. konkurrensskäl, bör ha vissa avgränsningar.

---

<sup>15</sup> Se ERT 2008 s. 543.

## 5.2 Promemorians lagförslag

I promemorian föreslås att en ny bestämmelse skall införas i LOU som innebär att ett kontrakt i lagens mening inte föreligger om en upphandlande myndighet anskaffar varor eller tjänster från en juridisk person, som myndigheten helt eller delvis innehar eller är medlem i, under förutsättning att de två villkoren i bestämmelsen är uppfyllda. Dessa villkor, som motsvarar de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats i EG-domstolens praxis, innebär i korthet följande.

Det s.k. kontrollkriteriet innebär att den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över den juridiska personen som motsvarar den som myndigheten utövar över sin egen förvaltning. Det s.k. verksamhetskriteriet innebär att den juridiska personen måste utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som äger den eller är medlem i den.

Som påpekas i promemorian innebär den föreslagna bestämmelsen en möjlighet för upphandlande myndigheter att ge en juridisk person ett uppdrag utan föregående upphandling utan att det strider mot LOU. Bestämmelsen är dock avsedd att tolkas strikt, med beaktande av EG-domstolens praxis, och det är den som åberopar bestämmelsen, dvs. typiskt sett den upphandlande myndigheten, som har bevisbördan för att villkoren för dess tillämpning är uppfyllda. I promemorian görs också bedömningen att det sannolikt finns många bolag och andra juridiska personer som är organiserade på ett sådant sätt att villkoren i den föreslagna bestämmelsen inte är uppfyllda.

Bestämmelsen föreslås träda i kraft den 1 juni 2010 och upphävas den 1 januari 2013.

## 6. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Det saknas inom ramen för en upphandlingskrönika som denna utrymme för mer detaljerad analys av de olika lagförslag som behandlats ovan, och det förtjänar också att påpekas att de två promemoriorna innehåller ytterligare lagförslag utöver de nämnda. Det återstår också att se vad som blir av de enskilda förslagen efter sedvanlig remissbehandling, och vilka av dem som så småningom träder i kraft i form av lagändringar.

Det står dock klart att de föreslagna lagändringarna, om de genomförs, vilket i vissa delar får betraktas som högst troligt eftersom det i stor utsträckning rör sig om direktivbestämmelser som är obligatoriska att införa, kommer att innebära stora praktiska förändringar såväl för upphandlande myndigheter, upphandlande enheter och leverantörer som för de svenska förvaltningsdomstolarna. Det råder därför ingen tvekan om att det finns anledning för dem som vill hålla sig ajour med den svenska upphandlingslagstiftningen att noga bevaka det fortsatta lagstiftningsarbetet.