
AVSEDDA SKILLNADER – VARFÖR MAN INTE SKA ANVÄNDA LOU FÖR ATT TOLKA LUF

Erik Olsson*

Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) innehåller i många avseenden en strängare och mer utförlig reglering än sin föregångare, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (ÄLUF). Trots detta är LUF:s reglering fortfarande i många avseenden mindre detaljerad än den reglering som enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) gäller för upphandling i andra sektorer än försörjningssektorerna.

Att försörjningssektorerna är mindre detaljstyrda än den så kallade klassiska sektorn (dvs. allting utanför försörjnings- och försvarssektorerna) har sin grund i att den verksamhet som bedrivs i försörjningssektorerna är affärsdrivande och därför anses behöva ett större mått av flexibilitet än vad som är fallet för mer traditionell upphandling. I skäl 2 till det nya försörjningsdirektivet, direktiv 2014/25/EU, uttrycks det på följande sätt:

”Med tanke på vad som kännetecknar de områden som berörs, bör samordningen av upphandlingsförfaranden på unionsnivå skapa en ram för god affärssed och erbjuda största möjliga flexibilitet, samtidigt som de [grundläggande] principerna skyddas.”

Att lagstiftaren önskat en högre grad av flexibilitet i försörjningssektorerna framgår än tydligare i skäl 28 till det tidigare försörjningsdirektivet (direktiv 2004/17) där det anges att direktivet ska skapa en ram för god affärssed men erbjuda större flexibilitet än vad som är fallet i det klassiska direktivet (direktiv 2004/18).

En snabb jämförelse mellan LOU och LUF visar också att det finns en rad bestämmelser där LOU innehåller regleringar som LUF saknar.

I 4 kap. 7 § LOU anges exempelvis att det antal anbudssökande som bjuds in att lämna anbud i ett selektivt förfarande inte får vara mindre än fem samt

* Erik Olsson, advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap inte mindre än tre. I motsvarande reglering i LUF (4 kap. 6 §) anges endast att antalet ska vara så stort att effektiv konkurrens kan uppnås.

I bestämmelserna om väsentlig ändring av upphandlande kontrakt finns i LOU, vad avser kompletterande beställningar (17 kap. 11§) och oförutsebara omständigheter (17 kap 12 §) begränsningsregler om att ändring på dessa grunder endast får ske till max 50 procent av kontraktsvärdet. Motsvarande bestämmelser i LUF (16 kap. 11 och 12 §§) saknar en sådan begränsning.

Det finns många fler exempel av detta slag där LOU innehåller en klar och tydlig reglering medan LUF lämnar det mer öppet för den upphandlande enheten att, med beaktande av de grundläggande principerna, själv bestämma vad som är en rimlig nivå.

ÄLUF:s reglering förhöll sig på motsvarande sätt till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU). Ett problem med ÄLUF:s mindre detaljerade reglering var emellertid att det, i avsaknad av detaljreglering, ansågs vara osäkert vad som faktiskt gällde. Detta föranledde att såväl förarbeten som doktrin ofta kunde hänvisa till korresponderande bestämmelser i ÄLOU för att utröna hur de grundläggande principerna skulle tolkas i en viss situation enligt ÄLUF. Formuleringar som denna finns på ett tiotal ställen i förarbetena till ÄLUF (2006/07:128 s. 177).

”Försörjningsdirektivet saknar även vissa bestämmelser om ramavtal som återfinns i klassiska direktivet. Sälunda saknar direktivet och försörjningslagen en motsvarighet till bestämmelsen i klassiska lagen som anger att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Självfallet bör ramavtal i försörjningssektorerna inte löpa på obegränsad tid. En lämplig utgångspunkt vid bedömningen av hur lång tid ett ramavtal inom försörjningssektorerna får löpa kan utgöras av bestämmelsen i klassiska lagen.”

På motsvarande sätt kunde det låta i doktrin. I detta exempel rörande vad en förhandling ska syfta till.

”I 4 kap. 3 § LOU framgår att syftet med förhandlingen också ska vara att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 §, som reglerar anbudsutvärderingen. Någon liknande bestämmelse finns inte i vare sig försörjningsdirektivet eller i LUF, men får anses gälla ändå” (Jan-Erik Falk, Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar, s.194).

Effekten av denna typ av uttalanden har över tid blivit att de upphandlande enheter som har haft att tillämpa ÄLUF, för att hålla sig på den säkra sidan, ofta inte till fullo utnyttjat det större mått av flexibilitet som ÄLUF erbjuder utan istället sneglat på ÄLOU:s detaljreglering och tillämpat denna även vid upphandling enligt ÄLUF. Med tanke på den vikt som svenska domstolar fäster vid förarbetsuttalanden och doktrin har det också varit svårt att som rådgivare råda upphandlande enheter till en mer flexibel inställning.

Resultatet av denna tolkningsmetodik har varit att det större mått av flexibilitet som ÅLUF syftat till i princip har uteblivit och att det så här i efterhand kan ifrågasättas vilken nytta vi faktiskt har haft av att ha en särreglering av försörjningssektorerna. Vi var därför många som hoppades att antagandet av nya upphandlingslagar skulle bli något av en omstart i detta avseende och ge en möjlighet att faktiskt utnyttja den större flexibilitet som LUF erbjuder. Dessvärre kan konstateras att lagstiftaren återigen gått i samma fälla. Förarbetena till de nya svenska upphandlingslagarna, prop. 2015/16:195, innehåller flera skrivningar där ”snegla på LOU-metoden” återigen förespråkas. Ta exempelvis regeringens uttalanden om de bestämmelser i 4 kap. 7 § LOU respektive 4 kap. 6 § LUF som jag beskrivit ovan.

”Något lägsta antal anbudsgivare eller anbud anges inte i artikeln. Vid upphandling av kontrakt i den klassiska sektorn gäller enligt artikel 65.2 i LOU-direktivet att antalet anbudssökande inte får bestämmas till färre än fem vid selektivt förfarande eller färre än tre vid bl.a. förhandlat förfarande under konkurrens. I artikel 78.2 i LUF-direktivet ges inget bestämt lägsta antal anbudssökande men det föreskrivs att antalet ska bestämmas till vad som anses rimligt med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. Vidare framgår att minskningen inte får leda till att konkurrensen inte blir tillräcklig. *Regeringen bedömer att detta innebär att antalet inte bör minskas till färre än tre.*” (prop. 2015/16:195 s. 438)

Såvitt jag kan utvärdera finns det inget rättsligt stöd för denna typ av tolkningsmetodik. Tvärtom torde det förhållande att två direktiv som antagits på samma dag innehåller olika regleringar vad avser en och samma situation tyda på att den skillnad som finns i regleringen varit avsedd och att unionslagstiftaren önskat att skillnaden i reglering också ska få en praktisk betydelse för bestämmelsernas tolkning och tillämpning.

Det ska i detta sammanhang framhållas att EU-domstolen, såvitt känt, aldrig har använt sig av ett upphandlingsdirektivs mer detaljerade reglering för att tolka innehållet i ett annat samtida direktivs bestämmelser. Tvärtom synes EU-domstolen, i bland annat *Teleaustria* förkasta en sådan tolkningsmetod då den föreslagits av parterna.¹

Mot bakgrund av att det, då två lagstiftningsakter beslutas samtidigt, rimligen måste innebära att skillnader mellan dessa är avsedda, anser jag att den tolkningsmetodik som regeringen förespråkar i såväl förarbetena till ÅLUF som (om än i något mindre omfattning) förarbetena till LUF, är direkt olämplig. Tvärtom skulle jag göra gällande att tyngre skäl till och med skulle tala för en tolkningsmetodik som medför att man, vid skillnad i reglering mellan LOU och LUF, utgår ifrån att en tolkning av LUF:s bestämmelser, just för att dessa skiljer sig från LOU:s, *aldrig* bör resultera i samma resultat som LOU föreskriver.

¹ Se EU-domstolens avgörande i mål C-324/98, *Teleaustria*, ECLI:EU:C:2000:669, punkt 56.

Erik Olsson

Vi kan bara hoppas att domstolarna framöver förhåller sig mer skeptiska till den ”snegla på LOU-metod” som hittills så ofta har använts för att utröna vilka skyldigheter som åligger upphandlande enheter enligt LUF.