

## Det klassiska direktivet 2004/18/EG om offentlig upphandling och konkurrensprincipen

- Vad innebär skrivningen ”att den upphandlande enheten inte får använda förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen”?

Magisteruppsats, 2005


Affärsjuridiska utbildningsprogrammet  
med Europainriktning, termin 8

Linköpings universitet, vt 05

Henrik Bingåker

Engelsk titel: The Classical directive 2004/18/EC of public procurement  
and the principle of competition

- What is the meaning of the writing “contracting authorities may not use the procedure in such a way as to prevent, restrict or distort competition”

<b>Framläggningsdatum</b> 2005-06-15  <b>Publiceringsdatum (elektronisk version)</b>	<b>Institution och avdelning</b>  Ekonomiska Institutionen 581 83	 <b>Linköpings universitet</b>
---	--	--


<b>Språk</b>  <input checked="" type="checkbox"/> Svenska Annat (ange nedan)  _____	<b>Rapporttyp</b>  Licentiatavhandling Examensarbete C-uppsats <input checked="" type="checkbox"/> D-uppsats Övrig rapport  _____	<b>ISBN:</b> <b>ISRN: LIU-EKI/AJP-D--05/039--SE</b> <b>Serietitel</b>  <b>Serienummer/ISSN</b>
--	---	--

<b>URL för elektronisk version</b> <a href="http://www.ep.liu.se/exjobb/eki/2005/ajp/039">http://www.ep.liu.se/exjobb/eki/2005/ajp/039</a>
---

<b>Titel</b> Det klassiska direktivet 2004/18/EG om offentlig upphandling och konkurrensprincipen – Vad innebär skrivningen “att den upphandlande enheten inte får använda förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen”?  <b>Författare</b> Henrik Bingåker
--

<b>Sammanfattning</b> Abstract Genom de omarbetade direktiven, 2004/18/EG (klassiska direktivet) och 2004/17/EG (försörjningsdirektivet), har det tillkommit nya regleringar beträffande offentlig upphandling. De nya direktiven har till syfte att förbättra regelsystemet för att bättre uppnå syftet med lagstiftningen om offentlig upphandling. I båda direktiven har det tillkommit bestämmelser om användningen av ramavtal samt bestämmelser om de båda nya tilldelningsförfarandena elektronisk auktion och dynamiska inköpssystem. I det klassiska direktivet har det tillkommit ett nytt upphandlingsförfarande, konkurrenspräglad dialog. I dessa nya bestämmelser i de konsoliderade direktiven om offentlig upphandling kommer regleringar som bl a innehåller skrivningen att de upphandlande enheterna inte får använda det aktuella förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.  Denna skrivning tycks vara hämtad från konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Uppsatsen behandlar vad denna skrivning i det klassiska - direktivet har för betydelse inom upphandlingsrätten. Innebär skrivningen att den upphandlande enheten inte får hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på ett sätt som är förbjudet enligt artikel 81 och 82 i EGF, d.v.s. skall man göra en analog tillämpning av förbudet i artikel 81 och 82 EGF vid tolkningen av skrivningen. Alternativt finns det en för offentlig upphandling egen modell för vad som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Uppsatsen fokuserar i mångt och mycket på förhållandet mellan ”skrivningen” och artikel 2 (i det klassiska direktivet) som ger uttryck för de EG-rättsliga principerna som ligger till grund för att syftet med upphandlingsreglerna uppnås, d.v.s. att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Ger ”skrivningen” något utökat skydd utöver det skydd som de EG-rättsliga principerna ger för att en upphandlande enhet inte skall snedvrider konkurrensen.
---

<b>Nyckelord</b> Offentlig upphandling, klassiska direktivet 2004/18/EG, konkurrens, Hans Stenberg,
--

<b>Defence date</b> 2005-06-15	<b>Department and division</b>  Ekonomiska Institutionen 581 83	 <b>Linköpings universitet</b>
<b>Publishing date (Electronic version)</b>		

<b>Language</b>  X Svenska Annat (ange nedan)  _____	<b>Report Category</b>  Licentiate thesis Degree thesis Thesis, C-level X Thesis, D-level Other  _____	<b>ISBN:</b>
		<b>ISRN: LIU-EKI/AJP-D--05/039--SE</b>
		<b>Serietitel</b>
		<b>Serienummer/ISSN</b>

<b>URL for electronic version</b> <a href="http://www.ep.liu.se/exjobb/eki/2005/ajp/039">http://www.ep.liu.se/exjobb/eki/2005/ajp/039</a>
--

<b>Title</b> The Classical directive 2004/18/EC of public procurement and the principle of competition – What is the meaning of the writing ”contracting authorities may not use the procedure in such a way as to prevent, restrict or distort competition”?
<b>Author</b> Henrik Bingåker

<b>Abstract</b> Through the revised directives, 2004/18/EG (The Classical directive) and 2004/17/EG (The Directive of supply), new rules have been brought in concerning public procurement. The new directives have the purpose to improve the system of regulation to better achieve the purpose with the legislation of public procurement. In both directives new regulations about the new procedures of awarding contracts, Dynamic purchasing systems and Electronic auctions, and the use of Framework agreements have been brought in. In the Classical directive a new procedure of public procurement has been brought in, i.e. so-called Competitive dialogue. In these new regulations there are rules which, among other things, contains the writing “contracting authorities may not use the procedure in such a way as to prevent, restrict or distort competition”.
This writing seem to be descended from the rules of limiting competition in article 81 and 82 in the EC-treaty. This thesis is about the meaning of this writing in the Classical directive of public procurement within the law of public procurement. Is the meaning of the writing that a contracting authority may not prevent, restrict or distort competition in a way that is forbidden in article 81 and 82 in the EC-treaty, i.e. will you make an analogue application of the prohibitions in article 81 and 82 in the interpretation of the writing. Alternatively is there a special model in the law of public procurement of what prevents, restricts or distorts competition? This thesis is, in a large extent, focusing on the relationship between “the writing” and article 2 in the Classical directive. Article 2 express the principles of EC-law which is fundamental for the purpose of the law of public procurement to be achieved, i.e. that public procurement is being opened-up to competition. Does the “writing” give any further protection exceeding that protection being given by the principles of EC-law, article 2, for a contracting authority not to distort the competition?

<b>Keywords</b> Public procurement, classical directive 2004/18/EC, competition, Hans Stenberg
---

# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b>1</b>	<b>INLEDNING</b> .....	<b>5</b>
1.1	PROBLEMLÅKGRUND .....	5
1.2	PROBLEMLFORMULERING .....	6
1.3	METOD.....	6
1.4	DISPOSITION.....	7
1.5	AVGRÄNSNINGAR.....	7
<b>2</b>	<b>EG: S KONKURRENSPRINCIP</b> .....	<b>8</b>
<b>3</b>	<b>REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING</b> .....	<b>10</b>
3.1	I VILKAS INTRESSE ÅR REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING?.....	10
3.2	UPPHANDLINGSREGLERNA .....	11
3.2.1	<i>De EG-rättsliga principerna som ligger till grund för upphandlingsreglerna</i> .....	12
3.2.1.1	Likabehandlingsprincipen.....	12
3.2.1.2	Öppenhetsprincipen.....	12
3.2.1.3	Proportionalitetsprincipen.....	13
3.2.1.4	Ömsesidighetsprincipen.....	13
3.3	HUR UPPRÄTTHÅLLER UPPHANDLINGSREGLERNA KONKURRENSPRINCIPEN?.....	13
<b>4</b>	<b>NYA BESTÄMMELSER I DE NYA KONSOLIDERADE DIREKTIVEN ...</b>	<b>16</b>
4.1	RAMAVTAL.....	16
4.2	ELEKTRONISKA AUKTIONER.....	17
4.3	KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG .....	18
4.4	DYNAMISKA INKÖPSSYSTEM.....	18
4.5	VAD INNEBÅR DEN ÅTERKOMMANDE SKRIVNINGEN ”FÖRFARANDET FÅR INTE HINDRA, BEGRÄNSA ELLER SNEDVRIDA KONKURRENSEN”? .....	19
<b>5</b>	<b>HUR UPPRÄTTHÅLLS KONKURRENSPRINCIPEN INOM EU</b> .....	<b>21</b>
5.1	EU:S KONKURRENSLAGSTIFTNING, ARTIKEL 81 OCH 82 EGF.....	21
5.1.1	<i>Integrations- och konkurrensfrämjande syfte</i> .....	21
5.1.2	<i>Artikel 81, förbud mot konkurrensbegränsande avtal</i> .....	22
5.1.3	<i>Artikel 82, missbruk av dominerande ställning</i> .....	23
5.2	SAMMANFATTNING.....	24
<b>6</b>	<b>SAMVERKAN MELLAN ARTIKEL 81 OCH 82 EGF OCH REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING</b> .....	<b>26</b>
6.1	KONKURRENSBEGRÄNSNINGSGREGLERNAS TILLÄMPLIGHET VID OFFENTLIG UPPHANDLING.....	26
6.1.1	<i>Vid vilka situationer kan konkurrensbegränsningsreglerna tillämpas vid offentlig upphandling?</i> .....	27
6.2	NÅR TILLÄMPAS REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING? .....	28
6.3	TILLSYN AV KONKURRENSREGLERNA RESPEKTIVE REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING .....	29
6.4	SLUTSATS OCH SAMMANFATTNING AV KAPITEL 6 .....	29

<b>7</b>	<b>KAN ”SKRIVNINGEN” TILLÄMPAS ANALOGT MED BESTÄMMELSERNA I ARTIKEL 81 OCH 82 EGF? .....</b>	<b>31</b>
7.1	VAD REGLERAR ”SKRIVNINGARNA”?.....	31
7.2	ANALOGT MED ARTIKEL 81 EGF.....	32
7.3	ANALOGT MED ARTIKEL 82 EGF.....	34
7.4	SAMMANFATTNING.....	36
<b>8</b>	<b>VAD FÅR SKRIVNINGARNA FÖR INNEBÖRD?.....</b>	<b>37</b>
8.1	VILKET HANDLANDE KAN HINDRA, BEGRÄNSA ELLER SNEDVRIDA KONKURRENSEN VID ANVÄNDANDET AV DE OLIKA FÖRFARANDENA?.....	37
8.1.1	<i>Ramavtal</i> .....	37
8.1.2	<i>Dynamiska inköpssystem</i> .....	39
8.1.3	<i>Elektroniska auktioner</i> .....	39
8.1.4	<i>Konkurrenspräglad dialog</i> .....	40
8.2	SLUTSATS OCH SAMMANFATTNING.....	41
<b>9</b>	<b>NÅGOT OM KONKURRENSPRINCIPEN OCH LOU: S HUVUDREGEL.</b>	<b>43</b>
<b>10</b>	<b>DISKUSSION .....</b>	<b>45</b>
<b>11</b>	<b>KÄLLFÖRTECKNING .....</b>	<b>47</b>
	<b>BILAGA 1.....</b>	<b>49</b>
	<b>BILAGA 2.....</b>	<b>51</b>

# 1 INLEDNING

## 1.1 PROBLEMBAKGRUND

Konkurrensprincipen, tävlan mellan företag, är fundamental för upprätthållandet av EG-fördraget (EGF) och integrationen mellan EU: s medlemsländer. En väl fungerande konkurrens är nödvändig för ekonomisk tillväxt på den ”inre marknaden” och därmed också för EU: s konkurrenskraft på den globala marknaden. Konkurrensprincipen inom EU kommer ytterst till uttryck i artikel 4.1 i EG-fördraget som stadgar att gemenskapens mål skall uppnås av en ekonomisk politik som bedrivs ”i överensstämmelse med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens”. För att konkurrensprincipen skall upprätthållas skall EG-fördraget, enligt artikel 3.1 g), innehålla regler som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. Dessa regler kommer till uttryck i konkurrensreglerna i artikel 81-89 i EG-fördraget. Särskilt viktiga är reglerna i artikel 81 och 82 som förbjuder företag att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden.

Konkurrensprincipen är också grundläggande inom upphandlingsrätten. Syftet med upphandlingsreglerna är att öppna offentlig upphandling för konkurrens, för att på så vis öka handeln mellan medlemsländerna och därmed även öka konkurrensen på den inre marknaden. Detta innebär att den offentliga sektorn vid inköp måste utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. För att de upphandlande enheterna skall utnyttja konkurrensen, bygger upphandlingsrätten på de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Således kan sägas att det är dessa EG-rättsliga principer som ligger till grund för att upphandlingsrätten upprätthåller konkurrensen på marknaden. Motsatsvis torde konkurrensen snedvridas om de EG-rättsliga principerna inte beaktas vid upphandlingen.

Med de konsoliderade direktiven om offentlig upphandling<sup>1</sup> kommer nya regleringar som bl a innehåller skrivningen att de upphandlande enheterna inte får använda det aktuella förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrیدer konkurrensen. Denna skrivning tycks vara hämtad från konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF. Vad innebär med denna skrivning inom upphandlingsrätten? Innebär denna att den upphandlande enheten inte får hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på ett sätt som är förbjudet enligt artikel 81 och 82 EGF, d.v.s. ska man göra en analog tillämpning av förbuden i artikel 81 och 82 EGF vid tolkningen av skrivningen? Alternativt, finns det en för offentlig upphandling egen modell för vad som anses hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen utöver det att de EG-rättsliga principerna inte beaktas? Hur skulle, i sådana fall, denna modell se ut och vid vilka situationer blir den tillämplig?

---

<sup>1</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 (klassiska direktivet) och 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)

## 1.2 PROBLEMFORMULERING

Vad innebär skrivningen den *upphandlande enheten inte får använda det aktuella förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen*, som återkommer på flera ställen i det klassiska direktivet? Ger denna skrivning något utökat skydd utöver det skydd som de EG-rättsliga principerna redan ger för att en upphandlande enhet inte skall snedvrída konkurrensen?

## 1.3 METOD

Det är min avsikt att använda den traditionella rättsdogmatiska metoden i så stor utsträckning som möjligt. EG rätten saknar i stort sett förarbeten och det finns varken rättspraxis eller doktrin gällande tolkningen av det klassiska direktivet, varför jag har att utgå från preambelarna (ingressen) till direktivet samt direktivtexten i sig. I viss mån kan jag eventuellt få vägledning från det förarbetsmaterial som finns (grönböcker och vitböcker etc.). Dock är det förarbetsmaterial som finns i regel mindre detaljerade och brukar vanligtvis ägnas ringa intresse från juristers sida vid tillämpning av EG-rätt.

Vid angripande av min första problemformulering måste jag först utreda hur upphandlingsreglerna och konkurrensbegränsningsreglerna samverkar. Vilken funktion har upphandlingsreglerna i förhållande till konkurrensbegränsningsreglerna? För detta ändamål kommer jag till en början att kort redogöra för dels upphandlingsreglerna och dels konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF för att fastställa hur dessa, var för sig, upprätthåller konkurrensprincipen på den inre marknaden. Med detta som grund bör jag kunna utreda hur de båda lagstiftningarna är avsedda att samverka. Till detta kommer jag att använda mig av doktrin, förarbeten samt annat relevant material från EG.

Nästa steg är att utreda om skrivningen att en upphandlande enhet inte får hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen kan tillämpas analogt med konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF. För detta ändamål kommer jag att använda mig av mina tidigare utförda studier som grund, speciellt avseende vad som framkommit beträffande hur upphandlingsreglerna och konkurrensbegränsningsreglerna samverkar. Därefter avser jag att undersöka om det är möjligt att skrivningarna skall tolkas analogt med artikel 81 och 82 EGF med beaktande av dess placering i direktivet och i förhållande till vad de avser att reglera. På dessa grunder bör jag att kunna fastställa om det är möjligt och i så fall rimligt att tillämpa skrivningarna analogt med konkurrensbegränsningsreglerna.

Är en analog tillämpning inte möjlig, avser jag att som nästa steg utreda hur en upphandlande myndighet annars kan anse hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen vid användandet av ramavtal, dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och konkurrenspräglad dialog. Här avser jag att företa en undersökning av varje förfarande för sig för att kunna avgöra hur dessa kan användas på ett konkurrensnedvrídande sätt. Skrivningarna i de olika förfarandena kommer särskilt att beaktas i förhållande till artikel 2 i det klassiska direktivet som ger uttryck för de EG-rättsliga principerna som skall ligga till grund för tilldelning av offentliga kontrakt. På detta sätt hoppas jag kunna fastställa vad som menas med skrivningen att upphandlingsförfarandet inte får hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen samt vilken innebörd denna skrivning kommer att få inom upphandlingsrätten.

## 1.4 DISPOSITION

Inledningsvis kommer jag att företa en kort presentation av EG:s konkurrensprincip. I nästkommande kapitel kommer jag kort att redogöra för upphandlingsreglerna och de EG-rättsliga principer som ligger till grund för dessa regler. I kapitel 4 sker en kort redogörelse för de nya bestämmelser avseende ramavtal, elektroniska auktioner, dynamiska inköpssystem och konkurrenspräglad dialog vari skrivningen att konkurrensen inte får snedvridas finns intagen. Vidare kommer jag i kapitel 5 att redogöra för hur konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF upprätthåller konkurrensprincipen på den inre marknaden.

I kapitel 6 avser jag att utreda hur upphandlingsreglerna och konkurrensbegränsningsreglerna samverkar för att i kapitel 7 undersöka huruvida konkurrensbegränsningsreglerna skall tillämpas analogt av de upphandlande enheterna vid tillämpningen av skrivningarna. I kapitel 8 avser jag att slutligen fastställa vilken innebörd skrivningen har inom upphandlingsrätten, d.v.s. ger skrivningen ngt utökat skydd mot att en upphandlande myndighet hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på den inre marknaden?

I kapitel 9 som utgör något av ett sidospår sker en kort undersökning av den bestämmelse som föreslås bli ny huvudregel i den av utredningen föreslagna lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster<sup>2</sup> (klassiska sektorn) och ersätta den nu befintliga huvudregeln i Lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) 1 kap. 4 §. Denna nya bestämmelse föreslås komma till uttryck i 1 kap. 5 § i den föreslagna versionen av lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster<sup>3</sup>. Hur kommer konkurrensprincipen till uttryck i denna lagregel?

## 1.5 AVGRÄNSNINGAR

Uppsatsen ämnar endast behandla de nya bestämmelserna gällande dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och ramavtal samt det nya upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog, vari skrivningen finns intagen. Uppsatsen kommer i huvudsak inrikta sig på reglerna i det klassiska direktivet (2004/18/EG). Att beakta är dock att reglerna angående de ovanstående förfarandena är lika i försörjningsdirektivet (2004/17/EG), varför det mesta som sägs om reglerna i det klassiska direktivet stämmer in på motsvarande regler i försörjningsdirektivet. Denna begränsning har jag gjort eftersom jag anser att det förenklar läsandet av uppsatsen genom att inte blanda in för många regler och artiklar samt att det annars finns risk att jag upprepar mig alltför mycket. Vidare kommer jag inte att behandla vad innebörden av ”skrivningarna” får för betydelse i förhållande till rättsmedelsdirektivet, 89/665/EEG angående offentlig upphandling inom den klassiska sektorn.

---

<sup>2</sup> SOU 2005:22 utreder hur Sverige skall implementera de konsoliderade direktiven (Klassiska direktivet (2004/18/EG) och Försörjningsdirektivet (2004/17/EG)) om offentlig upphandling. De nya direktiven överensstämmer i stor utsträckning med de äldre direktiv som de ersätter. Det har dock införts en del nya bestämmelser som bl a de om ramavtal, elektronisk auktion, dynamiska inköpssystem och konkurrenspräglad dialog. Upphandlingsreglerna beträffande försörjningssektorn och den klassiska sektorn finns idag, innan implementering av de ovanstående direktiven skett, intagen i en och samma lag, d.v.s. lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Den svenska utredningen i SOU 2005:22 föreslår att implementera de konsoliderade direktiven i två lagar, en för reglerna gällande försörjningssektorn och en för den klassiska sektorn. Se mer SOU 2005:22 sid. 11ff och 15.

<sup>3</sup> SOU 2005:22 sid. 216



## 2 EG: S KONKURRENSPRINCIP

Enligt artikel 4.1 i EGF stadgas att för att gemenskapens mål skall uppnås skall medlemsstaterna och gemenskapens verksamhet innefatta förändring av en ekonomisk politik som bedrivs ”i överensstämmelse med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens”. Med detta stadgande fastställs att det är det marknadsekonomiska systemet som skall ligga till grund för EG:s ekonomiska politik. Det marknadsekonomiska systemet kännetecknas av att företagen skall ”tävla” d.v.s. konkurrera med varandra vilket även framgår av skrivningen i artikel 4.1, ”fri konkurrens”. Fri konkurrens har till syfte att företagen på marknaden skall bli så kostnadseffektiva och innovativa som möjligt och därmed ge konsumenterna låga priser, bra kvalitet, nya varor, god tillförsel på marknaden etc. En bra och effektiv konkurrens på marknaden är nödvändigt för ekonomisk tillväxt. Konkurrenspolitiken är ett av de viktigaste områdena som påverkar den ekonomiska tillväxten i Europa. Konkurrenspolitiken spelar också en central roll för integrationen mellan medlemsstaterna och fullbordandet av gemenskapens mål samt därmed även för Europas konkurrenskraft på den globala marknaden, främst med USA och Japan.

EG: s kärna kan sägas utgöra upprättandet av en inre marknad. Målet är att hela EU, ur ett ekonomiskt perspektiv, ska bilda ett enda område utan inre gränser. Den inre marknaden kännetecknas av att hindren för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital, även kallade de fyra friheterna, avskaffas mellan medlemsstaterna<sup>4</sup>. Den inre marknaden skall, som nämnts ovan, karakteriseras av en ”öppen marknadsekonomi med fri konkurrens”<sup>5</sup>. Med ”fri konkurrens” menas den grundläggande friheten att konkurrera med andra företag på marknaden. I denna frihet ligger rätten att tillfoga andra företagare skada genom att konkurrera ut dem från marknaden. Friheten att konkurrera är dock inte obegränsad utan den inskränks genom diverse nationell eller EG-rättslig lagstiftning. I Sverige inskränks denna frihet av straffrättslig, immaterialrättslig eller marknadsrättsliga lagstiftning (särskilt Konkurrenslagen (KL) och Marknadsföringslagen (1995:450)).<sup>6</sup> Det finns ett nära samband mellan konkurrensfriheten och näringsfriheten jämte etableringsfriheten. Näringsfriheten jämte etableringsfriheten är också de grundläggande friheter som ligger till grund för en fungerande konkurrens<sup>7</sup>.

EG: s konkurrenspolitik går i stort sett ut på att skapa ett system som möjliggör fri och effektiv konkurrens inom EU för att de ”ekonomiska målen” som är uppställda i artikel 2 i EGF skall uppnås. Meningen är att företagen inom EU skall konkurrera över gränserna för att på så sätt öka konkurrensen inom EU. Viktigt är därmed att poängtera att EG: s konkurrenspolitik har ett centralt syfte att främja rörelsefriheten och öka integrationen på den inre marknaden. En ökad konkurrens inom EU leder till att unionen uppnår ökad konkurrenskraft på den globala marknaden och kan konkurrera med de stora ”marknadskrafterna” USA och Japan.

Det marknadsekonomiska systemet utgör ett decentraliserat ekonomiskt system eftersom det är företagen på marknaden, som i princip, styr produktion och omsättning.

---

<sup>4</sup> artikel 3.1 c EGF.

<sup>5</sup> artikel 4.1, 98 EGF

<sup>6</sup> Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 Konkurrensrätten och marknadsekonomins ekonomiska grundvalar, sid. 47

<sup>7</sup> artikel 6.1 EMRK, artikel 43 EGF

Det finns dock andra samhällsliga värden som har ansetts vara viktiga att tillvarata i strid med rena marknadsekonomiska principer. Som exempel kan nämnas *social välfärd* och allt vad det innebär med hög sysselsättning, tillgång till grundläggande nyttigheter som livsmedel, bostäder och IT- och telekommunikationer, *regional välfärd* och en god *miljö*.<sup>8</sup> Den rena marknadsekonomiska grundtanken om konsumentnytta och optimal resursfördelning balanseras upp av den lagstiftning (bl a arbets-, social-, miljö- och konsumenträttslig) som upprätthåller de just nämnda samhällsliga värdena. Detta gör att det ekonomiska systemet som tillämpas i EU ofta karakteriseras som en social-marknadsekonomi.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Stenberg, Hans, Kompendium i konkurrensrätt (utgåva 2) sid. 79

<sup>9</sup> Bernitz a.a. s. 17

### 3 REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING

Den offentliga upphandlingen är av stor ekonomisk betydelse. Enbart i Sverige omfattar den offentliga upphandlingen årligen ca 400 miljarder SEK, vilket motsvarar 20 % av den svenska bruttonationalprodukten.<sup>10</sup> Det är därmed självklart att det är av stor vikt för leverantörerna på marknaden att de ges möjlighet att konkurrera om ”upphandlingskontrakten”.

Offentlig upphandling regleras i Sverige genom lag (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Den svenska upphandlingsrätten, LOU, har sin grund i EG-rätten. LOU bygger nämligen, för sådana upphandlingar som överstiger de s.k. tröskelvärdena, i stort sett på direktiv utfärdade av EG som Sverige införlivat och införlivar i svensk rätt<sup>11</sup>. Ett av syftena, kanske det främsta, med upphandlingsreglerna är att etablera och utveckla den inre marknaden<sup>12</sup>. Genom att underlätta handeln mellan medlemsstaterna ökar konkurrensen mellan företagen. Ökad konkurrens mellan anbudsgivarna leder till fördelaktigare avtal för det offentliga både avseende priser och kvalitet, vilket i sin tur leder till att skattebetalarna får mer för pengarna. Ökad konkurrens mellan anbudsgivarna leder, som nämnts, till ekonomisk tillväxt och ökad samhällsnytta, se mer ovan kap. 2. Upphandlingsreglerna syftar till att säkerställa lika förutsättningar för företagen att lämna anbud och till att de företagen som lämnat anbud skall få en objektiv bedömning gjord på lika villkor, oavsett om de är svenska (nationella) eller utländska.<sup>13</sup> Det skall råda konkurrensneutralitet mellan leverantörerna på marknaden. Upphandlingsreglerna kan sägas utgöra ett komplement till konkurrenslagstiftningen dock med skillnaden att upphandlingsreglerna inte som konkurrensreglerna syftar till att skapa konkurrens utan till att de upphandlande enheterna ska uppsöka och utnyttja den konkurrens som finns på marknaden<sup>14</sup>.

#### 3.1 I VILKAS INTRESSE ÄR REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING?

Upphandlingsreglerna finns i skattebetalarnas, leverantörernas och de upphandlande enheternas intressen. Att upphandlingsreglerna är av intresse för skattebetalarna och de upphandlande enheterna är naturligt eftersom reglerna syftar till att öka konkurrensen mellan anbudsgivarna. Ökad konkurrens leder, som nämnts ovan, till att de upphandlande enheterna får förmånligare avtal och därmed mer värde för pengarna. Att de upphandlande enheterna får mer värde för pengarna innebär att även skattebetalarna i sin tur får mer värde för pengarna. Av intresse för de upphandlande enheterna är också att det finns en stabilitet i förfarandet, att det går lätt och smidigt utan att kräva alltför mycket resurser. Leverantörernas intresse i offentlig upphandling är möjligheten till fler säljtillfälle, att konkurrensen mellan leverantörerna sker på lika villkor samt att

---

<sup>10</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, informationsskrift från konkurrensverket, sid. 2  
[http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig\\_upph.pdf](http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig_upph.pdf)

<sup>11</sup> Regeringen har tillsatt en statlig utredning vars uppgift är att införliva de nya konsoliderade direktiven (direktiv 2004/18/EG och 2004/17/EG)

<sup>12</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, informationsskrift från konkurrensverket, sid. 11  
[http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig\\_upph.pdf](http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig_upph.pdf)

<sup>13</sup> Bernitz a.a. s. 221

<sup>14</sup> Slavicek, Maichael, ”Upphandlingens olika ansikten”, Europarättslig tidskrift 2002 Nr 1, sid. 17f.

rättssäkerhet råder.<sup>15</sup> Sker konkurrensen på lika villkor kan leverantörerna vara säkra på att det är deras egen insats eller idé som gör att de får eller inte får anbudet.

### 3.2 UPPHANDLINGSREGLERNA

Upphandlingsreglerna innebär, översiktligt, att stat och kommun, vid inköp, är skyldiga att upphandla och därigenom konkurrensutsätta inköp av varor och tjänster. LOU styr hur en upphandling ska gå till med hänsyn till anbudskonkurrens, tidsperioder, annonsering, val av anbudsgivare m.m. Reglerna i LOU omfattar bl.a. statliga myndigheters, kommuners och landstings inköp av varor och tjänster från en annan juridisk person (leverantör). Exempelvis gäller lagen även om en statlig myndighet köper en vara från en av myndigheten fristående juridisk person.

Vad som avses med upphandlande enhet är en förutsättning för att avgöra vilka organ som omfattas av LOU. Av definitionen i 1 kap. 5 § LOU stadgas att begreppet avser statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 1 kap. 6 §. Av 1 kap. 6 § framgår vidare att bolag som ägs av stat, landsting eller kommun är att anse som upphandlande enhet om det har inrättats i syfte att täcka *behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär* och att bolagets ”kapital huvudsakligen tillskjuts av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, **eller** vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn från annan upphandlande enhet, **eller** vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller annan upphandlande enhet”<sup>16</sup>. Här är det av vikt att notera att det är bolagets *behov* som inte får vara av industriell eller kommersiell karaktär. Enligt NOU kan kommun- och landstingsägda bolag inte anses täcka ett behov av ”kommersiell karaktär” i sin verksamhet eftersom 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) stadgar att dessa bolag inte får bedriva näringsverksamhet i vinstsyfte<sup>17</sup>. Inte heller kommun- och landstingsägda bolag med industriell verksamhet undantas från LOU, eftersom det huvudsakliga syftet med verksamheten skall vara att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt kommunmedlemmarna och att syftet med den näringsverksamhet som kommunerna och landstingen får bedriva skall vara att betjäna de egna medlemmarna<sup>18</sup>. Även när det gäller statligt ägda bolag tycks tolkningen vara vidsträckt och det är av vikt att återigen poängtera att det är bolagets behov som inte får vara av industriell eller kommersiell karaktär<sup>19</sup>.

Sammanfattningsvis skall begreppet ”upphandlande enhet” tolkas vidsträckt och gäller de flesta bolag som ägs av stat, kommun eller landsting. Avgörande är att bolaget täcker ett behov i det allmännas intresse. I det klassiska direktivet (2004/18/EG) används begreppet ”upphandlande myndighet” istället för ”upphandlande enhet”. Man använder vidare begreppet ”offentligrättsliga organ” för att beteckna bolag, samfälligheter,

---

<sup>15</sup> OH material, slide 3, Kursen Offentlig Upphandling, Gästprofessor Hans Stenberg 2005, Linköpings Universitet.

<sup>16</sup> LOU 1 kap. 6 §

<sup>17</sup> NOU rapport, juni 2000, ”Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag” sid. 19.

<http://www.nou.se/pdf/bolag.pdf>

<sup>18</sup> NOU rapport, juni 2000, ”Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag” sid. 19.

<http://www.nou.se/pdf/bolag.pdf>

<sup>19</sup> NOU Rapport, februari 2000, ”Uppdrag från regeringen att utreda huruvida statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)”. <http://www.nou.se/pdf/99-234.pdf>

föreningar och stiftelser. Förövrigt är betydelsen av innehållet detsamma som i LOU 1 kap. 5, 6 §§, jmf. med definitionen i klassiska direktivet, artikel 1.9<sup>20</sup>.

Huvudregeln i LOU, 1 kap. 4 § stadgar att en upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I detta stadgande får anses ligga de grundläggande EG-rättsliga principerna vilka jag redogör för nedan. I 1 kap. 4 § LOU uttrycks, det ovan nämnda, syftet med upphandlingsreglerna, d.v.s. att ta tillvara på den konkurrens som finns på marknaden (konkurrensprincipen). När det gäller EG och gemenskapsrätten framgår konkurrensprincipen indirekt genom de krav på annonsering, öppenhet och opartiskhet som ställs upp i direktiven om upphandling, se mer kap. 3.2.1 nedan.

Anbudsgivare som inte fått upphandlingskontraktet kan om han känner sig förfördelad få valet av anbudsgivare överprövat i förvaltningsdomstol alternativt väcka skadeståndstalan i allmän domstol<sup>21</sup>.

### **3.2.1 De EG-rättsliga principerna som ligger till grund för upphandlingsreglerna**

Upphandlingsreglerna bygger på flera av EG-fördragets grundläggande principer<sup>22</sup>. EG:s allmänna rättsprinciper spelar en central roll inom EG-rätten och innehåller grundläggande värderingar som anses prägla hela gemenskapsrätten. De EG-rättsliga principerna som ligger till grund för upphandlingsrätten är främst principerna om likabehandling, ömsesidigt erkännande, proportionalitet, rättssäkerhet och öppenhet.

#### **3.2.1.1 Likabehandlingsprincipen**

Likabehandlingsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen innebär att all diskriminering pga. nationalitet skall vara förbjuden inom EG-fördragets tillämpningsområde, artikel 12 EGF. Man kan säga att diskrimineringsförbudet innebär att fysiska och juridiska personer från en annan medlemsstat skall behandlas på samma sätt och på lika villkor som medlemsstatens egna fysiska och juridiska personer. Likabehandlingsprincipen är en nödvändig förutsättning för den inre marknaden och ”principen om öppen marknadsekonomi med fri konkurrens” (art. 4.1 EGF), men också för en ökad integration.<sup>23</sup>

För upphandlingsrättens del innebär detta att förfrågningsunderlaget inte får innehålla krav som endast kan uppfylls av svenska leverantörer<sup>24</sup>. Likabehandlingsprincipen i LOU (1 kap. 4 §) syftar, förutom allmänna rättsäkerhetsskäl, till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppstår. Detta innebär t.ex. att upphandlingen inte får gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt<sup>25</sup>.

#### **3.2.1.2 Öppenhetsprincipen**

Öppenhetsprincipen eller transparensprincipen som den också kallas är av stor vikt för upphandlingsrätten. För att upphandlingsreglerna skall uppfylla sitt syfte att uppnå

---

<sup>20</sup> Se bilaga 2

<sup>21</sup> Se LOU 7kap. 1 § och 7 kap. 6-8 §§.

<sup>22</sup> Se beaktandesats 2 i ingressen till det klassiska direktivet, se mer kap.3.3

<sup>23</sup> Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, uppl. 2, år 1999, sid. 103

<sup>24</sup> SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt, sid. 57

<sup>25</sup> SOU 1999:139, sid. 69

konkurrens på lika villkor är det väsentligt att leverantörerna har tillgång till all den information som är nödvändig för att de skall kunna uppnå den upphandlande enhetens krav. Principen är också viktig för kontrollen och insynen i upphandlingsförfarandena så att man kan kontrollera huruvida en upphandlande enhet följt upphandlingsreglerna. Öppenhetsprincipen uppfylls genom ett omfattande krav på annonsering samt av att resultatet av upphandlingen skall publiceras.<sup>26</sup>

### 3.2.1.3 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att de åtgärder som vidtas vid ett visst förfarande inte får vara mer långtgående eller betungande än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det avsedda syftet med åtgärderna. Det skall finnas en balans mellan mål och medel.<sup>27</sup> För upphandlingens del innebär proportionalitetsprincipen att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på upphandlingsföremålet eller leverantören än vad som är nödvändigt i förhållande till den upphandlande enhetens behov<sup>28</sup>. En uppgift som undantar en leverantör från upphandlingen, eftersom han inte uppfyller kravet, får inte vara för långtgående eller betungande i förhållande till upphandlingsföremålet.

### 3.2.1.4 Ömsesidighetsprincipen

Denna princip innebär att intyg, certifikat etc. som utfärdats av en annan medlemsstats myndighet också skall godtas i de övriga medlemsländerna. Inom upphandlingsrätten innebär principen att en upphandlande enhet inte får förhindra eller göra det svårare för en leverantör som innehar det intyg som krävs för upphandlingens genomförande, men som är utfärdat av en myndighet i en annan medlemsstat.<sup>29</sup>

## 3.3 HUR UPPRÄTTHÅLLER UPPHANDLINGSREGLERNA KONKURRENSPRINCIPEN?

Under denna rubrik kommer jag endast att utgå ifrån hur upphandlingsreglerna i det klassiska direktivet upprätthåller konkurrensprincipen. Det främsta syftet med upphandlingsreglerna är att etablera och utveckla den inre marknaden. Genom att "tvinga" de upphandlande enheterna att utnyttja den konkurrens som finns på den inre marknaden hoppas man att den gränsöverskridande handeln skall öka vilket i sin tur leder till ökad konkurrens och ökad integration mellan företagen på den inre marknaden. Det torde därmed kunna sägas att upphandlingsreglerna i likhet med artikel 81 och 82 EGF har ett tvådelat syfte, dels integrationsfrämjande och dels konkurrensfrämjande, se 5.1.1. Dock är att märka att upphandlingsreglerna syftar till att utnyttja den befintliga konkurrens som finns på marknaden medan konkurrensbegränsningsreglerna syftar till att skapa konkurrens på marknaden. Det är genom att utnyttja marknaden som en upphandlande enhet kan få de billigaste och bästa villkoren<sup>30</sup>.

Av allra största vikt för att reglerna om offentlig upphandling skall uppfylla syftet att öppnas för konkurrens är att de upphandlande enheterna följer de EG-rättsliga principerna. Dessa principers yttersta vikt för upphandlingsrätten framgår av ingressen till det klassiska direktivet samt av artikel 2 i direktivet vilken stadgar att;

---

<sup>26</sup> SOU 1999:139, sid. 58

<sup>27</sup> Bernitz, Kjellgren a.a. s. 108

<sup>28</sup> SOU 1999:139, sid. 58

<sup>29</sup> SOU 1999:139, sid. 59

<sup>30</sup> prop. 1992/93:88, sid. 59

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

Artikel 2 skall ses i förhållande till beaktandesats 2 i ingressen till det klassiska direktivet där det stadgas att det är

...tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt (kontrakt över tröskelvärdena<sup>31</sup>) på grundval av dessa principer (de ovannämnda EG-rättsliga principerna<sup>32</sup>) för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

Vidare stadgar man i samma beaktandesats att bestämmelserna om samordning d.v.s. de bestämmelser som skall gälla inom gemenskapen, bör tolkas i överensstämmelse med de EG-rättsliga principerna som nämns ovan samt med andra bestämmelser i EG-fördraget.

Principerna kan alltså sägas ligga till grund för upphandlingsreglerna, d.v.s. de är utformade med principerna som grund, samt skall i övrigt också följas vid tilldelning av kontrakt. De är väsentliga för att konkurrensneutralitet skall råda mellan anbudsgivarna och att annonsering sker och därmed till att syftet med upphandlingsreglerna, d.v.s. att offentlig upphandling öppnas för konkurrens, uppfylls. Således är det de EG-rättsliga principerna som ligger till grund för att upphandlande enheter, genom att tillämpa upphandlingsreglerna, upprätthåller konkurrensprincipen på den inre marknaden.

Kommissionen har i stadgandet i artikel 2, se ovan, inte tagit med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En orsak till att principen om ömsesidigt erkännande inte finns med i stadgandet kan vara att kommissionen anser att denna princip redan upprätthålls i önskad mån genom bestämmelserna i artikel 23.7, om vad som skall avses med erkända organ, och artikel 45.3, om intyg och bevis angående leverantör. Dessa bestämmelser motsvaras av 8 kap. 10 § och 12 kap. 3 i utredningens förslag till ny lag om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn. Att proportionalitetsprincipen inte nämns i stadgandet beror med all sannolikhet på att denna kan sägas ingå i principerna om likabehandling och icke-diskriminering, eftersom denna ingår i en bedömning av om diskriminering skett eller inte<sup>33</sup>.

Det finns som tidigare nämnts andra samhällseliga värden som ansetts vara viktiga att tillvarata även om de kanske kan anses begränsa eller hindra konkurrensen. Som exempel kan nämnas social välfärd och god miljö. De upphandlande enheterna får t.ex. vid valet av tilldelningskriterier tillgodose den berörda allmänhetens behov även avseende miljöområdet och/eller det sociala området såtillvida att dessa kriterier kan kopplas till upphandlingsföremålet samt att de överensstämmer med de ovan nämnda EG-rättsliga principerna<sup>34</sup>. Viktigt är att kraven är proportionerliga till upphandlingsföremålet. Miljöhänsyn och sociala hänsyn är inte direkt förenligt med rena marknadsekonomiska principer och ekonomisk tillväxt. Att ställa sociala och miljömässiga krav kan t.ex. innebära att konkurrensen inte utnyttjas till fullo eftersom det endast är en eller ett fåtal leverantörer som kan uppfylla kraven vilket innebär

---

<sup>31</sup> Tillägg gjort av mig

<sup>32</sup> Tillägg gjort av mig

<sup>33</sup> Se proposition 1992/93:88, sid. 60

<sup>34</sup> beaktandesats 1 i ingressen samt artikel 53.1 a).

mindre konkurrens och att skattebetalarna får mindre för sina pengar. Att ta sociala hänsyn och miljöhänsyn har dock ansetts vara så viktiga värden att de inte går att bortse ifrån. Vid beaktande av att beslut skall tas efter att man tagit hänsyn till de långsiktiga effekterna torde miljömässiga och sociala krav på lång sikt kunna leda till att skattebetalarna får mer för sina pengar. Det man betalar idag har man kanske igen imorgon. Att ställa miljömässiga och sociala krav kräver också av företagen att de måste utvecklas och innovera för att kunna konkurrera med företag som kan uppfylla de ställda kraven. Innovation och utveckling är nödvändigt för ekonomisk tillväxt.

Sammanfattningsvis kan sägas att det är nödvändigt att de upphandlande enheterna handlar i enlighet med de EG-rättsliga principerna för att konkurrensen på den inre marknaden skall utnyttjas. Genom att "tvinga" de upphandlande enheterna att utnyttja konkurrensen mellan leverantörerna upprätthålls konkurrensen på den inre marknaden. En upphandlande enhets agerande i strid med de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet leder motsatsvis till att konkurrensen snedvrids.

En upphandlande enhet får ställa krav på sociala hänsyn och miljöhänsyn avseende upphandlingsföremålet i sig, metoderna på vilket upphandlingsföremålet framställs samt på den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas, om kraven inte utgör ett hinder för den inre marknaden samt att de inte strider mot de EG-rättsliga principerna.



## 4 NYA BESTÄMMELSER I DE NYA KONSOLIDERADE DIREKTIVEN

Genom de omarbetade direktiven, 2004/18/EG klassiska direktivet och 2004/17/EG försörjningsdirektivet, har det kommit nya regleringar beträffande offentlig upphandling. Direktiven har till syfte att förbättra regelsystemet för att bättre uppnå syftena med lagstiftningen.

I de båda nya direktiven finns bestämmelser om ramavtal. Varken tidigare direktiv eller LOU innehåller bestämmelser om *användningen* av ramavtal. Bestämmelserna i direktiven rörande ramavtal är icke-obligatoriska d.v.s. de behöver inte införlivas i svensk upphandlingsrätt. I SOU 2005:22 föreslår dock utredningen att möjligheten att använda ramavtal skall stå öppen i Sverige<sup>35</sup>. Vidare har det i det klassiska direktivet tillkommit ett nytt upphandlingsförfarande s.k. konkurrenspräglad dialog och i båda direktiven har det tillkommit de nya tilldelningsförfarandena elektronisk auktion och dynamiska inköpssystem. Inte heller dessa är obligatoriska för Sverige att införa i svensk rätt. Huruvida dessa upphandlingsförfaranden kommer att införlivas skall utredas i ett senare skede.

I det följande kapitlet kommer jag att översiktligt redogöra för bestämmelserna angående ramavtal, konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpssystem och elektronisk auktion.

### 4.1 RAMAVTAL

Definitionen av ramavtal fastställs i artikel 1.5 i det klassiska direktivet. Definitionen lyder enligt följande;

Ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

Av definitionen framgår att ett ramavtal kan slutas av en eller flera upphandlande enheter med antingen en eller flera ekonomiska aktörer. Detta innebär att de upphandlande enheterna kan samordna sina inköp med stöd av ramavtal. Vidare framgår det att avtalet skall syfta till att fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt. Detta betyder, enligt den svenska utredningen av direktiven, att *samtliga* villkor skall vara fastställda i avtalet. Detta torde dock, enligt utredningen, inte vara avsikten med ramavtalet. Ett ramavtal är avsett att användas vid senare anskaffning av en vara eller en tjänst varför det vanligtvis inte är möjligt att, i avtalet, på förhand bestämma t.ex. leveranstiderna, kvantitet etc.<sup>36</sup>. Vad det gäller att på förhand bestämma tänkt pris kan detta exempelvis ta sikte på att ett pris per en viss enhet bestäms<sup>37</sup>. Att ett ramavtal kan föreligga, även om inte alla villkor har fastställts i avtalet framgår också av artikel 32.4<sup>38</sup> andra stycket andra strecksatsen. Valet av parter i ramavtalet ska ske med de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53, d.v.s. det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativt lägsta pris<sup>39</sup>. Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får

<sup>35</sup> SOU 2005:22 sid. 271-284

<sup>36</sup> SOU 2005:22 sid. 273

<sup>37</sup> se mer SOU 2005:22 sid. 274

<sup>38</sup> se relevanta artiklar från det klassiska direktivet i bilaga 2.

<sup>39</sup> 32.2 första stycket

parterna inte väsentligen ändra villkoren i ramavtalet<sup>40</sup>. Vidare får ett ramavtal inte löpa längre än fyra år utom i undantagsfall<sup>41</sup>. I artikel 32.2 femte stycket stadgas att;

...en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsa eller snedvrids.

Om ett ramavtal sluts med endast en ekonomisk aktör skall kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får dock samråda skriftligen med den ekonomiska aktören som är part i ramavtalet och be denna att komplettera sitt anbud<sup>42</sup>, men bara i den utsträckning som anges i 32.2 tredje stycket. Om ett ramavtal slutits med mer än en leverantör skall tilldelning av kontrakt ske genom tillämpning av villkoren i avtalet antingen *utan* förnyad inbjudan att lämna anbud eller, om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud<sup>43</sup>.

## 4.2 ELEKTRONISKA AUKTIONER

Bestämmelserna om användandet av elektroniska auktioner finns i artikel 54 i det klassiska direktivet. Vid tilldelning av kontrakt, vid öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden, kan den upphandlande myndigheten använda en elektrisk auktion om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet<sup>44</sup>. Detta kan, enligt beaktandesats 14 i ingressen, bl.a. gälla i fråga om återkommande byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt. Elektronisk auktion är en upprepad process som sker helt med elektroniska medel<sup>45</sup>. Tilldelningen av kontrakt ska grundas antingen på priset, när kontrakt tilldelas den som erbjuder lägsta pris eller på priset och/eller värden på delar av anbuderna när kontrakt tilldelas den som erbjuder det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet<sup>46</sup>.

Innan den elektroniska auktionen påbörjas skall den upphandlande myndigheten utvärdera de inkomna anbuderna en första gång. De anbud som är godtagbara ska samtidigt och på elektronisk väg bjudas in att delta i auktionen<sup>47</sup>. Inbjudan skall bl.a. innehålla en matematisk formel som ska användas för att bestämma den automatiska rangordningen med avseende på nya priser och/eller nya värden som lämnas. På detta sätt sker utvärderingen automatiskt utan ingripande av och/eller bedömning från den upphandlande enhetens sida. Därmed kan elektronisk auktion enbart tillämpas vid sådana kontraktsföremål där bedömningen sker av aspekter som kan kvantifieras<sup>48</sup>. Slutligen stadgar artikel 54.8 att;

...en upphandlande myndighet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för kontraktet, så som det utlystes genom meddelandet om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras.

---

<sup>40</sup> 32.2 tredje stycket

<sup>41</sup> 32.2 fjärde stycket

<sup>42</sup> artikel 32.3

<sup>43</sup> artikel 32.4 andra stycket första och andra strecksatsen

<sup>44</sup> artikel 54.2

<sup>45</sup> artikel 1.7

<sup>46</sup> 54.2 tredje stycket

<sup>47</sup> 54.4 andra stycket

<sup>48</sup> beaktandesats 14 i ingressen

### 4.3 KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG

Bestämmelserna angående konkurrenspräglad dialog finns i artikel 29. En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid upphandlingar som är så komplexa att myndigheten inte själv kan ange vilka tekniska och/eller finansiella och rättsliga lösningar som bäst tillgodoser dess behov<sup>49</sup>. Det kan bli fråga om stora integrerade projekt för t.ex. transportinfrastruktur<sup>50</sup>. Tilldelning av kontrakt skall enbart ske på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet<sup>51</sup>. Den upphandlande myndigheten skall offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov<sup>52</sup>. Därefter skall en dialog inledas med minst tre av de anbudssökande leverantörerna<sup>53</sup>. Dialogen pågår till dess att man kommit fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov. Denna lösning/lösningar utgör grunden för de anbud anbudsgivarna skall lämna. Den upphandlande enheten skall se till så att alla anbudssökande behandlas lika och att alla uppgifter förblir konfidentiella<sup>54</sup>. Vidare stadgas att;

På den upphandlande myndighetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.<sup>55</sup>

### 4.4 DYNAMISKA INKÖPSSYSTEM

Användandet av dynamiska inköpssystem regleras i artikel 33. Det dynamiska inköpssystemet är avsett för inköp av sådant som vanligen används och vars egenskaper så som de är allmänt tillgängliga på marknaden tillfredsställer den upphandlande myndighetens behov<sup>56</sup>. Detta torde syfta på homogena produkter eller tjänster. Ett dynamiskt inköpssystem är ett system bestående av redan godkända anbudsgivare (med möjligheten för nya anbudsgivare att ansluta sig). På detta sätt kan de upphandlande enheterna förfoga över ett särskilt stort urval av anbud.<sup>57</sup> Förfarandet sker helt elektroniskt och är öppet för alla ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget.<sup>58</sup> Varje enskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud<sup>59</sup>. Denna inbjudan skall lämnas till alla anbudsgivare som är intagna i systemet.<sup>60</sup> Kontraktet skall tilldelas den som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angivits i meddelandet om att inrätta det dynamiska inköpssystemet<sup>61</sup>. Vidare får den upphandlande myndigheten inte använda det dynamiska inköpssystemet *så att det hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen*<sup>62</sup>.

<sup>49</sup> beaktandesats 31 i ingressen och artikel 29.1

<sup>50</sup> Se beaktandesats 31 i ingressen

<sup>51</sup> artikel 29.1 andra stycket

<sup>52</sup> artikel 29.2

<sup>53</sup> artikel 29.3 och 44.3

<sup>54</sup> artikel 29.3 andra och tredje stycket

<sup>55</sup> artikel 29.7 andra stycket

<sup>56</sup> artikel 1.6

<sup>57</sup> beaktandesats 13

<sup>58</sup> artikel 33.2

<sup>59</sup> artikel 33.5

<sup>60</sup> artikel 33.6

<sup>61</sup> artikel 33.6 andra stycket

<sup>62</sup> artikel 33.7 andra stycket

Bestämmelserna är näst intill identiska i försörjningsdirektivet.

#### **4.5 VAD INNEBÄR DEN ÅTERKOMMANDE SKRIVNINGEN ”FÖRFARANDET FÅR INTE HINDRA, BEGRÄNSA ELLER SNEDVRIDA KONKURRENSEN”?**

I de ovan beskrivna bestämmelserna, ramavtal, elektronisk auktion, dynamiska inköpssystem och konkurrenspräglad dialog, i det klassiska direktivet återkommer skrivningen *att förfarandet inte får användas på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids*. Formuleringen är dock något olik från bestämmelse till bestämmelse, se kursiverad text ovan. I fortsättningen när jag skriver ”skrivningen” syftar jag på alla kursiverad formuleringar här ovan. När jag syftar på någon skrivning i en speciell bestämmelse, skriver jag ut detta specifikt.

Vad skrivningen i dessa stadgande innebär framgår inte av direktiven. Inte heller finner man någon vägledning i den utredning (SOU 2005:22) som utrett införlivandet av direktivet i svensk rätt. Visserligen har denna utredning ännu inte (d.v.s. i skrivande stund 2005-04-15) utrett förfarandena dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och konkurrenspräglad dialog, men beträffande stadgandet i reglerna om ramavtal<sup>63</sup> finns ingen förklaring.

Syftet med upphandlingsreglerna är, som nämnts, att utnyttja den konkurrens som finns på den befintliga marknaden, d.v.s. att öppna offentlig upphandling för konkurrens. För att konkurrensen skall utnyttjas krävs det en omfattande annonsering samt att leverantörerna behandlas på lika villkor. En upphandlande enhet torde i motsats till det sagda hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen genom att *inte* utnyttja den befintliga konkurrensen mellan leverantörerna på marknaden. För att förhindra att upphandlande enheter snedvrیدer konkurrensen är upphandlingsreglerna uppbyggda med de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet som grund<sup>64</sup>. De EG-rättsliga principerna ser till att det vid upphandling råder konkurrensneutralitet mellan leverantörerna. Utöver att de EG-rättsliga principerna ligger till grund för upphandlingsreglerna stadgas också i artikel 2 i direktivet att upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Hur kan en upphandlande enhet hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden utöver att inte följa de EG-rättsliga principerna?

I artikel 81 stadgas att ”alla avtal mellan företag, beslut av företagsammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att *hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen* inom den gemensamma marknaden” är förbjudet. Denna artikel innehåller alltså en liknande skrivning som de nya bestämmelserna, ramavtal, dynamiska inköpssystem, elektronisk auktion och konkurrenspräglad dialog, i det nya klassiska direktivet (2004/18/EG). Har ”skrivningen” i dessa bestämmelser samma betydelse som den i artikel 81 EGF? Kan man göra en analog tillämpning av artikel 81 EGF?

Artikel 82 EGF stadgar att ”ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden” är oförenligt med den gemensamma marknaden och

---

<sup>63</sup> artikel 32.2 femte stycket

<sup>64</sup> beaktandesats 2 i ingressen

förbjudet. Är detta konkurrensbegränsningsförbud analogt tillämbart på en upphandlande enhet i sin beställarroll, d.v.s. kan ”skrivningen” innebära att den upphandlande enheten inte får begränsa konkurrensen på ett sätt som är oförenligt med artikel 82 EGF?

I det följande skall jag utreda om ”skrivningen” skall tillämpas analogt med konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF, d.v.s. innebär ”skrivningarna” att en upphandlande enhet inte får snedvrída konkurrensen i likhet med vad som snedvrider konkurrensen enligt artikel 81 och 82 EGF. Till en början skall jag i korthet redogöra för konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF för att kunna fastställa vad det är för beteende som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen enligt dessa. Därefter kommer jag att utreda hur upphandlingsreglerna och konkurrensreglerna samverkar för att i kapitel 7 undersöka om en analog tillämpning av artikel 81 och 82 EGF är möjlig.

## 5 HUR UPPRÄTTHÅLLS KONKURRENSPRINCIPEN INOM EU

EG:s konkurrenspolitik går ut på att gynna och skydda konkurrensen så att det uppstår effektiv konkurrens på den inre marknaden och att den europeiska gemenskapens mål uppnås<sup>65</sup>. Målet med en aktiv konkurrensolitik är att främja konkurrensen genom att förmå företagen att agera på ett sätt som är effektivitetsfrämjande och inte konkurrensbegränsande. Om konkurrensen på marknaden sker på lika villkor medför detta att nya aktörer har lättare för att gå in på marknaderna. För att skapa konkurrens på lika villkor och för att hindra konkurrensbegränsande beteende finns bl.a. lagstiftning mot konkurrensbegränsningar i artikel 81 och 82 EGF. Dessa två förbud som kommer till uttryck i dessa regler är grundläggande för att konkurrensprincipen på den inre marknaden skall upprätthållas.

### 5.1 EU:S KONKURRENSLAGSTIFTNING, ARTIKEL 81 OCH 82 EGF

Under denna rubrik kommer jag endast att beröra EU: s konkurrenslagstiftning, artiklarna 81 och 82 i EGF. Viktigt är dock att ha i beaktande att den svenska lagstiftningen, KL, är utformad nästan helt med förebild i EG: s konkurrensregler vad gäller de materiella bedömningsreglerna<sup>66</sup>. Den svenska konkurrensrätten måste hela tiden tolkas mot bakgrund av den europeiska konkurrensrätten. Därför har det som här skrivs om EG: s konkurrensregler till stor del förankring även i svensk konkurrenslagstiftning. Både artikel 81 och 82 EGF har direkt effekt, både vertikalt och horisontellt d.v.s. gäller både mot det allmänna samt mellan enskilda, inom hela EU. EG: s konkurrensrätt är därmed direkt gällande för företag och enskilda i Sverige och skapar skyldigheter och rättigheter för dessa.<sup>67</sup>

Konkurrensprincipen är fundamental för upprätthållandet av EG-fördraget och integrationen mellan EU: s medlemsländer vilket också EG-domstolen förklarar ”... *competition must not be eliminated. This requirement is so essential that without it numerous other provisions of the Treaty would be pointless*”<sup>68</sup>. EG: s konkurrensregler kan därmed sägas ha ett tvådelat syfte, dels ett integrationsfrämjande syfte och dels ett konkurrensfrämjande syfte.

#### 5.1.1 Integrations- och konkurrensfrämjande syfte

Konkurrensreglerna är fundamentala för att reglerna angående avvecklingen av hindren för den fria rörligheten för varor, personer, kapital och tjänster skall vara effektiva i den meningen att den säkerställer den fria rörligheten<sup>69</sup>. Konkurrensreglerna syftar alltså till att säkerställa effekten av de övriga reglerna i fördraget och för att uppnå målen för EU: s gemensamma marknad.

Det konkurrensfrämjande syftet kommer till huvudsak i uttryck i de konkurrensbegränsningsreglerna som finns i artiklarna 81 och 82 i EGF, reglerna angående statligt stöd i artikel 87 och reglerna om företagskoncentrationer<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Se artikel 2 EGF

<sup>66</sup> Bernitz a.a. s. 77

<sup>67</sup> Bernitz a.a. s. 69

<sup>68</sup> Fall 6/72 Continental Can (1973) ECR 215, grund 24.

<sup>69</sup> Wahl a.a. s. 59

<sup>70</sup> Rådets Förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer

Konkurrensreglerna syftar till att förverkliga EG:s konkurrenspolitik d.v.s. att öka konkurrensen på den inre marknaden för att på så sätt förbättra resursfördelningen, öka företagens förutsättningar för förändringar samt uppnå bättre priser och sortiment för konsumenterna. Det är omsorgen om konsumenterna som skall vara styrande för inriktningen av reglerna.

### **5.1.2 Artikel 81, förbud mot konkurrensbegränsande avtal**

Artikel 81 består av tre punkter eller om man så vill tre delar<sup>71</sup>. I punkten 1 fastslås ett förbud mot överenskommelser mm. som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. I punkten 2 fastslås att sådana konkurrensbegränsningar som i punkten 1 är ogiltiga. I punkten 3 anges slutligen vissa möjligheter för att få undantag från förbudet. Artikel 81.1 innehåller fyra grundläggande kriterier som måste vara uppfyllda för att förbudet skall kunna tillämpas. Dessa fyra kriterier är företagskriteriet, avtalskriteriet, samhandelskriteriet och konkurrensbegränsningskriteriet. Jag kommer i den fortsatta framställningen redogöra för vart och ett av dessa fyra kriterier.

Företagskriteriet skall uppfattas vidsträckt. Med företag avses juridiska personer samt enskilda personer som bedriver ekonomisk verksamhet. Också företag som helt eller delvis ägs av stat eller kommun skall omfattas av begreppet företag. EG-rättsfallet Höfner<sup>72</sup> har varit grundläggande för definitionen av företag. Där stadgade domstolen att företag, i konkurrensrättsliga sammanhang, skall omfatta varje enhet som bedriver en ekonomisk aktivitet, oavsett enhetens juridiska status.<sup>73</sup> Myndighetsutövning omfattas dock inte av begreppet företag. Detta innebär att den offentliga sidans ekonomiska aktiviteter faller inom ramen för artikel 81.1 såtillvida den ”offentliga enheten” inte bedriver myndighetsutövning.<sup>74</sup>

Avtalskriteriet skall också uppfattas i vid utsträckning. Med avtal inom konkurrensrätten menas inte enbart juridiskt bindande avtal utan också andra lösare former. Med avtal, i 81.1, avses därmed också, förutom juridiskt bindande avtal, oförbindande överenskommelser, gemensamma rekommendationer och s.k. gentlemen’s agreements. Med avtal avses också beslut av bransch organisationer och andra företagsammanslutningar samt samordnade förfaranden. Med samordnade förfaranden menas att två eller flera företag tillämpar samma förfaranden i samförstånd utan att det föreligger någon direkt överenskommelse mellan företagen.<sup>75</sup>

Samhandelskriteriet innebär att det otillåtna handlandet skall påverka konkurrensen på den gemensamma marknaden. Enligt EG-rättslig praxis skall dock begreppet tolkas vidsträckt och gälla även när samhandeln endast påverkas indirekt eller potentiellt<sup>76</sup>.

Konkurrensbegränsningskriteriet i artikel 81.1 syftar till att ge kommissionen och numera också de nationella konkurrensmyndigheterna<sup>77</sup> ”kompetens att undersöka konkurrensbegränsningar i avsikt att kontrollera huruvida de kan utgöra ett hinder för

---

<sup>71</sup> se fördragstexten i bilaga 1.

<sup>72</sup> Mål C-41/90, Höfner mot Macrotron GmbH.

<sup>73</sup> Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, uppl. 2, år 1999, sid 251

<sup>74</sup> Stenberg a.a. s. 26

<sup>75</sup> Bernitz, Kjellgren a.a. s. 251

<sup>76</sup> Bernitz, Kjellgren a.a. s. 251

<sup>77</sup> Artikel 5 i förordning (EG) nr 1/2003, om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

målsättningen i artikel 2 i EGF<sup>78</sup>”. Konkurrensbegränsningens förenlighet med målsättningen i artikel 2 skall, i princip, alltid bedömas i förhållande till undantaget i artikel 81.3<sup>79</sup>. Att ha i beaktande är att vissa konkurrensbegränsningar inte omfattas av förbudet i 81.1, bl a omfattas inte s.k. proportionella begränsningar d.v.s. konkurrensbegränsningar som i själva verket har konkurrensfrämjande effekter eftersom att de positiva effekterna uppväger de negativa.<sup>80</sup> För att avgöra om ett förfarande är att anse som en konkurrensbegränsning i enlighet med förbudet i 81.1 krävs det att man först gör en analys huruvida *syftet* med avtalet eller *resultatet* av avtalet är att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids. Om det finns ett klart syfte att avtalet skall begränsa konkurrensen spelar det ingen roll om effekten/resultatet av avtalet inte är begränsande, avtalet är förbjudet likväl utan ytterligare prövning. Bedömningen om syftet var att begränsa konkurrensen skall göras efter en objektiv tolkning av avtalet satt i det sammanhang avtalet är slutet. Om det inte finns ett konkurrensbegränsande syfte ser man vidare till effekten av avtalet. Vid denna bedömning skall hänsyn tas både till om den faktiska eller potentiella (framtida) konkurrensen begränsas p.g.a. avtalet.<sup>81</sup> Vid bedömningen av både syftet och resultatet görs ett hypotetiskt prov på hur konkurrensen skulle se ut utan konkurrensbegränsningen i fråga. Både de ekonomiska och rättsliga sammanhangen skall beaktas.<sup>82</sup>

För att artikel 81.1 skall vara tillämplig krävs det dessutom, enligt EG-domstolen, att konkurrensbegränsningen skall påverka konkurrensen på ett *märkbart* sätt. En bedömning huruvida begränsningen märkbart påverkar konkurrensen skall göras oavsett om avtalet har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Kravet på märkbarhet innebär i stort sett att konkurrensbegränsande avtalet skall ha en viss effekt på den relevanta marknaden. Märkbarhetskriteriet syftar till att fastställa parternas ställning på marknaden. Om konkurrensen begränsas av avtalsparter med små marknadsandelar påverkas konkurrensen i regel inte i något märkbart hänseende varför artikel 81.1 då inte heller skall vara tillämplig.<sup>83</sup>

I artikel 81.1 sker en uppräknings av vissa särskilt viktiga konkurrensbegränsningar som normalt är förbjudna, se uppräkningsen i artikel 81.1 i bilaga 1. Det är viktigt att beakta att denna uppräknings inte är uttömmande. En konkurrensbegränsning kan dock vara undantagen från förbudet i artikel 81.1 om *samtliga* kriterier i artikel 81.3 är uppfyllda *samtidigt*. Artikelnen innehåller två positiva och två negativa kriterier, se bilaga 1.

### 5.1.3 Artikel 82, missbruk av dominerande ställning

Artikel 82 förbjuder ett eller flera företag att missbruka en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna, i den mån missbruket kan påverka handeln mellan medlemsstaterna<sup>84</sup>. Flera företag kan, vilket framgår av artikeln, ha en kollektiv dominerande ställning ifall det finns vissa gemensamma band dem emellan<sup>85</sup>. Artikelnen riktar sig huvudsakligen mot sådana företag som inte möter

---

<sup>78</sup> Wahl a.a. s. 135

<sup>79</sup> Wahl a.a. s. 135

<sup>80</sup> Se mer Wahl, Nils, Konkurrensförhållanden, 1994, sid. 135 ff. samt Stenberg, Hans, Kompendium i konkurrensrätt (utgåva 2) sid. 91 f.

<sup>81</sup> Wahl a.a. s. 138

<sup>82</sup> Stenberg a.a. s. 87 med hänvisning till EG-rättsfallet *Technique Minie`re* (1966)

<sup>83</sup> Wahl a.a. s. 138f.

<sup>84</sup> Art. 82 EGF, se bilaga 1

<sup>85</sup> Stenberg a.a. s. 28



någon effektiv konkurrens på marknaden och som tillämpar ett konkurrensbegränsande handlande. Till skillnad mot artikel 81, som riktar sig mot konkurrensbegränsande avtal, riktar sig artikel 82 mot företag eller företagsgrupper som tillämpar en konkurrensbegränsning ensidigt. För att fastställa om ett företag har en dominerande ställning på den gemensamma marknaden måste man först klargöra vad som utgör den s.k. relevanta marknaden för dels produkten och dels i geografiskt hänseende. Vid en bedömning av vad som utgör den relevanta produktmarknaden skall man se till den aktuella varans utbytbarhet med andra varor med hänsyn till egenskaper, pris och användning<sup>86</sup>. Vid en bedömning av den geografiska marknaden skall man se till inom vilket område de berörda företagen konkurrerar i beaktande av både utbud och efterfrågan. Vidare skall man beakta om konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade inom hela detta område och om området kan skiljas från andra områden, eftersom konkurrensförhållandena är påtagligt annorlunda i dessa områden<sup>87</sup>. Den geografiska marknaden behöver inte omfatta hela EU utan det räcker med en väsentlig del, t.ex. Sverige. Sammanfattningsvis kan sägas att man kontrollerar om det finns konkurrerande produkter på en viss geografisk marknad. Ett företag anses, enligt EG-domstolen, ha en *”dominerande ställning om företaget har en ekonomisk styrka som sätter det i stånd att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att ge det makten att i avsevärd utsträckning uppföra sig oberoende av sina konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter”*<sup>88</sup>. För att fastställa om ett företag är dominerande utgår man i regel ifrån storleken av det berörda företagets marknadsandelar. Vid 40% finns det en viss presumtion för dominans medan det vid 50% börjar blir svårt att motbevisa dominans<sup>89</sup>.

Beträffande vad som skall anses utgöra *missbruk* i konkurrensrättsligt avseende finns det en uppräknings i artikel 82. Uppräkningen är dock inte uttömmande utan nämner bara några viktiga exempel på missbruk. Bedömningen huruvida missbrukskriteriet är uppfyllt skall göras objektivt. Ett dominerande företag får naturligtvis försvara sin ställning på marknaden men det får inte göra det på ett sätt som syftar till att driva ut konkurrerande företag från marknaden<sup>90</sup>. I artikel 82 görs en uppräknings om vad som särskilt kan utgöra missbruk, se bilaga 1. I denna stadgas t. ex att missbruk särskilt kan bestå i att direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen avtalsvillkor. De vanligaste situationerna när ett dylikt missbruk sker är när ett företag antingen tar ut för höga eller för låga priser på sina produkter/tjänster. Dominerande företag kan ta ut låga priser (underprissättning) för att konkurrera ut andra företag från marknaden. Praxis har visat att det är svårt att tillämpa förbudet mot underprissättning eftersom det är svårt att fastställa vad man skall relatera oskäligheten till.<sup>91</sup>

## 5.2 SAMMANFATTNING

Konkurrensbegränsningsreglerna och upphandlingsreglerna har i det stora samma syfte d.v.s. att etablera och utveckla den inre marknaden och på så sätt öka konkurrensen. Konkurrensbegränsningsreglerna skapar konkurrens genom att förbjuda beteenden som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Upphandlingsreglerna å sin sida ökar

---

<sup>86</sup>Bernitz, Kjellgren a.a. s. 262

<sup>87</sup> Stenberg a.a. s. 34

<sup>88</sup> Bernitz, Kjellgren a.a. s. 263

<sup>89</sup> Stenberg a.a. s. 24f. Se också Mål 27/76, United Brands och Mål C-62/86, AKZO

<sup>90</sup> Stenberg a.a. s. 113

<sup>91</sup> Stenberg a.a. s. 111

konkurrensen på den inre marknaden genom att ”tvinga” de upphandlande enheterna att utnyttja den konkurrens som finns att tillgå. Konkurrens- och upphandlingsreglerna utmärks av följande principer:

- Konkurrensen mellan företagen skall utnyttjas till nytta för det allmänna och konsumenterna.
- Företagen skall ha lika förutsättningar att konkurrera.
- Ageranden som begränsar konkurrensen skall undanröjas.
- Det företag som säljer varor och tjänster mest förmånligt ska vinna.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, informationsskrift från konkurrensverket, sid. 3

## 6 SAMVERKAN MELLAN ARTIKEL 81 OCH 82 EGF OCH REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING

Hur konkurrensbegränsningsreglerna (artikel 81 och 82 EGF) samverkar med reglerna om offentlig upphandling är av stor vikt för problemformuleringen av denna uppsats. Genom att försöka utreda hur lagstiftningssystemet ska bringas ihop, d.v.s. vad som reglerar vad och hur samverkan sker mellan lagstiftningarna, hoppas jag kunna närma mig en lösning på frågan om skrivningen; *förfarandet får inte hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen* skall tolkas analogt med konkurrensbegränsningsreglerna.

### 6.1 KONKURRENSBEGRÄNSNINGSGREGLERNAS TILLÄMPLIGHET VID OFFENTLIG UPPHANDLING

Konkurrensreglerna syftar till att förhindra och motverka hinder och begränsningar för en effektiv konkurrens på den inre marknaden, se kap. 5. Konkurrensreglerna gäller för alla ”företag” d.v.s. varje enhet som bedriver en ekonomisk aktivitet, oavsett enhetens juridiska status, se mer 5.1.2. Därmed omfattas också kommunala och statliga juridiska personer som driver ekonomisk verksamhet i företagsbegreppet, d.v.s. konkurrensreglerna är tillämpliga på dessa organ. Dessa kommunala och statliga organ utgör vid anskaffning av material en upphandlande enhet och skall därmed tillämpa reglerna om offentlig upphandling, se 3.2. Om det statliga eller kommunala organet skulle driva myndighetsutövning, gäller dock inte konkurrensreglerna.

I Konkurrensverkets informationsskrift ”Offentlig upphandling och konkurrens” står det att

... offentliga aktörer kan vara företag i Konkurrenslagens mening vid upphandling av varor och tjänster. Lagen kan bli tillämplig om upphandlarens agerande skadar konkurrensen på marknaden<sup>93</sup>.

Vidare står det på Konkurrensverkets hemsida att

Lagen kan tillämpas på kommuners, landstings och statliga myndigheters konkurrensbegränsande beteende vid upphandling om det kan kopplas till deras **verksamhet som producent/säljare** av varor och tjänster. Konkurrenslagen omfattar inte myndighetsutövning.

Av dessa citat framgår att konkurrensreglerna är tillämpliga på en upphandlande enhet, såtillvida att det som upphandlas kan kopplas till den upphandlande enhetens verksamhet som producent/säljare, som i enlighet med konkurrensbegränsningsreglerna (KL 6 och 19 §§ och artikel 81 och 82 EGF), hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen vid inköpsförfarandet. Notera att offentliga aktörer i de flesta fall utgör en *upphandlande enhet* enligt upphandlingsreglerna<sup>94</sup> även om de bedriver verksamhet som producent/säljare. Avgörande är att behovet av verksamheten inte är av industriell eller kommersiell karaktär, se mer 3.2. Exempelvis kan nämnas ett kommunalt bostadsbolag som konkurrerar med andra bostadsföretag att förse befolkningen med bostäder. Dessa får enligt 2 kap. 7 § KL inte bedrivas i vinstsyfte varför de inte kan

<sup>93</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, sid. 9

[http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig\\_upph.pdf](http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig_upph.pdf)

<sup>94</sup> LOU 1 kap. 5,6 §§ och artikel 1.9 klassiska direktivet (2004/18/EG)

anses vara av kommersiell karaktär samt vidare har de ett allmännyttigt syfte, eftersom dess huvudsakliga syfte är att se till att alla (kommunens medlemmar) kan få bostäder.

Att offentliga aktörer vid upphandling av varor och tjänster som kan kopplas till deras verksamhet som producent/säljare skall omfattas av konkurrensreglerna anser jag vara naturligt. Varför skall dessa ”företag”, d.v.s. offentliga aktörer som konkurrerar med privata företag, ha andra villkor vid anskaffning av varor till sin verksamhet än deras ”privata konkurrenter” har. Detta skulle förhindra den konkurrensneutralitet som eftersträvas mellan offentliga och privata aktörer<sup>95</sup>.

### **6.1.1 Vid vilka situationer kan konkurrensbegränsningsreglerna tillämpas vid offentlig upphandling?**

Konkurrensbegränsande handlande vid offentlig upphandling kan angripas med stöd av konkurrensbegränsningsreglerna d.v.s. artikel 81 och 82 EGF och motsvarande i KL (6,19 §§). Det konkurrensbegränsande förfarandet som kan angripas med konkurrensbegränsningsreglerna kan antingen utgöra samarbete mellan företag som sätter konkurrensen ur spel eller missbruk av dominerande ställning, se mer ovan 5.1.2 och 5.1.3.

#### Underprissättning

En underprissättning i konkurrensrättslig mening är, typiskt sett, när ett dominerande företag tar ut låga priser på sina produkter/tjänster, antingen med syfte eller resultat att konkurrenterna slås ut. Underprissättning är ett typiskt exempel på missbruk av dominerande ställning, se mer ovan 5.1.3. Ett vanligt klagomål som ofta förekommer hos Konkurrensverket gäller att offentliga aktörer bli a vid offentlig upphandling tillämpar priser på sina produkter/tjänster som understiger kostnaden för verksamheten<sup>96</sup>, d.v.s. ett pris som understiger den genomsnittliga totala kostnaden (under fasta och rörliga kostnader)<sup>97</sup>. Att de offentliga aktörerna kan tillämpa så låga priser på sitt anbud förklaras normalt med att verksamheten subventioneras<sup>98</sup>. Endast ett fall av underprissättning har bedömts vara missbruk av dominerande ställning enligt de svenska konkurrensreglerna. Målet gällde en offentlig upphandling av tågtrafik på länsjärnvägar i Jönköpings, Kalmars och Hallands län. SJ som var en av anbudsgivarna ansågs genom underprissättning överträtt förbudet om missbruk av dominerande ställning<sup>99</sup>.

#### Trohetsrabatter

Med trohetsrabatter avses ett bonus- och rabattsystem som tillämpas av företag i dominerande ställning i syfte att göra det svårt för kunden att byta till annan leverantör<sup>100</sup>.

Trohetsrabatter är ett annat agerande som kan strida mot förbudet att missbruka en dominerande ställning, se mer ovan 5.1.3. Trohetsrabatter har också använts i upphandlingssammanhang. I Dnr 570/1997 som gällde upphandling av skolskjutsar hade ett dominerande företag tillämpat trohetsrabatter och pga detta lämnat det

---

<sup>95</sup> Se mer SOU 2000:117 ”Konkurrens på lika villkor mellan privat och offentlig sektor”

<sup>96</sup> bilaga 1 till SOU 2000:117, sid. 8

<sup>97</sup> Stenberg a.a. s. 110f. med hänvisning till EG-domstolens avgörande i Mål C-62/86 AKZO v Commission II (1991).

<sup>98</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, sid. 8.

<sup>99</sup> MD 2000:2

<sup>100</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, sid. 8f.

förmånligaste anbudet. Konkurrensverket ansåg att företaget missbrukat sin dominerande ställning och ådömdes vite.

### Anbudskarteller

Anbudskarteller innebär t.ex. att företag vid anbudsgivning kommer överens om t.ex. priser eller marknadsuppdelning. Anbudskarteller är en av de allvarligaste konkurrensbegränsningarna och är förbjudet enligt artikel 81.1 (motsvarande 6 § i KL). Det är vanligt att karteller uppstår när företagen har ett begränsat antal kunder och om de förlorar en kund riskerar de att göra stora förluster<sup>101</sup>. Upphandlande enheter är ofta viktiga kunder för många företag varför risken för anbudskarteller är överhängande.

### Inköpssamarbete

Med inköpssamarbete avses att företag går ihop och samarbetar vid anskaffning av en produkt eller tjänst för att på så vis få förmånligare inköpsvillkor. Konkurrensrättsreglerna kan, som nämnts ovan, enligt Konkurrensverkets informationsskrift ”Offentlig upphandling och konkurrens”, vara tillämplig på offentliga aktörer om de vid en upphandling agerar på ett sätt som skadar konkurrensen. Reglerna torde i första hand kunna bli tillämpliga på offentliga aktörer som samarbetar om inköp. Inköpssamarbete mellan offentliga aktörer innebär att de kan göra förmånliga inköp till nytta för det allmänna och skattebetalarna. Även om detta överensstämmer med de intressen som ligger till grund för reglerna om offentlig upphandling, se ovan 3.1, kan ett inköpssamarbete skada konkurrensen och strida mot förbudet om konkurrensbegränsande samarbete. Om de offentliga aktörerna pga inköpssamarbetet får en stark ställning på marknaden kan de ”tvinga” (konkurrensen mellan leverantörerna tvingar dem att anta oskäligen avtalsvillkor) leverantören att anta oskäligen avtalsvillkor. Oskäligen avtalsvillkor kan bl.a. utgöra priser som på längre sikt understiger priset vid en väl fungerande konkurrens. Ett inköpssamarbete mellan offentliga aktörer kan också vara ett incitament för leverantörerna/säljarna att samverka för att stärka sin ställning. I värsta fall kan detta samarbete mellan leverantörerna leda till en anbudskartell. Fram till idag, har det inte slutförts en prövning av om ett inköpssamarbete mellan offentliga aktörer kunnat strida mot förbudet om konkurrensbegränsande avtal.<sup>102</sup>

## **6.2 NÄR TILLÄMPAS REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING?**

Reglerna om offentlig upphandling inriktar sig på den upphandlande enheten i sin beställarroll. Bestämmelserna reglerar alltså den *upphandlande enhetens agerande* när den anskaffar produkter och tjänster så att detta är förenligt med reglernas syfte. Syftet är främst att utveckla och etablera den inre marknaden för att öka konkurrensen mellan företagen, se mer ovan kap. 3. Reglerna ställer krav på den upphandlande enheten att leverantörerna skall behandlas lika och att det skall råda öppenhet och förutsebarhet. Reglerna kan därmed sägas bidra till att konkurrensvillkoren är lika mellan företagen i näringslivet vid försäljning till en offentlig enhet. Till skillnad mot konkurrensreglerna som syftar till att skapa konkurrens syftar upphandlingsreglerna till att utnyttja den konkurrens som finns.

---

<sup>101</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, sid. 6

<sup>102</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, sid. 10

Upphandlingsreglerna inriktar sig på det offentliga som köpare och inte som säljare/producent. Därför tar reglerna ”inte sikte på att reglera eventuella konkurrenssnedvridningar som kan råda på den marknad där anbudsgivare är verksamma”<sup>103</sup>. Bestämmelserna tar alltså inte sikte på att reglera konkurrenssnedvridningar på leverantörernas marknad. Exempelvis finns det inget i de nuvarande upphandlingsreglerna (exklusive de konsoliderade direktiven, 2004/17/EG och 2004/18/EG) som säger att ”upphandlaren skall korrigera för den situation att en offentlig aktör, som deltar i anbudsgivningen på ett eller annat sätt har fått arbeta på villkor som är gynnsammare än övriga anbudsgivares”<sup>104</sup>. Upphandlingsreglerna avser alltså inte att reglera konkurrensen på marknaden varifrån en upphandlande enhet anskaffar varor utan avser endast att reglera den upphandlande enhetens beteende i sin roll som beställare. Notera här att dessa citat avser LOU, men eftersom LOU: s regler för upphandlingar över tröskelvärdena i stort sett bygger på EG-direktiv jämställer jag LOU, förutom 6 kapitlet, med EG: s upphandlingsregler.

### **6.3 TILLSYN AV KONKURRENSREGLERNA RESPEKTIVE REGLERNA OM OFFENTLIG UPPHANDLING**

För tillsyn av de svenska upphandlingsreglerna LOU svarar Nämnden för offentlig upphandling (NOU). NOU yttrar sig över klagomål eller ärenden som är av allmänt eller principiellt intresse och följer och analyserar rättsutvecklingen på upphandlingsområdet. NOU skall verka för en effektiv offentlig upphandling<sup>105</sup>. NOU har inte rätt att själv tillämpa lagen mot en upphandlande enhet utan överprövning och skadeståndstalan<sup>106</sup> förs av anbudssökande eller anbudsgivare. För tillsynen och tillämpningen, i Sverige, av konkurrensrättsreglerna i KL och artikel 81 och 82 EGF svarar Konkurrensverket (även tillsyn av artikel 81 och 82 EGF genom nya lagändringar i KL 2004, SFS 2004:409). Konkurrensverkets övergripande uppgift är att arbeta för en effektiv konkurrens i både privat som offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna<sup>107</sup>. Konkurrensverkets uppgifter vid tillämpningen av konkurrensrättsreglerna framgår vidare av KL. Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av KL kan Marknadsdomstolen göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelserna<sup>108</sup>.

### **6.4 SLUTSATS OCH SAMMANFATTNING AV KAPITEL 6**

Konkurrensbegränsningsreglerna (81 och 82 EGF och motsvarande förbud i KL) syftar till att motverka att företag hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på marknaden. Konkurrensreglerna är tillämpliga på ”offentliga företag” i dess producent eller säljarroll. Reglerna är också tillämpliga när det ”offentliga företaget”, i sin beställarroll, upphandlar varor/tjänster såtillvida att upphandlingsföremålet kan kopplas till dess verksamhet som producent/säljare. Upphandlingsföremålet måste alltså vara avsett att användas i den upphandlande enhetens verksamhet som producent/säljare. Konkurrensreglerna är dock inte tillämpliga på upphandlande enheter som bedriver myndighetsutövning.

---

<sup>103</sup> SOU 2000: 117, sid. 43f.

<sup>104</sup> SOU 2000: 117, sid. 44

<sup>105</sup> SOU 1999:139, sid. 96

<sup>106</sup> Se kap. 7 LOU

<sup>107</sup> SOU 1999:139, sid. 99

<sup>108</sup> KL 23 §

Upphandlingsreglerarna (LOU och direktiven) å sin sida reglerar endast den upphandlande enheten i sin beställarroll. Upphandlingsreglerna reglerar alla upphandlande enheters handlande vid upphandling d.v.s. även när de upphandlande enheterna bedriver myndighetsutövning och när de upphandlar varor/tjänster och upphandlingsföremålet kan kopplas till dess verksamhet som producent/säljare, förutsatt att verksamhetens behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär, se 3.2. Således skall en offentlig aktör som är en *upphandlande enhet*, vid upphandling, av varor eller tjänster som kan kopplas till dess verksamhet som Producent/säljare omfattas av både KL, alternativt konkurrensreglerna i EG-fördraget, och upphandlingsreglerna.

Upphandlingsreglerna ser till att den upphandlande enheten utnyttjar den konkurrens som finns på marknaden och att den upphandlande enheten behandlar anbudsgivarna lika. En anbudsgivare får inte bli förfördelad. Det skall råda konkurrensneutralitet mellan anbudsgivarna. Viktigt är dock att notera att reglerna inte syftar till att reglera konkurrenssnedvridningar på leverantörernas/anbudsgivarnas marknad. Detta är konkurrensreglernas uppgift att reglera, även om det är ett ”offentligt företag” som är anbudsgivare.

Man skulle kanske kunna säga att reglerna (Konkurrensreglerna och upphandlingsreglerna), vid upphandling, upprätthåller konkurrensprincipen ifrån två olika håll (båda regelsystemen har till syfte att öka konkurrensen på den inre marknaden, se ovan kap. 3 och 5) Konkurrensreglerna reglerar leverantörerna/anbudsgivarnas (inklusive offentliga ”företag”) agerande och upphandlingsreglerna reglerar den upphandlande enhetens beteende i sin beställarroll. Dock med undantag av att konkurrensreglerna även reglerar när det ”offentliga företaget”, i sin beställarroll, upphandlar varor/tjänster om upphandlingsföremålet kan kopplas till dess verksamhet som producent/säljare. Konkurrensreglerna kan sägas upprätthålla konkurrensen genom att förbjuda företag att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen i förhållande till andra företag på marknaden. Upphandlingsreglerna å sin tur upprätthåller konkurrensen mellan leverantörerna genom att tvinga de upphandlande enheterna att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden genom krav på annonsering och likabehandling. Genom att förbjuda t.ex. anbudskarteller, underprissättning och trohetsrabatter kan man säga att konkurrensreglerna stödjer effektiviteten i upphandlingsrätten, eftersom detta leder till bättre konkurrens på den marknad de upphandlande enheterna upphandlar från. Konkurrensreglerna är därmed nödvändiga för en effektiv offentlig upphandling.

## 7 KAN ”SKRIVNINGEN” TILLÄMPAS ANALOGT MED BESTÄMMELSERNA I ARTIKEL 81 OCH 82 EGF?

I detta kapitel skall jag utreda om ”skrivningen” skall tillämpas analogt med konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF. Till en början skall jag dock redogöra för vad de olika skrivningarna reglerar. Vilken omfattning har ”konkurrens-snedvridningsförbudet”?

### 7.1 VAD REGLERAR ”SKRIVNINGARNA”?

I detta avsnitt kommer jag att undersöka ”skrivningarna” var för sig för att se vad de kan anses omfatta att reglera. Skrivningen i ramavtal stadgar att *”en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids”*. Vad menas med ”användandet av ramavtal”? När en upphandlande enhet skall sluta ramavtal med en eller flera leverantörer ska de följa andra bestämmelser i direktivet<sup>109</sup> än de som specifikt avser ramavtal<sup>110</sup>. Således skall andra förfarandebestämmelser användas när den upphandlande enheten bestämmer vilka parter som skall ingå i ramavtalet. Andra förfarandebestämmelser som kan vara tillämpliga är t.ex. reglerna om öppet eller selektivt förfarande och reglerna om förfrågningsunderlag<sup>111</sup>. Omfattar skrivningen också användandet av dessa andra förfarandebestämmelser som används för att fastställa vilka parter som skall ingå i ramavtalet? En rent lingvistisk tolkning av skrivningen tyder på att ”användandet av ramavtal” syftar på användandet av ramavtalet efter det är slutet och inte hur den upphandlande enheten sluter avtalet. Dessutom finns skrivningen endast intagen i bestämmelsen om ramavtal vilken reglerar hur ett ramavtal får användas. Skrivningen finns inte i de andra förfarandebestämmelserna om öppet förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande som kan användas vid ingåendet av avtalet. Dessa förfaranden kan, naturligtvis, också användas på ett annat sätt än att vara ett ”verktyg” för att ingå ramavtal och omfattas då inte av en liknande skrivning, vilket talar för att skrivningen endast avser användandet av ramavtalet efter att det är slutet. På grund av ovanstående argumentation tar skrivningen, enligt min mening, sikte på att reglera hur den upphandlande enheten går tillväga vid användandet av ramavtalet, efter det är slutet, och inte på hur ramavtalet sluts.

Nästa fråga att ställa är om ”användandet av ramavtal” innebär att skrivningen även tar sikte på att reglera *när* en upphandlande enhet får använda sig av ramavtalsförfarandet, d.v.s. skrivningen innebär att en upphandlande enhet överhuvudtaget inte får använda sig av ramavtalsförfarandet när det, pga någon omständighet vid upphandlingen, kan leda till att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids. Vid en rent lingvistisk tolkning tycks skrivningen *”får inte använda ramavtal på ett sådant sätt”* indikera att skrivningen endast tar sikte på *hur* den upphandlande enheten använder ramavtal, och inte *när* den får använda ramavtalsförfarandet. Detta eftersom ordet ”sätt” är synonymt med tillvägagångssätt och förfaringsätt. Jag vill dock inte helt utesluta att EG-domstolen vid eventuell tolkning av skrivningen skulle kunna göra den bedömningen att skrivningen även avser reglera när ramavtalsförfarandet får användas.

---

<sup>109</sup> artikel 32.2

<sup>110</sup> artikel 32

<sup>111</sup> artikel 28 och 23-27



EG- domstolen tar visserligen utgångspunkt i en rent språklig tolkning av den text som ska tolkas men rent språkliga analyser försvåras oftast av att direktiven är upprättade på flera språk<sup>112</sup>. Av rättsfallet *Humblet*<sup>113</sup> och *Bouchereau*<sup>114</sup> framgår att EG- domstolen inte anser att det är tillräckligt med enbart en rent språklig tolkning. EG- domstolen använder sig i huvudsak av en funktionell tolkningsmetod med det övergripande syftet att främja den ekonomiska integrationen mellan medlemsstaterna. EG-domstolens funktionella metod innebär att särskild vikt skall läggas på de inledande målsättningsartiklarna i EG- fördraget och deras funktion. De materiella normerna tolkas därefter utifrån målsättningen eller funktionen med EG<sup>115</sup>. Normerna skall sättas in i det system som EG håller på att bygga upp. En norm måste få den nödvändiga effekt som följer av det system som normen existerar i.<sup>116</sup> Att offentlig upphandling öppnas för konkurrens är, som nämnts, väsentligt för att upprätthålla konkurrensen på den inre marknaden och därmed uppfylla EG: s målsättning.<sup>117</sup> Av detta följer att EG-domstolen mycket väl skulle kunna göra en vidare tolkning av skrivningen om en upphandlande enhet använt sig av ramavtalsförfarandet trots att det inte är lämpligt, eftersom det hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.

Vad som nu sagts beträffande skrivningen i bestämmelsen om ramavtal gäller också den skrivning som finns intagen i artikel 54 om elektroniska auktioner och artikel 33 om dynamiskt inköpssamarbete.

Bestämmelsen, i konkurrenspräglad dialog, vari skrivningen ingår (se 4.3) syftar till att reglera att en anmodan, till en anbudsgivare som har det bästa anbudet att klargöra vissa aspekter i anbudet eller bekräfta åtaganden som anges i anbudet, inte leder till att väsentliga delar av anbudet ändras, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering. Skrivningen tar här endast sikte på att anmodan att klargöra eller bekräfta ett anbud inte får leda till snedvridning av konkurrensen. Skrivningen tar således endast sikte på den bestämmelse i artikel 29 i vilken skrivningen ingår<sup>118</sup>.

## 7.2 ANALOGT MED ARTIKEL 81 EGF

Artikel 81 förbjuder samarbete<sup>119</sup> mellan företag som märkbart skadar konkurrensen. Det krävs alltså ett samarbete mellan företag och detta samarbete måste ha till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen. Vid eventuell analog tillämpning skulle detta innebära att två eller flera upphandlande enheter samarbetade vid upphandlingen och att detta samarbete antingen syftade till, eller resulterade (hade effekten), att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen, se mer om artikel 81 EGF under 5.1.2. Samarbetet skulle ta sig formen av ett inköpssamarbete, eftersom upphandlingsreglerna endast reglerar de upphandlande enheternas handlande i sin beställarroll. I artikel 81.1 görs en uppräknning av särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar som exempelvis att inköps eller försäljningspriser fastställs, eller att marknader eller inköpskällor delas upp mellan företagen<sup>120</sup>. Är det rimligt och/eller tänkbart att ”skrivningarna” i de aktuella förfaranden kan innebära att

<sup>112</sup> Wahl a. a. s. 25

<sup>113</sup> Fall 6/60 Humblet (1960) ECR 559

<sup>114</sup> Fall 30/77 Bouchereau (1977) ECR 1999, grund 13.

<sup>115</sup> Se t.ex. fall 6/72 Continental Can (1973) ECR 215, grund 22.

<sup>116</sup> Wahl, a. a. s. sid. 26

<sup>117</sup> Se artikel 2 EGF se också artikel 3.1 g) och 4.1.

<sup>118</sup> artikel 29.7 andra stycket

<sup>119</sup> Avtal mellan företag, samordnat förfarande eller beslut av företagssammanslutningar, se artikel 81

<sup>120</sup> Artikel 81.1 a) och c), se fler konkurrensbegränsningar i hela artikeln i bilaga 1

upphandlande enheter inte får hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på samma sätt som är förbjudet i enlighet med artikel 81 EGF?

Reglerna i artikel 81 EGF om konkurrensbegränsande avtal avser att i första hand förbjuda ett samarbete som påverkar konkurrensen mellan de inblandade företagen, t.ex. karteller. Det är här viktigt att tänka på den upphandlande enhetens speciella roll som beställare. Det finns inget incitament för två eller flera upphandlande enheter att komma överens om att dela upp inköpskällor eller fastställa inköpspris för att på så vis minska konkurrensen mellan varandra. De upphandlande enheterna konkurrerar likväl inte med varandra. De upphandlande enheterna är inte en del av marknaden såsom andra företag är utan deltar endast som uppköpare. Det nu sagda gäller upphandlande enheter som inte anskaffar varor till sin verksamhet som producent/säljare. Sådana upphandlande enheter omfattas, som nämnts, redan av artikel 81 EGF.

Ett stort intresse för upphandlande enheter, vid anskaffning av en produkt eller tjänst, är att få ett förmånligt pris. Genom att två eller flera upphandlande enheter kommer överens om att samarbeta vid inköp kan de göra förmånliga inköp till fördel för det allmänna. Ett inköpssamarbete mellan två eller flera upphandlande enheter kan dock under vissa förutsättningar hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på ett sätt som är förbjudet i enlighet med artikel 81 EGF, konkurrensbegränsande avtal. För att samarbetet skall anses vara konkurrensbegränsande i artikelns mening krävs dock att samarbetet begränsar de enskilda upphandlande enheternas frihet att agera självständigt vid inköp av det aktuella upphandlingsföremålet. Det har blivit allt vanligare att upphandlande enheter samarbetar vid inköp med stöd av *ramavtal*<sup>121</sup>. Ett ramavtal kan ingås gemensamt av flera upphandlande enheter som kommer överens om vad som skall upphandlas och vilka krav som skall ställas på upphandlingsföremålet. Användandet av ett ramavtal kan därmed ses som ett inköpssamarbete som under vissa förutsättningar kan hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på ett sätt som är förbjudet enligt artikel 81 EGF. Kan skrivningen ”*en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrیدas*” innebära att upphandlande enheter inte får hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på samma sätt som är förbjudet enligt artikel 81 EGF?

Det är vad två eller flera parter kommer överens om som kan utgöra en konkurrensbegränsning i enlighet med artikel 81 EGF. Det är alltså överenskommelsen om att samarbeta samt villkoren för samarbetet mellan de upphandlande enheterna som inte får vara konkurrensbegränsande, d.v.s. ett konkurrensbegränsande avtal. Ett ramavtal är ett avtal som sluts mellan det eller de upphandlande enheterna och leverantören/leverantörerna. Ramavtalet reglerar alltså endast avtalsförhållandet mellan det eller de upphandlande enheterna och leverantören/leverantörerna och inte det avtal (eller motsvarande överenskommelse<sup>122</sup>) som slutits mellan de upphandlande enheterna om samarbete. Skrivningen i artikel 32.2 femte stycket; att konkurrensen inte får hindras, begränsas eller snedvrیدas, syftar endast på *när* (se diskussion 7.1) och *hur* ramavtalsförfarandet får användas. Således kan skrivningen i bestämmelsen om ramavtal inte innebära ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal mellan de upphandlande enheterna.

---

<sup>121</sup> Konkurrens och upphandling, Anförande av Generaldirektör Claes Norgren vid Svenskt Upphandlarforums/NUDU:s konferens om offentlig upphandling den 18 september 2003 i Eskilstuna

<sup>122</sup> samordnat förfarande eller beslut av företagssammanslutningar

Vidare kan sägas att bestämmelsen i artikel 32 inte reglerar hur villkoren/kraven som ligger till grund för ramavtalet får se ut. Valet av leverantörer/leverantör som skall ingå i ramavtalet sker genom andra förfarandebestämmelser i direktivet<sup>123</sup>. Villkoren/kraven i ramavtalet fastställs också dessa genom andra bestämmelser i direktivet<sup>124</sup>, varför skrivningen inte heller kan innebära ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal mellan den upphandlande enheten och leverantörerna i enlighet med artikel 81 EGF. Av detta framgår att det inte är troligt att skrivningen, ”den upphandlande myndigheten får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen”, ska kunna tillämpas analogt med artikel 81 EGF om konkurrensbegränsande avtal.

På liknande grunder torde skrivningarna i *dynamiska inköpssystem* och *elektroniska auktioner* inte tillämpas analogt med artikel 81 EGF. Bestämmelserna i artikel 33 (dynamiska inköpssystem) respektive artikel 54 (elektroniska auktioner), se mer ovan 4.4 och 4.2, reglerar endast *hur* och *när* (se diskussion 7.1) en upphandlande enhet får använda dessa förfaranden. Skrivningen tar således inte sikte på eventuellt konkurrensbegränsande samarbete mellan två eller flera upphandlande enheter som tillsammans tillämpar ett dynamiskt inköpssystem eller elektronisk auktion, utan endast hur respektive förfarande används.

Även vid tillämpningen av konkurrenspräglad dialog är det svårt att se hur skrivningen ”snedvridning av konkurrensen” ska kunna tillämpas analogt med artikel 81 EGF. Bestämmelsen vari skrivningen ingår syftar till att reglera att en anmodan, till en anbudsgivare som har det bästa anbudet att klargöra vissa aspekter i anbudet eller bekräfta åtaganden som anges i anbudet, inte leder till att väsentliga delar av anbudet ändras, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering. Skrivningen tar här sikte på att klargörandet eller bekräftandet av ett anbud inte får leda till snedvridning av konkurrensen. Att skrivningen, i detta fall, ”snedvridning av konkurrensen” inte tar sikte på ett handlande som anses snedvrída konkurrensen enligt artikel 81 EGF, d.v.s. konkurrensbegränsande avtal är självklart.

### **7.3 ANALOGT MED ARTIKEL 82 EGF**

Artikel 82 EGF förbjuder ett företags missbruk av dominerande ställning. Är detta konkurrensbegränsningsförbud analogt tillämpbart på en upphandlande enhet i sin beställarroll, d.v.s. kan ”skrivningen” innebära att den upphandlande enheten inte får begränsa konkurrensen på ett sätt som är oförenligt med artikel 82 EGF?

För att denna artikel skall kunna tillämpas analogt krävs det att den upphandlande enheten missbrukar en dominerande ställning. En dylik analog tillämpning skulle få relativt begränsad tillämpning inom upphandlingsrätten, eftersom det inte torde finnas så många upphandlande myndigheter som har en dominerande andel av en viss produkts eller tjänsts totalförsäljning. Vidare kan sägas att artikel 82 om missbruk av dominerande ställning avser att förbjuda ett företag att, genom sin starka ställning på marknaden, agera på ett sätt som antingen syftar till eller resulterar i att en konkurrent drivs ut ur marknaden, eller på annat sätt hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på ett sätt som är fördelaktigt för det missbrukande företaget. Det är här viktigt att beakta en upphandlande enhets speciella roll som beställare. För en upphandlande enhet är det inte intressant att hindra eller begränsa konkurrensen på

---

<sup>123</sup> artikel 32.2 första stycket

<sup>124</sup> artikel 23-27

marknaden, eftersom deras största intresse i allmänhet är att få så bra pris som möjligt på upphandlingsföremålet. Det är således inte fördelaktigt för en upphandlande myndighet att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden eftersom mindre konkurrens leder till högre priser. Dessutom konkurrerar en upphandlande enhet inte med någon. En upphandlande myndighet är inte en del av marknaden på samma sätt som privata företag utan kan i det närmaste jämföras med en konsument som utnyttjar marknaden. Viktigt är, att det nu sagda inte gäller upphandlande enheter som anskaffar varor till sin verksamhet som producent/säljare. Sådana upphandlande enheter omfattas, som nämnts, redan av artikel 82 EGF.

Att få förmånliga avtalsvillkor (pris etc.) är, som nämnts, en upphandlande enhets största intresse vid anskaffning av varor. Även om det på lång sikt inte är fördelaktigt för de upphandlande enheterna att begränsa konkurrensen på marknaden finns ändå risken att upphandlande enheter, vid "jakten" på förmånliga villkor, begränsar konkurrensen på marknaden. En upphandlande enhet som svarar för en dominerande andel av den aktuella produktens totalförsäljning kan påverka konkurrensen negativt genom att "tvinga" leverantörerna att anta oskäligen avtalsvillkor. Det behöver inte finnas något syfte från de upphandlande enheternas sida att villkoren ska bli oskäligen, men pga den upphandlande enhetens dominerande andel "tvingas" leverantörerna att anta oskäligen avtalsvillkor. Oskäligen avtalsvillkor kan t.ex. vara priser som långsiktigt understiger priset vid en väl fungerande konkurrens<sup>125</sup>. Effekten av oskäligen avtalsvillkor kan bli att nyetableringar motverkas. En upphandlande enhet skulle på detta vis kunna hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på samma sätt som är förbjudet enligt artikel 82 EGF. Kan "skrivningen" innebära att upphandlande enheter inte får använda förfarande på ett sätt som ovan?

Under rubrikerna 7.1 och 7.2 ovan har jag klargjort att artikel 32 om ramavtal, artikel 33 om dynamiska inköpssystem och artikel 54 om elektroniska auktioner inte reglerar vilka avtalsförhållanden/villkor som ligger till grund för upphandling genom något av dessa förfaranden. Villkoren/kraven fastställs i förfrågningsunderlaget. Vilka krav som får fastställas i förfrågningsunderlaget framgår av artiklarna 23-27 i det klassiska direktivet. Eftersom villkoren som skall gälla vid upphandlingen fastställs i andra bestämmelser i direktivet är det inte troligt att skrivningen innebär att en upphandlande myndighet inte får begränsa konkurrensen på ett som är beskrivet i stycket ovan. "Skrivningarna" i dessa förfaranden torde därmed inte tillämpas analogt med artikel 82 EGF.

Även vid tolkningen av skrivningen "snedvridning av konkurrensen" i konkurrenspräglad dialog är det föga troligt att en analog tillämpning av artikel 82 skall göras. Som nämnts ovan tar denna skrivning endast sikte på reglera att en anmodan, till en anbudsgivare som har det bästa anbudet att klargöra vissa aspekter i anbudet eller bekräfta åtaganden som anges i anbudet, inte leder till snedvridning av konkurrensen. Det säger sig nästan självt att skrivningen inte avser en sådan konkurrenssnedvridning som avses i artikel 82 EGF. Skulle den upphandlande enheten på något sätt, i samband med anmodan till anbudsgivaren att klargöra eller bekräfta något i anbudet, påtvinga anbudsgivaren att anta ett oskäligt villkor skulle detta vara en väsentlig ändring av anbudet eller diskriminering och därmed förbjudet på någon av dessa grunder i enlighet med artikel 29.7 stycke 2.

---

<sup>125</sup> Offentlig upphandling och konkurrens, sid. 10

## 7.4 SAMMANFATTNING

Sammanfattningsvis kan sägas att ”skrivningen” inte tycks innebära att konkurrensen inte får hindras, begränsas eller snedvridas på ett sätt som avses i artiklarna 81 och 82 EGF. Således skall en analog tillämpning av dessa artiklar inte göras vid tolkningen av ”skrivningen”. Vidare kan sägas att det är föga tänkbart att kommissionen tar in en skrivning i direktivet som endast har betydelse för upphandlande myndigheter som bedriver myndighetsutövning. Upphandlande enheter som anskaffar varor som kan kopplas till dess verksamhet som producent/säljare, omfattas som bekant redan av artikel 81 och 82 EGF. Det vore också underligt om kommissionen skulle ta in en skrivning som, genom analog tillämpning, innebär att upphandlande myndigheter som bedriver myndighetsutövning inte får hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på ett sätt som är förbjudet enligt artikel 81 och 82 när EG-domstolen slagit fast att dylika myndigheter inte skall omfattas av dessa regler<sup>126</sup>.

Den stora skillnaden i hur konkurrensen tycks upprätthållas med upphandlingsreglerna (se 3.3) i jämförelse med hur konkurrensen upprätthålls med konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF är att de senare avser att förbjuda att företag hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på ett sätt som gynnar deras egen position på den inre marknaden och leder till att de kan göra större vinster. Upphandlingsrätten såsom den är utformad med syftet att konkurrensen på den befintliga marknaden skall utnyttjas avser att reglera att upphandlande enheter inte snedvrider konkurrensen mellan leverantörerna på marknaden. En upphandlande enhet i sin beställarroll är inte en del av marknaden på samma sätt som andra företag, eftersom de enbart utnyttjar marknaden vid upphandling. Upphandlande enheter konkurrerar således inte på någon marknad utan dess huvudsakliga intresse torde vara att få ett så förmånligt pris som möjligt. En upphandlande enhet torde på så vis i det närmaste jämföras med en konsument. Upphandlande enheter kan således hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen mellan leverantörerna på den befintliga marknaden men inte i förhållande till sig själv, eftersom de inte konkurrerar på denna marknad på samma sätt som andra företag gör. Det nu sagda gäller upphandlande enheter som inte anskaffar varor till sin verksamhet som producent/säljare. Upphandlande enheter som anskaffar varor till sin verksamhet som producent/säljare omfattas, som nämnts, redan av artikel 81 och 82 EGF.

Konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF reglerar således hur företagen på den inre marknaden agerar så att dessa inte hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Upphandlingsreglerna reglerar i sin tur att upphandlande enheter, vid anskaffning av varor eller tjänster, inte snedvrider konkurrensförhållandet mellan företagen på den marknad där artikel 81 och 82 upprätthåller konkurrensen, genom att inte tilldela kontraktet till den anbudsgivare som kan ge det förmånligaste anbudet.

---

<sup>126</sup> Se Mål 29/76 Eurocontrol (1976) ECR 1541: 398

## 8 VAD FÅR SKRIVNINGARNA FÖR INNEBÖRD?

Av avsnitt 3.3 framgår att syftet med upphandlingsreglerna är att öppna offentlig upphandling för konkurrens. Detta sker genom att ”tvinga” de upphandlande enheterna att utnyttja den befintliga konkurrensen på marknaden. Utnyttjar den upphandlande enheten inte konkurrensen på marknaden hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen mellan leverantörerna på marknaden. Upphandlingsreglerna är konstruerade med de EG-rättsliga principerna som grund för att konkurrensen skall utnyttjas. Dessutom stadgas i artikel 2 i direktivet att upphandlande myndigheter vid tilldelning av kontrakt skall behandla alla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. De EG-rättsliga principerna är nödvändiga för att det vid upphandlingen skall råda konkurrensneutralitet mellan leverantörerna. Hur kan en upphandlande enhet hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen, vid användandet av ramavtal, dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och konkurrenspräglad dialog, på ett annat sätt än att handla i strid med de EG-rättsliga principerna?

Av föregående kapitel framgår att skrivningen ”en upphandlande myndighet får inte använda förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen” inte kan tolkas analogt med konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF. Således har ”skrivningarna” en egen innebörd som i det närmaste torde kunna härledas till artikel 3.1 g) i EG-fördraget som stadgar att det inom gemenskapen skall finnas en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. Vad innebär då denna egna ”modell” inom upphandlingsrätten av vad som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Hur kan en upphandlande enhet, vid användandet av de olika förfarandena, hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på den inre marknaden på annat sätt än att handla i strid med de EG-rättsliga principerna, d.v.s. vad får skrivningarna för innebörd i förhållande till de EG-rättsliga principerna som kommer till uttryck i artikel 2?

### 8.1 VILKET HANDLANDE KAN HINDRA, BEGRÄNSA ELLER SNEDVRIDA KONKURRENSEN VID ANVÄNDANDET AV DE OLIKA FÖRFARANDENA?

”Skrivningen” att konkurrensen inte får hindras, begränsas eller snedvridas, i förfarandena ramavtal, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner, syftar, enligt min mening, endast på *när* och *hur* det aktuella förfarandet får användas, se mer 7.1. I detta avsnitt kommer jag således endast att utreda *hur* en upphandlande enhet genom att använda förfarandet kan hindra begränsa eller snedvrider konkurrensen och om, och i så fall *när*, en upphandlande enhet genom att enbart välja att använda sig av förfarandet kan hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen. ”Skrivningen” att en upphandlande myndighet inte får använda förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen finns inte intagen i några andra förfarandebestämmelser i direktivet. Vad är det som är så speciellt med dessa förfaranden som kan leda till att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids?

#### 8.1.1 Ramavtal

Reglerna om ramavtal finns i artikel 32, se mer 4.1. Ett ramavtal kan ingås mellan flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer. Användandet kan därmed också ses som ett inköpssamarbete d.v.s. ett inköpssamarbete med stöd av ramavtal. Inom den

svenska staten finns det ett visst antal ramavtalsansvariga myndigheter som ingår ramavtal för andra myndigheters räkning. Vissa av dessa ramavtal som sluts av statliga myndigheter, t.ex. på data- och IT-området, används också av kommuner.<sup>127</sup>

Motiven för inköpssamarbete är att minska kostnaden för själva utförandet av upphandlingen samt att det kan medföra att leverantören kan erbjuda lägre priser p.g.a. större inköpsvolym, se mer 6.1.1. Små- och medelstora företag har ibland inte möjlighet att delta i upphandlingar som bygger på ett ramavtal med flera upphandlande myndigheter, eftersom de inte har kapacitet att klara leveranskraven p.g.a. att de är för omfattande (stora inköpsvolym). Effekten blir att endast de stora företagen klarar kraven. Motivet att de upphandlande enheterna kan åtnjuta bättre priser p.g.a. att de kan upphandla större inköpsvolym när de samarbetar, är endast tillämpligt när man upphandlar från produktområden med stordriftsfördelar samt att det råder en väl fungerande konkurrens på detta område.<sup>128</sup> Råder det inte en väl fungerande konkurrens på detta produktområde finns heller inget incitament för företagen att sänka priset p.g.a. stora inköpsvolym. Används ändå ramavtalsförfarandet, fördelas stora företag i förhållande till små företag trots att detta troligen inte leder till att den eller de upphandlande enheterna får ”mer för pengarna”. Konkurrenten utnyttjas inte till fullo och effekten blir att konkurrenten minskar. Detta strider mot syftet med upphandlingsreglerna d.v.s. att utnyttja konkurrenten på marknaden. Ett dylikt handlande strider också mot proportionalitetsprincipen som förutsätter att den upphandlande enheten inte ställer högre krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Är inte kraven på leverantören proportionerliga i förhållande till den aktuella upphandlingen torde användandet av ramavtal, i ovan nämnda situationer, leda till att små- och medelstora företag indirekt diskrimineras, eftersom *effekten* blir att dessa får en konkurrensnackdel och missgynnas gentemot stora företag. På detta vis snedvrids konkurrenten eftersom små- och medelstora företag, p.g.a. för höga krav, inte kan delta i upphandlingen trots att de vid proportionerliga krav skulle kunna konkurrera med de stora företagen. Det är därför viktigt att man använder ramavtal när det är lämpligt och ändamålsenligt. Om det i en viss situation inte lämpar sig att använda ramavtal kan det vara lämpligt att använda en annan avtalstyp<sup>129</sup>, annars kan konkurrenten hindras, begränsas eller snedvridas. De ovanstående problemen gäller främst när villkoren för tilldelning av kontrakt redan är fastställda men gäller även när de fastställs i en förnyad inbjudan. Det är ofta svårt för små företag att hantera situationer när villkoren inte är fastställda på förhand, t.ex. att inköpsvolymen inte är preciserad, eftersom det innebär stora ekonomiska risker som små företag kanske inte har råd att ta<sup>130</sup>.

När ramavtal slutits med flera leverantörer och tilldelning av kontrakt skall ske utan förnyad inbjudan finns det inget i artikel 32 som stadgar hur den upphandlande enheten skall gå tillväga vid valet av anbudsgivare. Konkurrenten kan hindras, begränsas eller snedvridas om de upphandlande enheterna vid tilldelning av kontrakt utan förnyad

---

<sup>127</sup> Konkurrentsverkets rapportserie 2002:2 ”Vårda och skapa konkurrent Vad krävs för ökad konsumentnytta?” sid. 233

<sup>128</sup> Konkurrentsverkets rapportserie 2002:2 ”Vårda och skapa konkurrent Vad krävs för ökad konsumentnytta?” sid.225f. Se också SOU 2005:22, sid. 272

<sup>129</sup> SOU 2005:22, sid. 272

<sup>130</sup> Konkurrentsverkets rapportserie 2002:2 ”Vårda och skapa konkurrent Vad krävs för ökad konsumentnytta?” sid.234

inbjudan inte utnyttjar konkurrensen och väljer anbudsgivare på objektiva kriterier i enlighet med de EG-rättsliga principerna.

Av det ovan sagda kan utläsas att även om reglerna i artikel 32 om ramavtal följs så kan en upphandlande enhet använda förfarandet på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Jag har dock svårt att se hur en upphandlande enhet, genom att använda ramavtal, kan hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på ett annat sätt än att handla i strid med de EG-rättsliga principerna. De EG-rättsliga principerna tycks skydda för de flesta situationer när en upphandlande enhet kan tänkas hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen mellan leverantörerna på marknaden. Jag kan dock föreställa mig ett exempel när de EG-rättsliga principerna inte riktigt räcker till. Artikel 32.2 fjärde stycket stadgar att ett ramavtal inte får löpa längre än fyra år. Det torde dock kunna uppkomma situationer när den upphandlande enheten kan hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen genom att sluta ett ramavtal på fyra år. Exempelvis torde så kunna vara fallet om en upphandlande enhet, som är en av ett fåtal köpare, sluter ramavtal med endast en leverantör under en fyra års period. De andra leverantörerna har då ingen eller få köpare under fyra år och riskerar att slås ut från marknaden. Att sluta ett dylikt avtal torde inte kunna angripas med de EG-rättsliga principerna.

### **8.1.2 Dynamiska inköpssystem**

Reglerna om dynamiska inköpssystem finns i artikel 33, se mer 4.4. Vid beaktande av bestämmelserna i artikel 33 har jag svårt för att se hur en upphandlande enhet, som i övrigt följer bestämmelserna i artikeln, kan använda ett dynamiskt inköpssystem så att det hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen. Exempelvis torde det vara positivt för små- och medelstora företag att den upphandlande enheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tas med i systemet att lämna anbud för varje enskilt kontrakt som skall tilldelas inom systemet. Inte heller torde det kunna snedvrider konkurrensen att ett dynamiskt inköpssystem får vara under fyra år. Den upphandlande enheten skall nämligen under hela den tid som systemet varar ge alla ekonomiska aktörer möjlighet att lämna preliminära anbud för att få delta i systemet, enligt artikel 33.4.

Inte heller kan jag se hur en upphandlande enhet enbart genom att välja att använda sig av ett dynamiskt inköpssystem kan hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen. Att notera är att det dynamiska inköpssystemet är speciellt avsett för att öka konkurrensen mellan anbudsgivarna. Att en upphandlande enhet använder ett dynamiskt inköpssystem torde inte kunna vara till nackdel för någon leverantör. Här kan sägas att de verktyg som används vid kommunikation med elektroniska medel ”skall vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och kompatibla med informations- och kommunikationsprodukter som i allmänhet används”<sup>131</sup>.

Av det ovan sagda kan utläsas att jag inte kan se hur en upphandlande enhet kan hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på annat sätt än att handla i strid med reglerna i artikel 33 om dynamiska inköpssystem.

### **8.1.3 Elektroniska auktioner**

Reglerna om elektroniska auktioner finns i artikel 54, se mer 4.2. Även när det gäller elektroniska auktioner har jag svårt för att se hur en upphandlande enhet kan snedvrider

---

<sup>131</sup> artikel 42.4, se artikel 33.2 med hänvisning till artikel 42.2-42.5



konkurrensen på annat sätt än att handla i strid med reglerna i artikel 54. Utvärderingen av anbud sker automatiskt, varför alla leverantörer som lämnat anbud behandlas lika vid utvärderingen. Vidare får en upphandlande enhet inte utnyttja elektroniska auktioner så att föremålet för kontraktet, så som det utlystes genom meddelandet om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras.<sup>132</sup> Således får de som lämnat anbud inte förfördelas gentemot andra leverantörer som p.g.a. upphandlingsföremålet eller något villkor i förfrågningsunderlaget valt att inte delta i upphandlingen. Av ingressen framgår också att bestämmelsen i artikel 54 om elektroniska auktioner är intagen i direktivet för att garantera att principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet iakttas fullt ut vid användandet av elektroniska auktioner<sup>133</sup>.

En elektronisk auktion sker naturligtvis med hjälp av elektronisk utrustning. Om en upphandlande enhet använder en alltför avancerad elektronisk utrustning finns risken att många leverantörer inte har tillgång till sådan utrustning och därmed inte kan delta i upphandlingen med begränsning av konkurrensen som följd. Här är det viktigt att den elektroniska utrustning som används inte är mer avancerad än vad som krävs i beaktande av vad det är som upphandlas. I artikel 54 finns inte någon hänvisning liknande den som finns i artikel 33.2, i bestämmelsen om dynamiska inköpssystem, gällande hur elektroniska medel skall användas. Reglerna i artikel 42.2-42.5 torde likväl vara tillämpliga oavsett om hänvisning finns eller inte. Den utrustning som används skall enligt dessa bestämmelser bl.a. vara ”icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och kompatibla med informations- och kommunikationsprodukter som i allmänhet används”<sup>134</sup>. Skulle inte reglerna i artikel 42.2-42.5 vara tillämpliga torde dock proportionalitetsprincipen reglera att den utrustning som används inte är alltför avancerad i förhållande till upphandlingen.

#### **8.1.4 Konkurrenspräglad dialog**

Reglerna om konkurrenspräglad dialog finns i artikel 29, se mer 4.3. Det speciella med skrivningen *snedvridning av konkurrensen* i artikel 29.7 andra stycket är att den endast syftar till att reglera hur den anbudsgivare som har det bästa anbudet klargör vissa aspekter i anbudet eller bekräftar åtaganden som anges i anbudet. Detta till skillnad mot de andra skrivningarna som syftar till hela förfarandet, se 7.1. Klargörandet eller bekräftandet får vidare inte ske på ett sätt som leder till att väsentliga delar av anbudet ändras, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering. I artikel 29.6 andra stycket stadgas uttryckligen att en ändring av grundläggande delar av anbudet eller att inbjudan att lämna anbud ändras riskerar att snedvrida konkurrensen. Det faktum att bestämmelsen redan klargör att anbudet inte får ändras eller att diskriminering inte får ske vid klargörandet och/eller bekräftandet av ett anbud innebär att icke-diskrimineringsprincipen och även till viss del likabehandlingsprincipen skall följas. Vad är det för handlande utöver att inte följa dessa principer som kan leda till att konkurrensen snedvrids? På denna fråga har jag inget svar utöver att öppenhetsprincipen inte beaktas. Öppenhetsprincipen är, som nämnts, nödvändig för kontroll och insyn i upphandlingsförfarandet.

---

<sup>132</sup> artikel 54.8

<sup>133</sup> beaktandesats 14

<sup>134</sup> artikel 42.4, se artikel 33.2 med hänvisning till artikel 42.2-42.5

## 8.2 SLUTSATS OCH SAMMANFATTNING

Skrivningarna att konkurrensen inte får hindras, begränsas eller snedvridas i bestämmelserna om ramavtal, dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och konkurrenspräglad dialog tycks vara avsedd att fungera som kompletterande skydd till bestämmelserna i respektive förfarande samt till de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke diskriminering och öppenhet. Skrivningarna tycks därför få innebörden av en slags ”säkerhets spärr” som skyddar mot ett konkurrensnedvridande beteende från den upphandlande enhetens sida som inte täcks av de EG-rättsliga principerna. För att en upphandlande enhet skall kunna snedvrیدا konkurrensen på ett annat sätt än att handla i strid med de EG-rättsliga principerna krävs det att konkurrensen snedvrids trots att alla leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande samt att förfarandet sker i beaktande av öppenhetsprincipen. Vid vilka situationer kan då ”skrivningen” användas?

Av den undersökning jag gjort i avsnitt 8.1 gällande frågan hur en upphandlande enhet, genom att tillämpa de olika förfarandena, kan snedvrیدا konkurrensen kan sägas att reglerna i respektive förfarande i sig utgör ett starkt skydd mot att en upphandlande enhet snedvrیدer konkurrensen på den inre marknaden. Dessutom gäller artikel 2 i direktivet som stadgar att de ekonomiska aktörerna skall behandlas likvärdigt och att öppenhetsprincipen skall iakttas. Denna regel ger ett ytterligare skydd för att en upphandlande enhet inte skall snedvrیدا konkurrensen, mellan leverantörerna på marknaden, vid användandet av respektive förfarande. Beträffande dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner har jag svårt att se vid vilka situationer ”skrivningarna” kommer att användas. Reglerna som är tillämpliga vid dessa förfarande tycks ge erforderligt skydd för att konkurrensen inte snedvrids vid användandet av dessa förfaranden, se 8.1.2 – 8.1.3. Dessutom gäller artikel 2 i direktivet.

Beträffande ”skrivningen” i ramavtal kan jag föreställa mig en situation där inte heller de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet som kommer till uttryck i artikel 2 kan skydda mot att en upphandlande enhet snedvrیدer konkurrensen.

### Exempel:

Om en upphandlande enhet, som är en av ett fåtal köpare, sluter ramavtal med endast en leverantör under en fyra års period torde konkurrensen kunna snedvridas. De andra leverantörerna har då ingen eller få köpare under fyra år och riskerar att slås ut från marknaden. I detta exempel kan konkurrensen på marknaden snedvridas trots att de EG-rättsliga principerna beaktats och den befintliga konkurrensen på marknaden utnyttjats till fullo. Även om den bästa anbudsgivaren fått kontraktet kan konkurrensen snedvridas eftersom de andra leverantörerna riskerar att slås ut från marknaden eftersom deras försäljningsmöjligheter minskar drastiskt eller helt under fyra år. Risker är då att när ramavtalet sedan slutligen löpt ut, är det företaget som fick kontraktet dominerande i förhållande till de andra som varit tvungna att skära ner eller lämna den aktuella produktmarknaden

I övrigt tycks de EG-rättsliga principerna täcka de situationer när reglerna gällande ramavtal inte är tillräckliga för att skydda mot att konkurrensen snedvrids.

I inledningen till detta avsnitt skriver jag att skrivningarna tycks få innebörden av en slags ”säkerhets spärr” som skyddar mot ett konkurrensnedvridande beteende från den upphandlande enhetens sida som inte täcks av de EG-rättsliga principerna. Av det nu sagda följer att ”skrivningarna” kommer att få ingen eller en mycket begränsad

användning. Detta eftersom de EG-rättsliga principerna med dess vida tolkning tycks (se ovan) skydda mot de flesta situationer när en upphandlande enhet, vid användandet av de olika förfaranden, kan snedvrider konkurrensen på marknaden. Att de EG-rättsliga principerna ger ett så gott som heltäckande skydd mot att en upphandlande enhet snedvrider konkurrensen förefaller också vara rimligt mot bakgrund av upphandlingsreglernas syfte att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Detta syfte uppnås genom att det sker en omfattande annonsering samt att leverantörerna behandlas likvärdigt så att konkurrensneutralitet råder dem emellan. Genom att beakta de EG-rättsliga principerna tycks detta nödvändiga krav på konkurrensneutralitet mellan leverantörerna uppfyllas. ”Skrivningarna” torde därmed få innebörden av ett skydd mot att en upphandlande enhet snedvrider konkurrensen trots att den befintliga konkurrensen på marknaden utnyttjats till fullo vid upphandlingen. En upphandlande myndighet måste således vid användandet av de olika förfarandena ramavtal, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner inte bara utnyttja den konkurrens som finns utan den måste även beakta att användandet inte i övrigt leder till att konkurrensen snedvrider, se exemplifierad situation angående ramavtal ovan.

Beträffande skrivningen ”snedvridning av konkurrensen” i förfarandet konkurrenspräglad dialog torde innebörden bli något annorlunda eftersom denna skrivning endast reglerar hur upphandlande enheter får begära klargörande eller bekräftelse av anbud<sup>135</sup>. Vid tillämpningen av denna bestämmelse torde konkurrensen redan utnyttjats. Den bästa anbudsgivaren kan dock anmodas att klargöra eller bekräfta anbudet och det är denna anmodan som inte får snedvridas. Skrivningen ”snedvridning av konkurrensen” tycks i beaktande av det nu sagda endast avse att upprätthålla konkurrensneutralitet mellan anbudsgivarna så att den anbudsgivare som identifierats som den ekonomiskt mest fördelaktiga inte förfördelas genom anmodan.

Inte heller beträffande denna skrivning i konkurrenspräglad dialog kan jag se vid vilken situation denna kommer att användas, varför denna kommer att få ingen eller i alla fall mycket begränsad användning, se 8.1.4 och ovanstående diskussion kring de EG-rättsliga principernas till synes heltäckande skydd för att konkurrensneutralitet skall råda mellan leverantörerna vid offentlig upphandling.

---

<sup>135</sup> artikel 29.7 andra stycket

## 9 NÅGOT OM KONKURRENSPRINCIPEN OCH LOU: S HUVUDREGEL

LOU: s huvudregel, 1 kap. 4 §, med begreppen ”affärsmässighet” och ”ovidkommande hänsyn” innebär att principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet skall genomsyra allt upphandlingsarbete<sup>136</sup>. Vid utredningen av hur det klassiska direktivet, och därmed av bestämmelserna i vilka ”skrivningarna” finns intagna, skall implementeras till svensk rätt har utredningen i SOU 2005:22 föreslagit att huvudregeln ändras till att i fortsättningen lyda enligt följande:

Tilldelning av offentliga kontrakt skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Genomförandet av upphandlingsförfarandet skall ske med iakttagande av öppenhet.<sup>137</sup>

Stadgandet står under rubriken ”principer för tilldelning av kontrakt” och finns intagen i vad som föreslås bli 1 kap. 5 § i lag om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster<sup>138</sup>. Andra delen av stadgandet är utformad i enlighet med stadgandet i artikel 2 i direktivet, jmf. med citat ovan. Affärsmässighetsbegreppet har därmed bytts ut mot en direkt hänvisning till de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Artikel 2 i direktivet, från vilken utredningen hämtat andra delen av stadgandet i 1 kap. 5 §, skall ses i förhållande till beaktandesats 2 i ingressen<sup>139</sup>. Enligt denna skall bestämmelserna i direktivet för tilldelning av kontrakt upprättas på grundval av de EG-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Att utformningen av regeln i 1 kap. 4 § (i förslaget 1 kap. 5 §) ändras skall dock inte innebära någon ändring i rättsläget när det gäller vad en upphandlande enhet skall iakttä vid en upphandling<sup>140</sup>. Således skall den föreslagna skrivningen i 5 § ge de upphandlande enheterna möjlighet att ta sociala hänsyn och miljöhänsyn i den omfattning som direktivet medger<sup>141</sup>.

Utredningen har valt att behålla skrivningen i första delen av stadgandet i 1 kap. 4 § att upphandlingen *skall göras med utnyttjande av den konkurrens som finns*, med den skillnaden att ”upphandlingen” byts ut mot ”tilldelning av kontrakt”. Detta till trots att en motsvarande skrivning inte finns intagen i direktivet. Utredningen skriver enligt följande; ”för att betona vad utredningen menar är den väsentliga innebörden av affärsmässighetsbegreppet bör bestämmelsen dock kompletteras med ett krav på att de konkurrensmöjligheter som finns skall utnyttjas”. Utredningen har i ett tidigare skede konstaterat att den väsentliga betydelsen av begreppet affärsmässighet ligger i att den kräver att ”möjligheterna att utnyttja konkurrensen skall tas till vara”<sup>142</sup>. Enligt beaktandesats 2 i ingressen till direktivet stadgas att de EG-rättsliga principerna om

---

<sup>136</sup> Bjurman, Pernilla, Beställarstöd – offentlig upphandling och avtal, sid. 16.

<sup>137</sup> SOU 2005:22, sid. 15

<sup>138</sup> Se fotnot 2

<sup>139</sup> SOU 2005:22, sid. 219

<sup>140</sup> SOU 2005:22, sid. 220

<sup>141</sup> ibid

<sup>142</sup> SOU 2005:22, sid. 19

likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet skall garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Att öppna offentlig upphandling för konkurrens torde vara detsamma som att en upphandlande enhet skall utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Det är således de ovan nämnda EG-rättsliga principerna som skall garantera att en upphandlande enhet utnyttjar konkurrensen på marknaden. Eftersom dessa redan finns intagna i andra delen av 1 kap. 5 § torde skrivningen att ”*tilldelning av kontrakt skall göras med utnyttjande av den konkurrens som finns*” endast få rollen som ett förtydligande av vad som uppnås genom att iaktta principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Skrivningen torde därmed vara verkningslös.

## 10 DISKUSSION

Av vad som framgår i kapitel 8 kan slutsatsen dras att ”skrivningarna” kommer att få ingen eller en mycket begränsad användning. Detta eftersom de EG-rättsliga principerna med dess vida tolkning tycks skydda mot de flesta situationer när en upphandlande enhet, vid användandet av de olika förfaranden, kan snedvrída konkurrensen på marknaden. Man kan dock sluta sig till att ”skrivningarna” tillsammans med de EG-rättsliga principerna ger ett heltäckande skydd, utöver det som upphandlingsreglerna i respektive förfarande ger, mot att en upphandlande enhet snedvrider konkurrensen på marknaden vid användandet av de olika förfarandena. Man kan likväl fråga sig, i motsats till det ovan sagda, om detta extra skydd som ”skrivningarna” tycks ge uttryck för, får någon praktisk effekt överhuvudtaget. Detta eftersom en upphandlande enhet som snedvrider konkurrensen, trots att den vid upphandlingen utnyttjat den befintliga konkurrensen på marknaden och behandlat alla ekonomiska aktörer likvärdigt mm. i enlighet med artikel 2, inte kan ådömas skadestånd enligt de skadeståndsregler som gäller inom upphandlingsrätten. Detta av den orsak att det enligt gällande skadeståndsregler i princip krävs att den leverantör som åsamkats skada skall kunna visa att den upphandlande enhetens handlande lett till att leverantören förlorat kontraktet<sup>143</sup>. Sker upphandlingen på rätt sätt och konkurrensen mellan leverantörerna utnyttjats till fullo har leverantören inte åsamkats skada genom att den upphandlande enheten felaktigt tilldelat en annan leverantör kontraktet, jmf med fiktivt exempel i 8.2. Kontraktet har i sådana fall tilldelats rätt leverantör men skadar på grund av andra omständigheter den eller de leverantörerna som inte fått kontraktet vilket kan leda till att konkurrensen kan snedvridas, se 8.2. Skrivningen tycks därmed vara uddlös och endast iklädas rollen som en allmän regel för hur upphandlande enheter skall agera vid användandet av de olika förfarandena.

Av kapitel 7 framgår att skrivningarna i de olika förfarandena ramavtal, dynamiska inköpssystem, elektroniska auktioner och konkurrenspräglad dialog inte kan tillämpas analogt med konkurrensbegränsningsreglerna i artikel 81 och 82 EGF. Detta följer bl a av att ”skrivningarna”, enligt min mening, inte omfattar att reglera eventuellt samarbete mellan de upphandlande enheterna och vilka villkor som en upphandlande enhet får tillämpa vid en upphandling, se mer 7.1. Vilka villkor som får ställas på leverantören och upphandlingsföremålet vid användandet av de olika förfarandena regleras av andra bestämmelser i direktivet<sup>144</sup>. Upphandlande enheter som anskaffar varor eller tjänster till sin verksamhet som producent/säljare omfattas redan av konkurrensbegränsningsreglerna varför de inte, vid upphandling, får hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett sätt som artikel 81 och 82 EGF förbjuder. Upphandlande myndigheter som bedriver myndighetsutövning omfattas dock inte av konkurrensreglerna. Det finns därmed inget hinder för dylika myndigheter att vid inköpssamarbete eller om de har stor köparmakt att tillämpa oskäligen avtalsvillkor som t.ex. priser som långsiktigt understiger priser vid en väl fungerande konkurrens. Det behöver inte finnas något syfte från de upphandlande enheternas sida att t.ex. priserna vid en upphandling ska bli onormalt låga, men på grund av inköpssamarbetet eller stor köparmakt ”tvingas” leverantörerna att sänka priserna till en nivå som understiger priset vid väl fungerande konkurrens. Enligt mitt tycke vore det på plats att införa en regel mot att upphandlande myndigheter som bedriver myndighetsutövning hindrar,

<sup>143</sup> SOU 1999:139 sid. 89. Bestämmelsen om skadestånd finns i 7 kap. 6 § LOU

<sup>144</sup> Se t. ex. artiklarna 23-27 och artikel 45-49 i det klassiska direktivet

begränsar eller snedvrider konkurrensen på ett sätt som ovan beskrivits. Oskäligen avtalsvillkor som t.ex. priser som långsiktigt understiger priser vid en väl fungerande konkurrens får nämligen effekten av att nyetableringar motverkas och att nyinvesteringar helt eller delvis uteblir.

# 11 KÄLLFÖRTECKNING

## **Kommittébetänkande**

SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt

SOU 2000:117 Konkurrens på lika villkor mellan privat och offentlig sektor

SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler

## **Propositioner**

Prop. 1973:73

Prop. 1992/93:88

Prop. 1993/95:19 del 1 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen

Prop. 1993/94:222

## **Litteratur**

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, uppl. 2 , år 1999, Norstedts Juridik

Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1 Konkurrensrätten och marknadsekonomins ekonomiska grundvalar, år 2005, Norstedts Juridik

Bjurman, Pernilla, Beställarstöd – offentlig upphandling och avtal, år 2003, Norstedts Juridik

Stenberg, Hans, Kompendium i konkurrensrätt (utgåva 2)

Wahl, Nils, Konkurrensförhållanden, år 1994, Juristförlaget AB

## **Rapporter och informationsskrifter**

Konkurrensverkets rapportserie 2002:2 ”Vårda och skapa konkurrens - vad krävs för ökad konsumentnytta?”

NOU Rapport, februari 2000, ”Uppdrag från regeringen att utreda huruvida statliga bolag tillämpar lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)”.  
<http://www.nou.se/pdf/99-234.pdf>

NOU rapport, juni 2000, ”Upphandling i kommun- och landstingsägda bolag”  
<http://www.nou.se/pdf/bolag.pdf>

Slavicek, Michael, ”Upphandlingens olika ansikten”, Europarättslig tidskrift 2002 Nr 1

Offentlig upphandling och konkurrens, informationsskrift från Konkurrensverket  
[http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig\\_upph.pdf](http://www.konkurrensverket.se/bestall/pdf/offentlig_upph.pdf)



### **Rättskällor**

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor, och tjänster (Klassiska direktivet)

EG-fördraget (Romfördraget)

Förordning 2790/1999, EGT 1999/L336

Konkurrenslagen (1993:20)

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Förordning (EG) nr 1/2003, om tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Rådets Förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer

### **Rättsfall**

Mål C-62/86 AKZO v Commission II (1991)

Mål 29/76 Eurocontrol (1976)

Fall 6/72 Continental Can (1973) ECR 215, grund 22 och 24.

Fall 6/60 Humblet (1960) ECR 559

Fall 30/77 Bouchereau (1977) ECR 1999, grund 13.

Mål 27/76, United Brands

Mål C-41/90, Höfner mot Macrotron GmbH.

Dnr 570/1997

MD 2000:2

### **Otryckta källor**

OH material, slide 3, Kursen Offentlig Upphandling, Gästprofessor Hans Stenberg 2005,  
Linköpings Universitet.

Konkurrens och upphandling, Anförande av Generaldirektör Claes Norgren vid Svenskt Upphandlarforums/NUDU:s konferens om offentlig upphandling den 18 september 2003 i Eskilstuna

# BILAGA 1

## ARTIKEL 2

Gemenskapen skall ha till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.

## ARTIKEL 81

1. Följande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden, särskilt sådana som innebär att
  - a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
  - b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
  - c) marknader eller inköpskällor delas upp,
  - d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får konkurrensfördel,
  - e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet,
2. Avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga.
3. Bestämmelser i punkt 1 får dock förklaras icke tillämpliga på
  - avtal eller grupper av avtal mellan företag,
  - beslut eller grupper av beslut av företagssammanslutningar,
  - samordnade förfaranden eller grupper av samordnade förfaranden,

som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte

- a) ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål,
- b) ger dessa företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

## **ARTIKEL 82**

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådana missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktionen, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensfördel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den ena parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

## BILAGA 2

### ARTIKEL 1.9

*upphandlande myndigheter*: statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med *offentligrättsliga organ* avses alla organ

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,
- b) som är juridiska personer, och
- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

Icke uttömmande förteckningar över sådana offentligrättsliga organ och kategorier av organ som uppfyller villkoren i andra stycket a, b och c finns i bilaga III. Medlemsstaterna skall till kommissionen regelbundet anmäla ändringar i sina förteckningar.

### ARTIKEL 29

#### **Konkurrenspräglad dialog**

1. Vid särskilt komplicerade kontrakt får medlemsstaterna föreskriva att den upphandlande myndigheten, om den anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt, får använda sig av en konkurrenspräglad dialog enligt denna artikel.

Tilldelning av offentliga kontrakt skall ske enbart på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

2. Den upphandlande myndigheten skall offentliggöra ett meddelande om upphandling där den anger sina behov och krav, som den skall definiera i detta meddelande och/eller i ett beskrivande dokument.

3. Den upphandlande myndigheten skall inleda en dialog med de anbudssökande som valts ut enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52, där dialogens syfte skall vara att identifiera och definiera hur dess behov bäst skall kunna tillgodoses. Under denna dialog får den diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena.

Den upphandlande myndigheten skall under dialogen garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare. De skall i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra.

Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke.

4. Den upphandlande myndigheten får föreskriva att förfarandet skall äga rum i successiva steg för att minska det antal lösningar som skall diskuteras under dialogen, på grundval av de tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet. Det skall anges i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

5. Den upphandlande myndigheten skall fortsätta denna dialog tills den kan identifiera lösningar som tillgodoser dess behov, vid behov efter att ha jämfört dessa lösningar.

6. Efter att ha förklarat dialogen avslutad och efter att ha informerat deltagarna om detta skall den upphandlande myndigheten uppmana dem att lämna sitt slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa anbud skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

På begäran av den upphandlande myndigheten får dessa anbud klarläggas, preciseras och finjusteras. Sådana klarlägganden, preciseringar, finjusteringar eller kompletteringar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras, eftersom en sådan ändring riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt.

7. Den upphandlande myndigheten skall bedöma de inkomna anbuden på grundval av de i meddelandet om upphandling eller i det beskrivande dokumentet fastställda tilldelningskriterierna och välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt artikel 53.

På den upphandlande myndighetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.

8. Den upphandlande myndigheten får besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen.

## **ARTIKEL 32**

### **Ramavtal**

1. Medlemsstaterna får tillåta de upphandlande myndigheterna att sluta ramavtal.

2. En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på detta ramavtal. Valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53.

Kontrakt som bygger på ett ramavtal som skall tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4. Dessa förfaranden får bara tillämpas mellan de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna inte i något fall väsentligen ändra villkoren i detta ramavtal, bland annat i det fall som avses i punkt 3.

Ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet.

En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

3. Om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, skall kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet.

Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med den ekonomiska aktör som är part i ramavtalet och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud.

4. Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen

- genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, eller
- om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nödvändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet i enlighet med följande förfarande:
  - a) För varje kontrakt som skall tilldelas skall den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med de ekonomiska aktörer som är i stånd att genomföra kontraktet.
  - b) Den upphandlande myndigheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud beträffande varje särskilt kontrakt, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud.
  - c) Anbudet skall lämnas skriftligen, och innehållet i dem skall vara hemligt tills den angivna svarstiden har löpt ut.

- d) Den upphandlande myndigheten skall tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

### **ARTIKEL 33**

#### **Dynamiska inköpssystem**

1. Medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna skall ha möjlighet att använda dynamiska inköpssystem. Europeiska unionens L 134/138 SV officiella tidning 30.4.2004

2. För att införa ett dynamiskt inköpssystem skall en upphandlande myndighet följa reglerna för det öppna förfarandet i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt inom ramen för detta system. Samtliga anbudsgivare, som uppfyller urvalskriterierna och som har lämnat ett preliminärt anbud som överensstämmer med förfrågningsunderlaget och eventuella kompletterande handlingar, skall få delta i systemet; de preliminära anbuden får när som helst förbättras under förutsättning att de fortsättningsvis överensstämmer med förfrågningsunderlaget. För att genomföra systemet och för tilldelning av kontrakt inom ramen för detta skall den upphandlande myndigheten uteslutande använda elektroniska medel i enlighet med artikel 42.2–42.5.

3. För att genomföra ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten

- a) offentliggöra ett meddelande om upphandling och ange att det är fråga om ett dynamiskt inköpssystem,
- b) i förfrågningsunderlaget bland annat ange vilken typ av köp som detta system avser samt lämna all nödvändig information om inköpssystemet, den elektroniska utrustning som används och de arrangemang och tekniska specifikationer som är kopplade därtill,
- c) så snart meddelandet har offentliggjorts och till dess att inköpssystemet avvecklats, på elektronisk väg ge fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar samt i meddelandet ange den Internetadress på vilken dessa handlingar kan konsulteras.

4. Den upphandlande myndigheten skall under hela den tid som det dynamiska inköpssystemet varar ge alla ekonomiska aktörer möjlighet att lämna preliminära anbud för att få delta i systemet på de villkor som anges i punkt 2. Den skall fullfölja utvärderingen av det preliminära anbudet inom 15 dagar från och med dess inlämnande. Den kan dock förlänga utvärderingsperioden om ingen inbjudan att lämna anbud förekommer under tiden.

Den upphandlande myndigheten skall snarast möjligt informera den anbudsgivare som avses i första stycket om att han tagits med i det dynamiska inköpssystemet eller att hans preliminära anbud har förkastats.

5. Varje särskilt kontrakt skall bli föremål för inbjudan att lämna anbud. Före denna inbjudan skall den upphandlande myndigheten offentliggöra ett förenklat meddelande

om upphandling och uppmana alla berörda ekonomiska aktörer att lämna ett preliminärt anbud i enlighet med punkt 4 inom en tidsfrist som inte får underskrida 15 dagar räknat från den dag då det förenklade meddelandet om upphandling avsändes. Den upphandlande myndigheten får inte gå ut med denna inbjudan att lämna anbud förrän samtliga preliminära anbud som lämnats in under denna tid har utvärderats.

6. Den upphandlande myndigheten skall inbjuda alla anbudsgivare som tas med i systemet att lämna ett anbud för varje enskilt kontrakt som skall tilldelas inom systemet. I detta syfte skall den fastställa en tillräcklig tidsfrist för att lämna anbud.

Den upphandlande myndigheten skall tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angivits i det meddelande om upphandling som använts för att inrätta det dynamiska inköpssystemet. Dessa kriterier får vid behov preciseras i den inbjudan som avses i första stycket.

7. Ett dynamiskt inköpssystem får inte vara i mer än fyra år, utom i vederbörligen berättigade undantagsfall.

Den upphandlande myndigheten får inte använda detta förfarande så att det hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen.

Inga administrativa avgifter får tas ut från de berörda ekonomiska aktörerna eller deltagarna i systemet.

## **ARTIKEL 54**

### **Användning av elektroniska auktioner**

1. Medlemsstaterna får föreskriva att den upphandlande myndigheten får genomföra elektroniska auktioner.

2. Vid öppna eller selektiva eller förhandlade förfaranden får den upphandlande myndigheten i det fall som avses i artikel 30.1 a besluta att tilldelningen av ett offentligt kontrakt skall föregås av en elektronisk auktion om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet.

Under samma omständigheter får elektronisk auktion användas vid förnyad inbjudan att lämna anbud för parter i ett ramavtal som avses i artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen, och vid inbjudan att lämna anbud beträffande kontrakt som skall tilldelas inom ramen för det dynamiska inköpssystem som avses i artikel 33.

Den elektroniska auktionen skall grundas på:

- antingen priser enbart när kontraktet ges till det lägsta priset,
- eller priser och/eller nya värden på aspekter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget när kontraktet ges till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

3. En upphandlande myndighet som beslutar att använda elektronisk auktion skall ange detta i meddelandet om upphandling.



Förfrågningsunderlaget skall bland annat innehålla följande upplysningar:

- a) de aspekter vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen, under förutsättning att dessa aspekter är kvantifierbara, och kan uttryckas i siffror eller i procent,
- b) de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för kontraktet,
- c) vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta i förekommande fall kommer att ske,
- d) relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
- e) på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud och särskilt vilka minsta skillnader som i förekommande fall krävs mellan anbuden,
- f) relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om arrangemangen och de tekniska specifikationerna för anslutning.

4. Innan en elektronisk auktion inleds skall den upphandlande myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud skall samtidigt bjudas in med elektroniska medel för att lämna nya priser och/eller nya värden. Inbjudan skall innehålla alla relevanta upplysningar om den individuella anslutningen till den elektroniska utrustning som används samt vilken dag och tid den elektroniska auktionen kommer att inledas. Den elektroniska auktionen får ske i flera på varandra följande etapper. Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det datum då inbjudan har skickats ut. Europeiska unionens 30.4.2004 SV officiella tidning L 134/149

5. Om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen i artikel 53.2 första stycket.

I inbjudan skall även anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen bestämma den nya automatiska rangordningen med avseende på de nya priser och/eller nya värden som lämnas. Denna formel skall innefatta viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i enlighet med meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget. I detta syfte skall emellertid eventuellt förekommande intervall i förväg reduceras med ett bestämt värde.

Om alternativa anbud är tillåtna, skall separata formler ges för varje alternativ.

6. Under varje etapp i en elektronisk auktion skall den upphandlande myndigheten omedelbart meddela alla anbudsgivare åtminstone tillräckliga upplysningar för att de vid varje tidpunkt skall ha kännedom om sin plats i rangordningen. Den upphandlande myndigheten får också meddela andra upplysningar om andra priser eller värden som har lämnats, under förutsättning att detta anges i förfrågningsunderlaget. Den får också när som helst meddela antalet deltagare i den aktuella auktionsetappen. Den får emellertid under inga omständigheter röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna i den elektroniska auktionen.

7. Den upphandlande myndigheten skall avsluta den elektroniska auktionen på ett eller flera av följande sätt:

- a) I inbjudan att delta i auktionen skall anges en på förhand fastställd dag och tid när auktionen stängs.
- b) När den inte längre erhåller några nya priser eller nya värden som motsvarar kraven på minsta skillnader. I detta fall skall de upphandlande myndigheterna i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har mottagit det sista budet som den kommer att stänga den elektroniska auktionen.
- c) När det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.

Om den upphandlande myndigheten har beslutat att stänga den elektroniska auktionen enligt c, eventuellt i kombination med villkoren i b, skall tidsplanen för varje auktionsetapp anges i inbjudan att delta i auktionen.

8. Efter att ha stängt den elektroniska auktionen skall den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet i enlighet med artikel 53 på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.

En upphandlande myndighet får inte utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för kontraktet, så som det utlystes genom meddelandet om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras.