

LIU-IEI-FIL-A--14-01666--SE

# Bevisbördan avseende skakrav vid offentlig upphandling

Burden of proof regarding mandatory qualification criteria in  
public procurement

Johan Alexandersson

Höstterminen/Vårterminen 2013–2014

Handledare: Pernilla Norman



Masteruppsats/Affärsjuridiska programmet med europainriktning  
Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling

## Sammanfattning

Uppsatsen sammanställer och analyserar de praktiska följderna av bevisbördans placering avseende skakrav inom ramen för offentlig upphandling. I ett större perspektiv syftar uppsatsen till att kunna användas som ett inlägg i debatten avseende skakravens användning vid offentlig upphandling i Sverige.

Användningen av skakrav är vanligt förekommande vid offentlig upphandling i Sverige. Begreppet "skakrav" avser ett absolut krav avseende en viss egenskap hos anbudsgivaren och/eller föremålet för upphandlingen. Den egenskap som skakravet avser är avgörande för att säkerställa leveransen av föremålet för upphandlingen.

Frågan om bevisbördans placering får extra stor vikt i en situation där det, till följd av oklara faktiska förhållanden, finns en osäkerhet avseende hur gällande rätt ska tillämpas. Om en part i ett mål har bevisbördan innebär detta att om parten inte kan visa på omständigheter som uppfyller de beviskrav som uppställs, anses inte heller det tvistiga faktumet föreligga. Risken för att en omständighet inte har bevisats tillskrivs med andra ord av den part som har bevisbördan.

En leverantör som lämnar anbud vid en offentlig upphandling anger att samtliga skakrav är uppfyllda. I normalfallet är också detta meddelande tillräcklig bevisning för att bevisbördan avseende anbudsgivarens skakravsuppfyllelse ska övergå till beställaren. Detta faktum får ett flertal praktiska konsekvenser. Uppsatsens frågeställning syftar till att identifiera och analysera följderna av angivet faktum.

När skakravsuppfyllelse bevisas genom ett enkelt meddelande i avlämnat anbud föreligger det en risk för att anbud från anbudsgivare som inte uppfyller alla skakrav ändå tilldelas upphandlingskontrakt. Detta är möjligt eftersom en beställare i normalfallet varken har skyldighet eller möjlighet att kontrollera en anbudsgivares faktiska skakravsuppfyllnad. En undersökning av den faktiska skakravsuppfyllnaden eller omfattande krav på att särskilda bevis avseende skakravsuppfyllnaden ska bifogas anbudet kan strida mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

En ytterligare följd av rådande rättsläge är att beställaren är till viss del utelämnad till anbudsgivarnas "goda omdöme". Med gott omdöme menas att en leverantör antas avstå från att lämna anbud när denne vet med sig att han inte uppfyller samtliga uppställda skakrav. En annan möjlig följd av att ett vinnande anbud inte i praktiken uppfyller samtliga skakrav är att tilldelningsbeslutet kan bli föremål för överprövning och/eller att syftet med upphandlingen inte uppnås till sin helhet.

Uppsatsförfattarens anger vissa förslag på lösningar för att minska de friktioner som användningen av skakrav kan ge. Beställaren skulle bland annat kunna ges större möjligheter att begära bevis avseende anbudsgivarnas skakravsuppfyllnad. Ett annat förslag är helt enkelt att minska användningen av skakrav vid offentlig upphandling.

## Innehållsförteckning

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 1     | Inledning .....   | 1  |
| 1.1   | Problembakgrund .....   | 1  |
| 1.2   | Frågeställning.....   | 1  |
| 1.3   | Syfte .....   | 1  |
| 1.4   | Avgränsningar .....   | 2  |
| 1.5   | Metod .....   | 2  |
| 1.6   | Disposition .....   | 3  |
| 2     | Grunderna för reglerna om offentlig upphandling .....                   | 4  |
| 2.1   | Inledning .....   | 4  |
| 2.2   | Syftet med reglerna om offentlig upphandling .....                      | 4  |
| 2.3   | EU-rättens företrädare .....  | 5  |
| 2.4   | Direkt effekt.....  | 5  |
| 2.5   | EU-konform tolkning .....   | 5  |
| 2.6   | Principerna för offentlig upphandling .....                             | 6  |
| 2.6.1 | Icke-diskriminering .....   | 6  |
| 2.6.2 | Likabehandling .....  | 6  |
| 2.6.3 | Öppenhet.....   | 7  |
| 2.6.4 | Proportionalitet.....   | 7  |
| 2.6.5 | Ömsesidigt erkännande .....   | 8  |
| 3     | Skakrav och prövningen av anbud vid offentlig upphandling .....         | 9  |
| 3.1   | Inledning .....   | 9  |
| 3.2   | Skakrav.....  | 9  |
| 3.2.1 | Vad är ett skakrav? .....   | 9  |
| 3.2.2 | Krav på skakraven.....  | 11 |
| 3.3   | Prövningen av anbud vid offentlig upphandling .....                     | 13 |
| 3.3.1 | Uteslutning av leverantörer .....                                       | 13 |
| 3.3.2 | Kvalificering av leverantörer .....                                     | 14 |
| 3.3.3 | Utvärdering av anbud.....   | 14 |
| 3.4   | Anbudsgivarens bundenhet.....   | 14 |
| 4     | Förfarandet vid överprövning av upphandlingar .....                     | 16 |
| 4.1   | Principen om effektiv rättslig prövning samt processuell autonomi ..... | 16 |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 4.2   | Förutsättningar för att ansöka om överprövning.....   | 17 |
| 4.3   | Följder av att en upphandling överprövas .....  | 17 |
| 5     | Bevisbörda och åberopsbörda .....   | 18 |
| 5.1   | Inledning .....   | 18 |
| 5.2   | Bevisbörda .....  | 18 |
| 5.2.1 | Bevisbörda, rättsfakta och bevisfakta .....   | 18 |
| 5.2.2 | Vilken bevisbörda avses i uppsatsens frågeställning? .....  | 19 |
| 5.2.3 | Bevisbördans placering enligt unionsrätten .....  | 20 |
| 5.2.4 | Allmänt om bevisning inom ramen för offentlig förvaltning .....                                   | 20 |
| 5.2.5 | Bevisbördans placering vid offentlig upphandling.....   | 21 |
| 5.3   | Åberopsbörda .....  | 25 |
| 6     | Beställarens kontrollskyldighet.....  | 27 |
| 6.1   | Inledning .....   | 27 |
| 6.2   | Beställarens kontrollskyldighet enligt praxis.....  | 28 |
| 6.2.1 | Kammarrätten i Göteborg, december 2009.....   | 28 |
| 6.2.2 | Kammarrätten i Stockholm, oktober 2010.....   | 28 |
| 6.2.3 | Kammarrätten i Jönköping, juni 2011 .....   | 28 |
| 6.2.4 | Kammarrätten i Göteborg, januari 2013.....  | 29 |
| 6.3   | Artiklar avseende beställarens kontrollskyldighet .....   | 29 |
| 6.3.1 | Kammarkollegiet .....   | 29 |
| 6.3.2 | Artikel: <i>Ska det vara tillåtet att fuska till sig anbud?</i> .....                             | 30 |
| 6.4   | Beställarens möjligheter att begära förtydliganden och kompletteringar från<br>anbudsgivare ..... | 30 |
| 7     | Analys.....   | 32 |
| 7.1   | Bevisbördans placering avseende skakrav .....   | 32 |
| 7.1.1 | Bevisbördan avseende övriga skakrav .....   | 32 |
| 7.1.2 | Bevisbördan avseende skakrav vid kvalificering av leverantörer .....                              | 32 |
| 7.1.3 | Bevisbördan avseende skakrav vid anbudsutvärdering.....   | 34 |
| 7.2   | Besvarande av frågeställning.....   | 36 |
| 7.2.1 | Vem har bevisbördan för tillförlitligheten av en sådan uppgift?.....                              | 36 |
| 7.2.2 | Går, och i så fall när, bevisbördan vid något tillfälle över till den andra parten?               |    |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 7.2.3 | Vilka blir följderna om ett antaget anbud senare visar sig brista i skakraven? .                                | 37 |
| 7.3   | Vad blir följden av att en anbudsgivare vid offentlig upphandling anger att samtliga skakrav är uppfyllda?..... | 38 |
| 7.4   | Möjliga åtgärder för att minska problematiken avseende skakrav .....  | 43 |
| 7.4.1 | Inledning.....  | 43 |
| 7.4.2 | Klargörande från HFD.....   | 43 |
| 7.4.3 | Kräv särskild bevisning för samtliga skakrav .....  | 43 |
| 7.4.4 | Minska användningen av skakrav .....  | 44 |
| 7.4.5 | Säkerställ god beställarkompetens .....   | 44 |
| 7.4.6 | Tydliggör anbudsgivarens ansvar .....   | 44 |
| 8     | Källförteckning .....   | 46 |
| 8.1   | Primär- och sekundärrätt .....  | 46 |
| 8.2   | EU-domstolen .....  | 46 |
| 8.3   | Svenska författningar .....   | 46 |
| 8.4   | Svensk praxis.....  | 47 |
| 8.5   | Svenska förarbeten.....   | 47 |
| 8.6   | Doktrin .....   | 47 |
| 8.7   | Artiklar .....  | 48 |

# 1 Inledning

## 1.1 Problembakgrund

Den offentliga upphandlingen i Sverige är omfattande och omsätter varje år 550–600 miljarder kronor.<sup>1</sup> Trots att rättsområdet offentlig upphandling behandlar stora värden finns det fortfarande vissa oklarheter vid tillämpningen av reglerna.

Ett område där många frågor kvarstår är bevisbördans placering samt innebörden av att en part har bevisbördan. Särskilt bevisbördan för uppfyllandet av så kallade ”skakrav” är av stort intresse eftersom skakrav ofta används i förfrågningsunderlag samtidigt som de inte är direkt reglerade i bestämmelserna om offentlig upphandling.

Skakrav är obligatoriska förutsättningar avseende anbudsgivaren och/eller föremålet för upphandlingen som måste vara uppfylla för att anbudet ska kunna beaktas. Den utbredda användningen av skakrav i kombination med avsaknaden av en direkt reglering ger upphov till frågor om hur skakrav ska hanteras i praktiken.

När en anbudsgivare avger anbud anger den att samtliga skakrav är uppfyllda. En viktig fråga är vad det innebär rent praktiskt när en anbudsgivare lämnar en uppgift om att samtliga skakrav är uppfyllda. Av särskilt intresse är vem av parterna som har bevisbördan, eller annorlunda uttryckt bär risken, för att ett visst skakrav i ett senare skede inte visar sig vara uppfyllt. Vilka blir följderna av detta? I vissa fall har säkerligen tilldelningsbeslut redan fattats. Hur ska en sådan situation hanteras?

Den utbredda användningen av skakrav samt de frågetecken som kommer av användningen av skakrav aktualiserar en mängd intressanta frågeställningar, varav några kommer att behandlas i denna uppsats.

## 1.2 Frågeställning

Vad blir följderna av att en anbudsgivare vid offentlig upphandling anger att samtliga skakrav är uppfyllda?

- Vem har bevisbördan för tillförlitligheten av en sådan uppgift?
- Går, och i så fall när, bevisbördan vid något tillfälle över till den andra parten?
- Vilka blir följderna om ett antaget anbud senare visar sig brista i skakraven?

## 1.3 Syfte

Syftet med uppsatsen är att, enligt den omfattning som anges i frågeställningen, belysa de praktiska följderna för beställare samt anbudsgivare när skakrav används i en

---

<sup>1</sup> SOU 2013:12 s. 71. Utredningen anger att värdet är uppskattat.

upphandlingsprocess. I ett större perspektiv skulle uppsatsen kunna användas som ett inlägg i debatten avseende skakravens användning över huvud taget vid offentlig upphandling i Sverige.

#### 1.4 Avgränsningar

Uppsatsens utgångspunkt är de regler och förutsättningar för offentlig upphandling som gäller i Sverige enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt det bakomliggande EU-rättsliga material som LOU grundar sig på. Övriga sektorer inom offentlig upphandling kommer inte att beröras specifikt. Likheten mellan sektorerna ger dock ett antagande om att många av uppsatsens slutsatser har bäring även på de övriga sektorerna.

Uppsatsen fokuserar på skakrav inom ramen för anbudsutvärderingen men utesluter inte skakrav hänförliga till övriga faser av upphandlingsförfarandet. En alternativ avgränsning hade varit att endast behandla de skakrav som är hänförliga till anbudsutvärderingen. Författaren har valt att inkludera alla typer av skakrav eftersom uppsatsen enligt författarens mening tillförs ett mervärde genom att frågeställningen appliceras på samtliga kategorier av skakrav. Vald avgränsning är i sin tur avhängig på ett ställningstagande avseende vilka krav som anses innefattas av begreppet skakrav.<sup>2</sup>

#### 1.5 Metod

Svar på frågeställningen har sökts genom en analys av skakravens användning vid offentlig upphandling i Sverige. Metoden som använts är traditionell juridisk metod. Med traditionell juridisk metod avses i denna uppsats en undersökning av innehållet i gällande rätt.<sup>3</sup> Vid undersökningen av gällande rätt har EU:s grundfördrag, EU-domstolens praxis och upphandlingsdirektivet<sup>4</sup> studerats. Även svensk lagtext, förarbeten, praxis och doktrin har använts för att undersöka vad som utgör gällande rätt. Vid tolkningen av det rättsliga materialet har teleologisk tolkning, det vill säga ändamålstolkning, använts.

Frågeställningen anknyter till en i mångt och mycket svensk företeelse. Därför görs hänvisningar till gällande rätt i första hand till aktuell bestämmelse i LOU. Det är därmed inte sagt att bakomliggande unionsgemensam primär- och sekundärrätt lämnats utan beaktande.

---

<sup>2</sup> Se kapitel 3 för definition av begreppet skakrav.

<sup>3</sup> Se Sandgren s. 37–38 ang. begreppet juridisk metod.

<sup>4</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. Hädanefter dir. 2004/18/EG.

## 1.6 Disposition

Inledningsvis görs en redogörelse för upphandlingsrätten och de grundläggande principerna för tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling. Därefter definieras och diskuteras begreppet "skakrav" såväl isolerat som i sitt rättsliga sammanhang. Efter detta behandlas förfarandet vid överprövning av upphandlingar, begreppet bevisbörda samt beställarens kontrollskyldighet. I analysen besvaras frågeställningen och utifrån svaren på denna diskuteras skakravens praktiska inverkan vid offentlig upphandling samt de åtgärder som kan vidtas för att minska dessa inverknings.



## 2 Grunderna för reglerna om offentlig upphandling

### 2.1 Inledning

Följande avsnitt syftar till att ge läsaren en bakgrund till reglerna om offentlig upphandling. Tanken är att lyfta fram vissa delar i det rättsliga materialet som kan vara till hjälp för läsaren vid läsandet av uppsatsens övriga avsnitt.

Reglerna om offentlig upphandling återfinns huvudsakligen i LOU. De svenska reglerna om offentlig upphandling är till allra största del resultatet av en implementering av det EU-rättsliga direktiv som finns på området.<sup>5</sup> Här finns en skillnad gentemot reglerna avseende många andra rättsområden där Sverige har mer självständiga möjligheter att utforma regleringen. På grund av att reglerna om offentlig upphandling har sitt ursprung i gemenskapsrätten måste de tolkas och tillämpas i ljuset av de principer, fördrag och direktiv som reglerna om offentlig upphandling grundar sig på.

### 2.2 Syftet med reglerna om offentlig upphandling

En av de viktigaste målsättningarna med EU är upprättandet och främjandet av en inre marknad.<sup>6</sup> Viktiga delar av den inre marknaden är fri rörlighet för bland annat varor och tjänster. Fri rörlighet är i förlängningen tänkt att leda till en sund konkurrens på marknaden. En konkurrensutsatt marknad gynnar de som köper varor och tjänster eftersom god konkurrens antas bidra till ett brett utbud av varor och tjänster till rimliga priser.

Reglerna om offentlig upphandling är en metod för EU att bidra till god konkurrens på den inre marknaden. Metoden som valts för att främja konkurrensen på den inre marknaden är att sätta upp ett ramverk för hur tilldelningen av offentliga kontrakt ska genomföras. Syftet med reglerna i stort är att ge samtliga anbudsgivare inom EU samma möjligheter att tilldelas offentliga kontrakt.<sup>7</sup>

Utöver strävan efter god konkurrens finns det även andra frågor som reglerna om offentlig upphandling syftar till främja. Exempel på sådana frågor är möjligheterna för små och medelstora företag att vinna upphandlingar, miljöfrågor, sociala frågor och innovation. Nyss angivna frågor har lyfts fram särskilt i de nya reglerna om offentlig upphandling som presenteras slutgiltigt under början av 2014.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Dir. 2004/18/EG.

<sup>6</sup> Artikel 3 Fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget).

<sup>7</sup> Exv. mål C-213/07 av den 16 december 2008, *Michaniki* samt Upphandlingsdirektivets beaktandesats 2, 4, 8 och 29.

<sup>8</sup> Pressmeddelande från Europaparlamentet 2014-01-15, *Nya upphandlingsregler ska öka kvalitén och ge mer valuta för pengarna*.

### 2.3 EU-rättens företräde

Genom undertecknandet av EU:s två grundfördrag<sup>9</sup> har medlemsstaterna överlämnat en del av sin lagstiftningsmakt till EU. Följden av detta är att unionsrätten har företräde framför all nationell lagstiftning som återfinns i respektive medlemsstats rättsordning. Om en nationell bestämmelse står i strid med unionsrätten har den senare företräde.<sup>10</sup>

EU-rättens överordnade ställning innebär att vid tillämpningen av den svenska upphandlingslagstiftningen måste beställare och domstolar ta hänsyn till såväl inhemskt som EU-rättsligt juridiskt material. Beaktande av de grundläggande principerna för främjandet av en inre marknad med god konkurrens är av särskilt stor vikt vid tillämpningen av reglerna avseende offentlig upphandling.

### 2.4 Direkt effekt

En anbudsgivare kan under vissa förutsättningar åberopa upphandlingsdirektivets regler direkt inför upphandlande myndigheter och nationella domstolar. Denna möjlighet benämns direkt effekt. Även de grundläggande fördragen kan ha direkt effekt.<sup>11</sup>

Även om unionsrätten är överordnad den nationella rätten är det upp till den enskilda medlemsstaten att välja metod för att implementera de direktiv som utfärdats i den nationella rättsordningen. Om ett direktiv inte har implementerats i den nationella rättsordningen, trots att så borde ha skett, kan direktivet ibland ändå få genomslag i den nationella rätten. Den direkta effekten ger en möjlighet att åberopa en direktivbestämmelse i nationell domstol även om direktivet inte har implementerats i den nationella rättsordningen.<sup>12,13</sup>

För att kunna åberopa en bestämmelse i ett direktiv direkt i en nationell domstol krävs det att den aktuella regeln är klar, entydig och ovillkorlig. Vid bedömningen av huruvida en viss bestämmelse uppfyller dessa kriterier är utgångspunkten bestämmelsens ordalydelse. Även en mindre klar bestämmelse kan få direkt effekt om den har förtydligats genom praxis från EU-domstolen.<sup>14</sup>

### 2.5 EU-konform tolkning

Även om en viss regel i unionsrätten inte kvalificerar sig för att ha direkt effekt kan den aktuella regeln, likväl som unionsrätten i sin helhet, påverka utgången av ett upphandlingsärende hos såväl beställaren som vid prövning i nationell domstol. Det finns nämligen en skyldighet att ta hänsyn till syftet och ändamålet med de direktiv som utfärdats

---

<sup>9</sup> Fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget) och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

<sup>10</sup> Principen slogs fast i mål 6/64 av den 15 juli 1964, Costa mot ENEL. Idag även intaget i EUF-fördragets artikel 288.

<sup>11</sup> Fördragets direkta effekt slogs fast i mål 26/62 av den 5 februari 1963, van Gend en Loos.

<sup>12</sup> Direktivens direkta effekt slogs fast i mål 41/7474 av den 4 december 19, van Duyn.

<sup>13</sup> Se också Falk s. 49–50 och Asplund m.fl. s 29–31.

<sup>14</sup> Ang. kraven på direktivbestämmelserna se mål 148/78 av den 5 april 1979, Ratti, p. 23.

vid tolkningen av nationella regler. Denna skyldighet benämns indirekt effekt eller direktivkonform tolkning.<sup>15</sup> Vid offentlig upphandling innebär denna skyldighet inte endast att syftet bakom de unionsrättsliga bestämmelserna med anknytning till offentlig upphandling ständigt måste beaktas. Det innebär även att praxis från EU-domstolen får direkt genomslag avseende tillämpningen av reglerna hos beställare och vid prövning i nationella domstolar.<sup>16</sup>

## 2.6 Principerna för offentlig upphandling

Vid EU-domstolens avgöranden av mål gällande offentlig upphandling har några av de fundamentala EU-rättsliga principerna visat sig återkomma. Principerna kan sägas vara de grundstenar varpå upphandlingsdirektivet är baserat. Hänsyn ska tas till dessa principer genom hela upphandlingsförfarandet. De grundläggande principerna har implementerats genom bestämmelsen i 1:9 LOU.

### 2.6.1 Icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering syftar till att ge samtliga leverantörer likvärdiga förutsättningar för att tilldelas ett kontrakt. Förbudet avser både direkt och indirekt diskriminering. De krav som ställs får inte missgynna exempelvis leverantörer från ett annat land eller en annan region.<sup>17</sup>

Krav som, ur en viss synvinkel, kan anses som diskriminerande kan fortfarande vara tillåtna om de är sakligt motiverade med avseende på föremålet för upphandlingen. Ett exempel på ett sakligt motiverat krav kan utgöras av ett krav på att mat till en skola måste levereras varm. Angivet krav är lättare att upprätthålla för en lokal leverantör men anses inte som diskriminerande mot icke-lokala leverantörer.<sup>18</sup>

Principen om icke-diskriminering har prövats av EU-domstolen bland annat i samband med bygget av Öresundsbron. Domstolen fann att danska krav på att använda dansk arbetskraft och danskt material inte var förenligt med principen om icke-diskriminering.<sup>19</sup>

### 2.6.2 Likabehandling

Principen är nära förknippad med principen om icke-diskriminering. Innebörden av likabehandlingsprincipen är att de krav som ställs avseende leverantörer och de offererade produkterna ska tillämpas på samma sätt.

Ett visst krav får exempelvis inte bortses från avseende en viss leverantör samtidigt som det upprätthålls gentemot övriga leverantörer. Att göra förändringar i kraven under upphandlingsprocessens gång är överhuvudtaget svårt. Om ett visst krav ändras eller tas

---

<sup>15</sup> Principen slogs fast i mål 14/83 von Colson. Se även förenade målen C-397-403/01 av den 10 maj 2004, Pfeiffer, p. 113.

<sup>16</sup> Asplund m.fl. s. 27–28 och Falk s. 50–51.

<sup>17</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 79.

<sup>18</sup> Falk s. 65.

<sup>19</sup> Mål C-243/89 av den 22 juni 1993, Stora Bält.

bort under processens gång kan detta medföra att leverantörer som aktivt valt att inte lämna anbud enligt det ursprungliga förfrågningsunderlaget missgynnas. Därmed upprätthålls inte heller principen om likabehandling.<sup>20</sup> Annorlunda uttryckt kan sägas att principen innebär att lika situationer ska behandlas lika respektive att olika situationer ska behandlas olika.

EU-domstolens granskning av den danska upphandlingen av konstruktionen av Öresundsbron berörde även likabehandlingsprincipen. I aktuellt fall tilläts en av anbudsgivarna frånga kravet på att en viss beräkningsmodell skulle användas. Domstolen konstaterade att Danmark på detta sätt frångick likabehandlingsprincipen.<sup>21</sup>

### 2.6.3 Öppenhet

Beställaren är skyldig att säkerställa en öppen upphandlingsprocess genom att lämna information om själva upphandlingen samt om hur den kommer att genomföras. Upphandlingsprocessen som sådan ska också kunna kontrolleras i efterhand.<sup>22</sup> Principen om öppenhet benämns även principen om transparens.

EU-domstolen har i mål C-532/06 Lianakis uttalat att leverantörer

”... skall underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ...”.

En leverantör ska utan svårigheter kunna identifiera de krav som ställs samt hur anbud kommer att utvärderas. Kraven i sig måste vara tydliga på så sätt att en anbudsgivare kan förstå vad som krävs för att uppfylla dem.

### 2.6.4 Proportionalitet

De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas. Principens inverkan på de krav som ställs vid offentlig upphandling innebär att kraven inte får gå utöver den nivå som kan anses som rimlig för att säkerställa det avsedda syftet med den aktuella upphandlingen.<sup>23</sup>

Proportionalitetsprincipen utpekats särskilt i 11:2 LOU. Att proportionalitet är av största vikt framkommer även i praxis. Ett krav kan ogiltigförklaras även utan att det, *i sig*, uppenbart strider mot proportionalitetsprincipen. Så var fallet i en dom från kammarrätten i Stockholm angående en upphandling av skyddsvästar som genomfördes av Rikspolisstyrelsen. Domstolen konstaterade att skakravet i sig inte nödvändigtvis stred mot proportionalitetsprincipen men underkände ändå kravet eftersom att beställaren inte visat att det inte fanns någon mindre ingripande åtgärd för att säkerställa den tekniska

---

<sup>20</sup> Framkommer bl.a. i C-87/94 av den 22 april 1994, Wallonska bussarna, p. 54. Se även Falk s. 63–65.

<sup>21</sup> Mål C-243/89 av den 22 juni 1993, Stora Bält, p. 32–45.

<sup>22</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 82–83.

<sup>23</sup> Prop. 2006/07:128 s. 155 samt C-234/03 av den 27 oktober 2005, Contse, p. 41.

kapaciteten hos leverantörerna. Kravet ansågs därför strida mot proportionalitetsprincipen.<sup>24</sup>

### 2.6.5 Ömsesidigt erkännande

Intyg/certifikat utfärdat av behörig myndighet i ett EU/EES-land ska anses gälla i hela unionen. Principen hör samman med friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen enligt artikel 56 i EUF-fördraget.

Det ömsesidiga erkännandet får stor betydelse i kvalificeringsfasen av en upphandling eftersom beställaren ofta uppställer krav på exempelvis viss formell kompetens eller finansiell ställning. För att uppfylla sådana typer av krav krävs det ofta ett intyg från en statlig myndighet. Principen om ömsesidigt erkännande gör att en beställare måste godta intyg även från andra medlemsstater än den egna. Det var i det kända målet Cassis de Dijon<sup>25</sup> som EU-domstolen slog fast principen om att en vara som godkänts av en medlemsstats myndigheter ska få samma status i övriga medlemsstater.

---

<sup>24</sup> Kammarrätten i Stockholm mål 116-12 av den 23 maj 2012.

<sup>25</sup> Mål 120/78 av den 20 februari 1979, Cassis de Dijon.

## 3 Skakrav och prövningen av anbud vid offentlig upphandling

### 3.1 Inledning

I avsnittet behandlas vad som menas med begreppet skakrav samt vilka krav som innefattas av begreppet. I avsnittet ges även en översikt över de tre faser vid offentlig upphandling där leverantörer och de anbud leverantörerna har lämnat är föremål för prövning. Syftet är att ge läsaren en uppfattning om i vilka delar av upphandlingsprocessen som det ofta förekommer krav av karaktären "skakrav".

### 3.2 Skakrav

#### 3.2.1 Vad är ett skakrav?

Ett skakrav utgör ett absolut krav avseende en viss egenskap hos anbudsgivaren och/eller föremålet för upphandlingen. Vid beställarens prövning av ett skakrav görs ingen gradering. Antingen är ett skakrav uppfyllt eller så är det inte uppfyllt. Samtliga skakrav som ställs på anbudsgivaren respektive föremålet för upphandlingen måste vara uppfyllda. Om kraven inte är uppfyllda kan inte anbudsgivaren kvalificeras som lämplig för att lämna anbud respektive anbudet inte tas med i den vidare anbudsutvärderingen.<sup>26</sup>

Vad som *menas* med begreppet skakrav är i sig tydligt. Vilka krav vid offentlig upphandling som *innefattas* av begreppet framstår dock inte som lika tydligt. Begreppet skakrav har inte hämtats från EU-rätten eller upphandlingsdirektivet och inte heller från LOU. Skakravsbegreppet har istället växt fram vid den praktiska tillämpningen av reglerna om offentlig upphandling hos de svenska beställarna samt genom praxis.<sup>27</sup> Att bestämma vad som innefattas av begreppet skakrav är inte uppsatsens huvudsakliga syfte. Undersökningen av vad som innefattas av begreppet skakrav är gjord i syfte att kunna ge ett så fullständigt svar på frågeställningen som möjligt.

Skakravsbegreppet härstammar från införandet av 1992 års LOU (1992:1528) (ÄLOU). ÄLOU hade inte samma tydliga uppdelning mellan leverantörskvalificering respektive anbudsutvärdering som dagens LOU har. Skakraven utgjordes av de krav som en leverantör var tvungen att uppfylla men gjorde ingen tydlig uppdelning mellan dessa. Behandlingen av kraven i ÄLOU ska jämföras med den nu gällande LOU där lagstiftaren har gjort en uppdelning av prövningsprocessens krav genom att skilja på uteslutning och kvalificering av leverantörer samt anbudsutvärdering.<sup>28</sup>

#### 3.2.1.1 Vad som innefattas av begreppet skakrav enligt doktrin

Begreppet skakrav har kritiserats i litteraturen för att begreppets användning vid upphandlingar enligt nu gällande LOU skapar förvirring. Begreppet har även kritiserats för att det riskerar att bidra till sammanblandning av krav som ställs vid kvalificering av leverantörer

---

<sup>26</sup> de Jonge, Norman s. 12:2, Supplement 22, januari 2012 samt Rosén Andersson m.fl., s. 370–371.

<sup>27</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 461.

<sup>28</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 461. Jfr även 1:20 a, 1:4, 1:22 i ÄLOU med 1–2 §§ i 10, 11 och 12 kap. LOU.

respektive utvärdering av anbud. Vidare anförts att begreppet skakrav ska slopas helt till förmån för begreppet "obligatoriska krav". De obligatoriska kraven bör enligt Rosén Andersson m.fl. innefatta krav hänförliga till samtliga faser men som samtidigt inte kräver en utvärdering på annat sätt än uppfylld eller inte uppfylld. De krav som faller utanför angiven definition blir de krav (ibland "börkrav") som kan ställas vid anbudsutvärderingen enligt 12 kap. LOU och som innebär att beställaren utvärderar den *relativa* uppfyllnaden av ställda krav. Ett förslag på benämning för den sistnämnda kategorin av krav är "anbudsutvärderingskriterier".<sup>29</sup>

Falk anser att begreppet skakrav endast innefattar de krav som måste vara uppfyllda inom ramen för anbudsutvärderingen. Likt Rosén Andersson m.fl. benämner Falk de krav som ställs inom ramen för 12 kap. LOU och som inte är att anse som skakrav för "utvärderingskriterier".<sup>30</sup> De krav som ställs vid kvalificeringen av anbudsgivare benämner Falk som "obligatoriska krav". Observera att "obligatoriska krav" enligt Falk, till skillnad från Rosén Andersson m.fl., endast omfattar de krav som ställs under kvalificeringsfasen.<sup>31</sup> Enligt *Offentlig upphandling: en handbok* innefattar begreppet skakrav obligatoriska krav som ställs på själva föremålet för upphandlingen.<sup>32</sup> Pedersens beskrivning av begreppet skakrav skiljer sig från nyss nämnda verk då Pedersen innefattar både kvalificeringskrav och krav som ställs på föremålet för upphandlingen i begreppet skakrav.<sup>33</sup>

Efter en genomgång av doktrin framstår det som svårt att finna en entydig definition av vilka krav som innefattas av begreppet skakrav. Likheter i definitionerna finns men det är samtidigt tydligt att det föreligger olika åsikter om hur långt skakravsbegreppet sträcker sig. Det framstår dock som att de flesta av författarna är överens om att de obligatoriska krav som ställs på upphandlingsföremålet enligt 12 kap. LOU innefattas av begreppet skakrav. Kvar blir frågan huruvida kvalificeringskraven enligt 11 kap. LOU respektive uteslutningsgrunderna enligt 10 kap. LOU kan anses omfattas av begreppet skakrav. Det är därför av intresse att undersöka om det går att utläsa något svar på frågan ur svenska domstolars praxis på området.

### **3.2.1.2 Vad som innefattas av begreppet skakrav enligt praxis**

Det framstår inte som ovanligt att föremålet för prövning i domstolarna avser en leverantörs uppfyllelse av skakrav eller skakravens förenlighet med principerna för offentlig upphandling. Som en följd av detta är det inte heller ovanligt att läsa begreppet skakrav i de svenska domstolarnas domslut.

---

<sup>29</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 370–371, 461.

<sup>30</sup> Falk s. 386.

<sup>31</sup> Falk s. 343. Noterbart är att Falk även omnämner de krav som enligt 12 kap. LOU måste vara uppfyllda med ordet "obligatoriska" (s. 386). Uppsatsförfattarens tolkning är att Falk i detta fall inte avser att mynta ett begrepp utan att Falk vill peka på att skakrav enligt 12 kap. LOU inte är frivilliga att uppfylla (=är obligatoriska).

<sup>32</sup> de Jonge, Norman s. 12:2–12:3, Supplement 22, januari 2012.

<sup>33</sup> Pedersen s. 84.

Vad gäller kvalificeringskraven tyder genomgången av praxis på att dessa innefattas av begreppet skakrav.<sup>34</sup> De krav som en leverantör enligt 10 kap. LOU måste uppfylla för att inte bli utesluten samt rena formaliakrav<sup>35</sup> går enligt uppsatsförfattarens mening, med bakgrund i genomgången av praxis, inte heller att utesluta från vad som innefattas av begreppet skakrav.<sup>36</sup> Domstolarna verkar helt enkelt inte göra någon ansats till att begränsa vilka typer av krav som ska anses innefattas av begreppet skakrav.

### **3.2.1.3 Slutsats angående vad som innefattas av begreppet skakrav**

I uppsatsen kommer den definition av skakrav som innefattar både krav hänförliga till kvalificering av anbudsgivare och utvärdering av anbud att användas. Vidare kommer även rena formaliakrav och de krav som kan ställas på en leverantör enligt 10 kap. LOU att innefattas av begreppet skakrav i denna framställning. I uppsatsen urskiljs med andra ord totalt fyra underkategorier av skakrav.<sup>37</sup> För enkelhetens skull grupperas rena formaliakrav tillsammans med de krav som kan ställas enligt 10 kap. LOU.

## **3.2.2 Krav på skakraven**

Precis som för upphandlingsprocessen i stort måste skakravens utformning harmonisera med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Detta ställer höga krav på beställaren. Vidare kan det konstateras att avvägningar mellan de olika principerna samt den önskade effekten av upphandlingen alltid kommer att behöva göras.

Av de grundläggande principerna för offentlig upphandling följer att skakraven måste vara möjliga att pröva. Om det inte går att pröva om ett skakrav uppfylls eller inte uppfylls går det inte heller att kontrollera om en anbudsgivare uppfyller ett skakrav eller inte. Att skakrav måste kunna kontrolleras har fastslagits av EU-domstolen och följer av likabehandlingsprincipen.<sup>38</sup>

### **3.2.2.1 Övriga skakrav**

De krav som i denna uppsats hänförs till kategorin "övrigt" är krav som kan ställas enligt 10 kap. LOU samt rena formaliakrav. De krav som kan ställas enligt 10 kap. LOU framgår av lagtext. Det kan därför antas att det inte är de skakrav som uppställs enligt 10 kap. LOU som i första hand riskerar att komma i konflikt med de upphandlingsrättsliga principerna. Rena

---

<sup>34</sup> Exempel på domslut där kvalificeringskrav benämns skakrav är: Kammarrätten i Göteborg mål 5595-13 av den 5 december 2013, Kammarrätten i Stockholm mål 4531-13 av den 8 november 2013, Kammarrätten i Sundsvall mål 2427-11 av den 1 mars 2012 och Kammarrätten i Jönköping mål 3454-10 av den 17 maj 2011.

<sup>35</sup> Exempel på vad som i denna uppsats avses med rena formaliakrav är krav på att anbud måste undertecknas samt att de ska inlämnas både i pappersform och digitalt.

<sup>36</sup> Vid genomgången av praxis har det varit svårt att finna exempel på rättsfall där krav enligt 10 kap. LOU samt rena formaliakrav varit föremål från prövning. Med grund i att domstolarna inte ifrågasätter om kvalificeringskrav ska anses innefattas av begreppet skakrav framstår det som mer naturligt att innefatta krav enligt 10 kap. LOU samt renaformaliakrav i begreppet skakrav än att inte göra det.

<sup>37</sup> Se Rosén Andersson m.fl. s. 461 för vilka kategorier av krav som kan innefattas av begreppet skakrav.

<sup>38</sup> Se exempelvis mål C-488/01 av den 11 november 2003, Wienstrom, p. 49–52, hänvisning från Rosén Andersson m.fl. s. 469. Likabehandlingsprincipen behandlas i avsnitt 2.6.2



formaliakrav<sup>39</sup>, avseende exempelvis att ett anbud ska vara undertecknat, kan inte heller i normalfallet antas komma i konflikt med de upphandlingsrättsliga principerna eller andra bestämmelser på upphandlingsrättens område.

### 3.2.2.2 Skakrav inom ramen för leverantörskvalificeringen

De skakrav som ställs inom ramen för kvalificeringen av leverantörer enligt 11 kap. LOU avser att säkerställa att leverantörerna uppfyller en lägstanivå avseende ekonomisk, teknisk samt yrkesmässig kapacitet.<sup>40</sup> Beställaren vill säkerställa att anbudsgivaren i allmänhet uppfyller de krav som beställaren anser nödvändiga för att anbudsgivaren ska kunna leverera det som ska upphandlas.

De krav som ställs på anbudsgivaren ska anges i annonsen om upphandling. Kraven måste, enligt 11:2 LOU, följa kraven i 11:7–13 LOU.<sup>41</sup> 11:7–13 LOU ställer upp ett antal bevismedel som anbudsgivare kan använda för att påvisa sin kapacitet. Uppräkningen i 11:7-13 LOU är uttömmande i den meningen att beställaren inte får ställa upp andra kvalificeringskrav än de som anges i 11:7–13 LOU.<sup>42</sup>

Även om kvalificeringskrav endast syftar till att säkerställa *anbudsgivarens* möjligheter till att leverera i enlighet med kontraktet måste det finnas ett *samband* och goda proportioner mellan kvalificeringskraven och föremålet för upphandlingen.<sup>43</sup>

### 3.2.2.3 Skakrav inom ramen för anbudsutvärderingen

De skakrav som avses i detta avsnitt kan uppställas av beställaren när grunden för tilldelning utgörs av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt 12:1 1 st. 1 p. LOU. Likt de övriga kategorierna ska hänsyn till de upphandlingsrättsliga principerna tas vid utformningen och tillämpningen av kraven. Så länge som principerna respekteras är utformningen av kraven och ofta tillhörande utvärderingmodeller fria. Det finns inga formkrav för hur kraven ska vara utformade. Det är helt enkelt upp till beställaren att utefter varje enskild upphandling avgöra vilka krav som är bäst lämpade att ställa.<sup>44</sup>

Av likabehandlingsprincipen följer att endast anbud som uppfyller *samtliga* tidigare uppställda skakrav kan prövas gentemot de skakrav som ställs upp under anbudsutvärderingen. Vidare innebär icke-diskrimineringsprincipen i detta sammanhang att prövningen av anbudsgivarnas uppfyllelse av skakraven måste göras på samma sätt för alla anbudsgivare.<sup>45</sup> Det är exempelvis inte tillåtet att ställa upp krav som innebär att de produkter som efterfrågas måste uppfylla en viss nationell standard.<sup>46</sup> Principen om

---

<sup>39</sup> Ett annat exempel på vad som i denna uppsats menas med rena formaliakrav kan vara krav på att anbud ska inlämnas både i pappersform och digitalt.

<sup>40</sup> Prop. 2006/07:128 s. 244.

<sup>41</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 421–423.

<sup>42</sup> Falk s. 340.

<sup>43</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 425 samt Asplund m.fl. s. 195–197.

<sup>44</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 466.

<sup>45</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 457–460.

<sup>46</sup> Se mål 45/87 Dundalk, hänvisning i Asplund m.fl. s. 197–198.

transparens ger vid handen att skakraven måste framgå av beställarens annons samt vara tydliga och uppfattas på samma sätt av anbudsgivarna.<sup>47,48</sup>

Utöver rena skakrav återfinns inom ramen för anbudsutvärderingen även utvärderingskriterier. Utvärderingskriterierna är till skillnad från skakraven inte obligatoriska. En anbudsgivare strävar dock efter en hög uppfyllelsegrad av utvärderingskriterierna eftersom det i praktiken är dessa kriterier som används för att skilja åt de anbud som uppfyller samtliga skakrav.<sup>49</sup>

### 3.3 Prövningen av anbud vid offentlig upphandling

Beställaren ställer krav för att anbudsgivarnas lämplighet och de offererade anbudens kvalitet ska kunna prövas. Prövningsprocessen kan indelas i följande steg:<sup>50</sup>

- Uteslutning av leverantörer enligt 10 kap. LOU.
- Kvalificering av leverantörer enligt 11 kap. LOU.
- Utvärdering av anbud enligt 12 kap. LOU.

Det går även att göra andra indelningar av prövningsfaserna vid offentlig upphandling. Ett alternativt sådant är att dela in förfarandet i faserna leverantörskvalificering, skakravsprövning och utvärdering.<sup>51</sup> En tredje variant, som inte skiljer sig så mycket från uppställningen ovan, är att låta uteslutningen av leverantörer ingå i en gemensam kvalificeringsfas tillsammans med den kvalificering som görs enligt 11 kap. LOU.<sup>52</sup>

#### 3.3.1 Uteslutning av leverantörer

Bestämmelserna om obligatorisk uteslutning av leverantörer enligt 10:1 LOU tar sikte på beställarens skyldighet att utesluta en leverantör som enligt lagakraftvunnen dom deltagit i viss brottslig verksamhet. De brott som avses är deltagande i kriminell organisation, bestickning, bedrägeri och penningtvätt.<sup>53</sup> Om beställaren har grundad anledning att tro att en leverantör kan ha deltagit i brottslig verksamhet av nyss nämnda sort, är det upp till leverantören att, genom uppvisande av intyg om motsatsen, påvisa att sådana omständigheter inte föreligger.<sup>54</sup>

Beställaren har även möjlighet att, enligt 10:2 LOU, utesluta vissa leverantörer på grund av dennes ekonomiska svårigheter eller brott begångna under yrkesutövningen. Även en leverantörs underlåtenhet att lämna efterfrågade upplysningar enligt 10 och 11 kap. LOU eller lämnandet av felaktiga upplysningar faller under den kategori handlingar som gör att

<sup>47</sup> Vikten av i stycket nämnda principer framgick tydligt i Siacmålet, mål C-19/00 p. 40–45.

<sup>48</sup> Se även Falk s. 387 samt Rosén Andersson m.fl., s. 460.

<sup>49</sup> Falk s. 386–387.

<sup>50</sup> Angiven indelning återfinns hos Falk s. 339–340, Ulfsson Forsell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 11 kap. 1 §, Lexino 2013-06-01, avläst 2013-11-26, samt i Nord's kommentar till nyss angiven paragraf i Karnov, avläst 2013-11-26.

<sup>51</sup> de Jonge, Norman s. 12:2, Supplement 22, januari 2012.

<sup>52</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 421 och 457.

<sup>53</sup> Prop. 2006/07:128 s. 224 och artikel 45.1 dir. 2004/18/EG.

<sup>54</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 406.

beställaren får utesluta en leverantör.<sup>55</sup> Beställaren har, enligt 10:2 3 st. LOU, möjlighet att begära in bevis om att grund för uteslutning inte föreligger.

### 3.3.2 Kvalificering av leverantörer

När kontroll om det föreligger grund för uteslutning av leverantörer enligt 10 kap. LOU är gjord vidtar kvalificeringsfasen enligt 11 kap. LOU. Kvalificeringen syftar till att säkerställa att leverantörerna uppfyller vissa minimikriterier avseende ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet.<sup>56,57</sup>

### 3.3.3 Utvärdering av anbud

Efter granskningen av leverantörerna enligt 10 och 11 kap. LOU vidtar utvärderingen av anbuden enligt 12 kap. LOU. Endast de anbud som uppfyllt kraven enligt 10 och 11 kap. LOU kan bli föremål för utvärdering. Enligt 12:1 LOU har beställaren att välja på två huvudmetoder vid utvärderingen av anbud. Lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>58</sup>

Det för uppsatsen intressanta förfarandet är då utvärdering sker enligt metoden ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Vid utvärderingen enligt angiven metod är det föremålet för upphandlingen och de specifikationer som beställaren ställt upp avseende föremålet som läggs till grund för vem som tilldelas kontraktet. Vissa av de specifikationer som ställs upp avseende föremålet för upphandlingen anses vara så vitala att de kategoriseras som skakrav.

## 3.4 Anbudsgivarens bundenhet

En leverantör som lämnar ett anbud till en beställare blir bunden av sitt anbud. Detta följer av allmänna avtalsrättsliga principer och framgår också av 1 § i Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL). Enligt AvtL regler består anbudsgivarens bundenhet intill den tidpunkt då anbudet möts av en ren accept alternativt avslås enligt 5 § AvtL. Avtalslagens nio första paragrafer är dispositiva.

I LOU finns det en särskild bestämmelse som avviker från regeln i 5 § AvtL avseende hur lång tid en anbudsgivares bundenhet sträcker sig. Bestämmelsen återfinns i 9:11 LOU. Aktuell paragraf utsträcker tiden för anbudsgivarens bundenhet till den tid som beställaren angivit i förfrågningsunderlaget. Bundenheten består även om en anbudsgivare nåtts av ett meddelande som innebär att det anbud som anbudsgivaren lämnat inte är det som beställaren antagit.

Tanken med detta undantag från den grundläggande principen i 5 § AvtL är att om tilldelningsbeslutet blir föremål för en överprövning som visar att fel anbud antagits så ska inte hela upphandlingsprocessen behöva göras om. Det kostar både tid och pengar. Istället ska rätt anbud kunna antas direkt. Nyttan av en förlängd bundenhet för avgivet anbud måste

---

<sup>55</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 408–411 och artikel 45.2 dir. 2004/18/EG.

<sup>56</sup> Prop. 2006/07:128 s. 244.

<sup>57</sup> Ytterligare information om kvalificeringsfasen återfinns i avsnitt 3.3.2.

<sup>58</sup> Prop. 2006/07:128 s. 404–405.

vägas mot proportionalitetsprincipen. Det är inte rimligt att en anbudsgivare ska vara bunden av ett anbud under en alltför lång tid då detta bidrar till osäkerhet.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Prop. 2006/07:128 s. 381–382.

## 4 Förfarandet vid överprövning av upphandlingar

Följande avsnitt presenterar översiktligt överprövningsförfarandet av en offentlig upphandling. Syftet är att ge läsaren möjlighet att sätta frågorna om skakrav och bevisbörd i sitt sammanhang. Även om uppsatsens frågeställningar bör övervägas redan i en inledande fas av ett upphandlingsförfarande är det först vid en eventuell överprövning som frågorna ställs på sin spets.

Inledningsvis kan det vara på sin plats att understryka att den typ av överprövningsförfarande som avses i detta avsnitt samt i uppsatsen i stort är överprövning av *upphandling*. Övriga typer av överprövningar av offentliga upphandlingar är överprövning av beslut att avbryta en upphandling respektive överprövning av ett avtals giltighet.

Syftet med överprövningen av en upphandling är att fastställa huruvida beställaren handlat i strid med de allmänna principerna för offentlig upphandling och/eller någon annan bestämmelse i upphandlingsreglerna. Processen syftar även till att fastställa om en leverantör har eller kunde ha lidit skada på grund av beställarens handlande. Om domstolen bifaller en talan om överprövning kan den besluta att upphandlingen ska rättas alternativt göras om helt.<sup>60</sup>

### 4.1 Principen om effektiv rättslig prövning samt processuell autonomi

Grunden för prövning av upphandlingsrättsliga tvister, inklusive överprövning av upphandling, återfinns i särskilda rättsmedelsdirektiv.<sup>61</sup> Rättsmedelsdirektiven har tagits fram för att säkerställa att direktiven avseende offentlig upphandling tillämpas och prövas på ett effektivt och korrekt sätt. Tanken är att rättsmedelsdirektiven både ska förebygga överträdelser av de upphandlingsrättsliga regelverken samt åtgärda följderna av att reglerna tillämpats felaktigt.<sup>62</sup>

I allmänhet antas att de regler som finns i Sverige avseende överprövning av offentlig upphandling ger goda möjligheter för att säkerställa principen om effektiv rättslig prövning. Avseende frågor rörande bevisbördans placering skulle dock principen om rätt till en effektiv rättslig prövning kunna få ett mer direkt genomslag i överprövningsprocessen. Om bevisbördan tilldelas en part som har bristande förutsättningar för att kunna uppfylla de beviskrav som ställs skulle detta kunna innebära ett åsidosättande av principen om effektiv rättslig prövning.<sup>63</sup>

Även om det på det upphandlingsrättsliga området finns särskilda rättsmedelsdirektiv så styrs en stor del av överprövningsförfarandet av nationella processuella regler. Detta är i linje med principen om att EU:s medlemsstater har processuell autonomi. Den processuella autonomi innebär att medlemsstaterna själva får avgöra hur prövningen av de rättigheter

---

<sup>60</sup> Pedersen s. 158.

<sup>61</sup> För LOU gäller dir. 89/665/EG och dir. 2007/66/EG.

<sup>62</sup> Syftet har fastslagits av EU-domstolen bl.a. i mål C-81/98 av den 28 oktober 1999, Alcatel, p. 35 samt kommenterats av HD i NJA 2007 s. 349.

<sup>63</sup> Asplund m.fl. s. 33.

som unionsrätten tillskriver enskilda ska gå till rent praktiskt. Förutsättningen är att principen om effektiv rättslig prövning upprätthålls.<sup>64</sup>

## 4.2 Förutsättningar för att ansöka om överprövning

Grundläggande förutsättningar för att en ansökan om överprövning ska kunna göras är att beställaren har överträtt någon av bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen och att en leverantör anser sig ha lidit skada på grund av beställarens handlande.<sup>65</sup> Överträdelsen av upphandlingslagstiftningen kan exempelvis bestå av ett anbud som inte uppfyller samtliga skakrav ändå tas med i den fortsatta utvärderingen och kanske till och med tilldelas kontaktet i beslutet om upphandling.

Det andra huvudrekvisitet som måste vara uppfyllt för att ansökan om överprövning ska kunna göras är att den leverantör som ansöker om överprövning måste kunna bevisa att denne har eller kunde ha lidit skada på grund av beställarens handlande. Den anförda skadan måste ha samband med det fel som den sökande anser att beställaren har begått. Skadan måste även konkretiseras. Ett allmänt yrkande om att den sökande har lidit skada räcker inte.<sup>66</sup>

En annan förutsättning för att kunna ansöka om överprövning är att den sökande är taleberättigad. Taleberättigade är de leverantörer som har eller skulle kunna ha lämnat anbud i den aktuella upphandlingen. Vidare måste en ansökan ha kommit in i rätt tid till den förvaltningsrätt där beställaren har sin hemvist.<sup>67</sup>

## 4.3 Följder av att en upphandling överprövas

Enligt 16:1 2–3 st. LOU inträder en så kallad avtalsspärr under tio respektive femton dagar efter det att beslut om upphandling har fattats. Om en leverantör ansöker om överprövning av upphandling under avtalsspärren förlängs spärren automatiskt. Spärren upphör först tio dagar efter det att förvaltningsrätten fattat beslut i ärendet. Det nyss sagda framgår av bestämmelserna i 16:8 1 st. LOU respektive 16:10 1 st. LOU. Om förutsättningarna för att väcka talan är uppfyllda kommer förvaltningsrätten att pröva ansökan. Om domstolen bifaller ansökan kan beställaren bli tvungen att rätta eller göra om upphandlingen.

---

<sup>64</sup> Se mål 33/76 av den 16 december 1976, Rewe.

<sup>65</sup> Asplund m.fl. s. 175–176.

<sup>66</sup> HFD har understrukat vikten av att skaderekvisitet uppfylls i HFD 2013 ref. 53.

<sup>67</sup> Asplund m.fl. s. 175.

## 5 Bevisbörda och åberopsbörda

### 5.1 Inledning

Begreppet bevisbörda används inte endast i förvaltningsrättsliga sammanhang utan likväl i civilrättsliga som i straffrättsliga sammanhang. Det inledande avsnittet i detta kapitel är en ansats till en allmän presentation av begreppet. Bevisbördans inverkan i den förvaltningsrättsliga processen offentlig upphandling behandlas längre fram i detta kapitel. I slutet av kapitlet förklaras även vad som menas med begreppet åberopsbörda.

### 5.2 Bevisbörda

#### 5.2.1 Bevisbörda, rättsfakta och bevisfakta

Om en part i ett mål har bevisbördan så fordras det att denne kan uppfylla beviskraven för att det tvistiga faktumet ska anses föreligga. Risker för att en omständighet inte har bevisats bärs med andra ord av den part som har bevisbördan.<sup>68</sup> Bevisbördan avser ansvaret för att visa att viss rättsfakta föreligger. Rättsfakta är en term som avser faktiska omständigheter som är *direkt* avgörande för om en viss rättsföljd ska föreligga eller inte. Rekvisiten för om en viss rättsföljd ska anses föreligga eller inte kan uppfyllas av ett eller flera olika rättsfakta. Rättsfakta ska särskiljas från bevisfakta. Bevisfakta avser faktiska omständigheter som har en *indirekt* betydelse för bevisningen om ett visst rättsfaktum föreligger eller inte.<sup>69</sup> Ett viktigt påpekande är att bevisbördan avseende ett visst rättsfaktum endast kan innehas av en part åt gången. Motsatt förhållande skulle i teorin kunna innebära att ingen av parterna uppfyller sin bevisbörda avseende ett visst rättsfaktum. Detta skulle i sin tur skapa uppenbara problem för en domstol vid avgörandet av frågan.<sup>70</sup>

Som det konstaterats ovan innefattar bevisbördan ansvar för att bevisa viss rättsfakta. I sammanhanget är det viktigt att understryka att detta i praktiken endast innebär en skyldighet att visa, inträffade eller möjliga, *faktiska skeenden*. Bevisbördan innebär aldrig en skyldighet att visa vad som är gällande rätt eller hur den rättsliga bedömningen av framlagda bevis (rättsfakta) ska göras.<sup>71</sup> Vilken part som bär bevisbördan får stor betydelse i en situation där det, till följd av oklara faktiska förhållanden, finns en osäkerhet avseende hur rätten ska tillämpas. Om parterna är överens om de faktiska omständigheterna i ett mål men inte angående hur dessa ska anses påverka utgången i målet är det inte bevisbördans placering i sig som kommer att avgöra utgången i målet.<sup>72</sup> Det är när de faktiska omständigheterna är oklara samtidigt som ingen av parterna har lyckats framlägga tillräckliga bevis för att klarlägga läget som frågan om bevisbördans placering ställs på sin

---

<sup>68</sup> Nordh s. 24 samt Asplund m.fl. s. 289.

<sup>69</sup> Nordh s. 21.

<sup>70</sup> Nordh s. 25, NJA 2006 s. 117 och Heuman s. 117 ff.

<sup>71</sup> Nordh s. 22 samt Asplund m.fl. s. 289.

<sup>72</sup> Asplund m.fl. s. 289.

spets. För att ärendet ska kunna avgöras måste domstolen i dessa fall avgöra vilken part som har bevisbördan.<sup>73</sup>

### **5.2.1.1 Materiell respektive processuell bevisbörda**

Under en rättslig process är det inte ovanligt att bevisbördan skickas fram och tillbaka mellan parterna. Den bevisbörda som kan flyttas mellan parterna vid en prövning i domstol benämns ”processuell bevisbörda” och ibland även ”falsk bevisbörda”.<sup>74</sup>

Situationen uppkommer när den part som ursprungligen har bevisbördan har lagt fram ett mycket starkt bevisfaktum. Den part som har bevisbördan har i detta fall inte endast uppfyllt bevisbördekravet utan har, som en följd av bevisfaktumets styrka, även förskjutit bevisbördan till motparten. Det blir då upp till motparten att framlägga ett annat bevisfaktum för att på så sätt flytta tillbaka bevisbördan till den ursprungliga innehavaren.<sup>75</sup>

Att beteckningen ”falsk” bevisbörda används beror sannolikt på en vilja att understyrka att det rent juridiskt inte sker någon faktisk förflyttning av bevisbördan. Den materiella (”äkta”) bevisbördan stannar alltså hos den part som från början har bevisbördan. Rent praktiskt, i domstolsprocessen, sker dock en förflyttning av bevisbördan. Om motparten inte förmår att skjuta tillbaka bevisbördan till den part som ursprungligen hade den blir det istället motparten som drabbas av följderna av en ej uppfylld bevisbörda.<sup>76</sup>

Framöver i denna framställning kommer, om åtskillnad är nödvändig, begreppen materiell respektive processuell bevisbörda att användas. Uppsatsförfattarens åsikt är att dessa begrepp är tydligare än äkta respektive falsk bevisbörda eftersom begreppet falsk bevisbörda kan ge intryck av att denna typ av bevisbörda är av mindre vikt. Som det framkommit ovan är frågan om vem av parterna som har den processuella (falska) bevisbördan i praktiken lika viktig som frågan om vem som har den processuella (äkta) bevisbördan.

### **5.2.2 Vilken bevisbörda avses i uppsatsens frågeställning?**

Den första underfrågan avser beviskyldigheten för av anbudsgivare lämnade uppgifter under själva upphandlingsförfarandet. Det blir med andra ord fråga om den materiella bevisbördan.

I den tredje underfrågan blir det frågan om, och i så fall när, den materiella bevisbördan kan uppfyllas på det sätt som anges i föregående avsnitt och därmed medföra att den processuella bevisbördan förskjuts till motparten.

---

<sup>73</sup> Asplund m.fl. s. 289–290.

<sup>74</sup> Nordh s. 27 och 30. Asplund m.fl. s. 290 med hänvisning till Ekelöf m.fl. s. 88.

<sup>75</sup> Att det nyss sagda är möjligt framgår av NJA 2006 s. 638. Kommenteras av Nordh s. 27 och 30.

<sup>76</sup> För ytterligare om äkta och falsk bevisbörda se Nordh s. 30.



### 5.2.3 Bevisbördans placering enligt unionsrätten

I upphandlingsdirektivet finns inte några allmänna regler om bevisbördans placering avseende frågor rörande uppfyllandet av de krav som i Sverige benämns skakrav. Det blir därmed upp till den enskilda medlemsstaten (Sverige) att inom ramen för den processuella autonomi för varje enskilt fall avgöra hur och var bevisbördan ska placeras.<sup>77</sup>

En annan följd som avsaknaden av generella regler för bevisbördans placering torde, enligt uppsatsförfattarens mening, vara att de allmänna principerna för offentlig upphandling, och inte minst principen om effektiv rättslig prövning, få ett större genomslag. Detta eftersom domstolarna, vid avsaknad av lagstiftning, i större utsträckning måste söka stöd i principerna vid avgörandet av tvister.

### 5.2.4 Allmänt om bevisning inom ramen för offentlig förvaltning

I syfte att bredda synfältet görs i detta avsnitt en kortare presentation av bevisvärderingen i allmänhet vid handläggning av ärenden inom statlig förvaltning. Syftet är att skapa en referens inför redogörelsen för hur reglerna om bevisbördan avseende skakrav vid offentlig upphandling är uppbyggda.

De allmänna reglerna avseende offentlig förvaltning återfinns i förvaltningslagen<sup>78</sup> (FL) och avser "förvaltningsmyndigheter". Begreppet innefattar de flesta, men inte alla, organ som lyder under reglerna i LOU.<sup>79</sup> Vidare är FL, såväl som förvaltningsprocesslagen<sup>80</sup> (FPL), subsidiära vilket innebär att exempelvis en bestämmelse i LOU har företräde om denna avviker från vad FL eller FPL säger. Detta framgår av 3 § FL respektive 2 § FPL.

#### 5.2.4.1 Bevisbördans placering vid handläggningen av ett ärende inom offentlig förvaltning

Utgångspunkten för vad som godtas som bevis inom ramen för en förvaltningsrättslig process är att fri bevisföring råder. Med andra ord är det, om inte speciallagstiftning säger annat, fritt att använda sig av tillgängliga bevismedel. Normalt har också myndigheten rätt att fritt värdera anförd bevisning. Det nyss sagda brukar benämnas "den fria bevisprövningens princip".<sup>81</sup>

Avseende bevisbördan tillämpas som grundregel inom allmän förvaltning officialprincipen. Denna princip innebär kortfattat att det är myndigheten som ska bära risken om ett ärende inte blir ordentligt utrett. Generellt kan sägas att när en myndighet vidtar åtgärder i det allmännas intresse så ska officialprincipen prägla handläggningen av ärendet.<sup>82</sup> Detta

---

<sup>77</sup> Ett undantag från det nyss sagda torde vara artikel 23 p. 4 i dir. 2004/18/EG där bevisbördan för en viss typ av kvalificeringskrav åläggs leverantören.

<sup>78</sup> Fullständig beteckning: Förvaltningslag (1986:223).

<sup>79</sup> Se FL 1 §. Begreppet utesluter bl.a. aktiebolag ägda av stat och kommun. För definition av begreppet "förvaltningsmyndigheter" hänvisas till Ragnemalm s. 39.

<sup>80</sup> Fullständig beteckning: Förvaltningsprocesslag (1971:291).

<sup>81</sup> Ragnemalm s. 109–110 och Asplund m.fl. s. 290.

<sup>82</sup> Ragnemalm s. 80 och 110–111.

generella uttalande bör nyanseras något då en myndighets utredningsansvar har ansetts variera beroende på det aktuella ärendets beskaffenhet.<sup>83</sup>

Den första av två allmänna nyanser som kan urskiljas är beslut som anses som betungande för den det berör. I dessa fall är det i allmänhet den beslutsfattande myndigheten som tillskrivs bevisbördan. För det andra typfallet, där en enskild individ vänder sig till en myndighet för att utfå någon typ av förmån av det allmänna, måste bevisbördan justeras något. I dessa fall måste den enskilde göra vissa ansträngningar för att visa att denne bör beviljas den begärda förmånen. I nyss nämnda fall tilldelas med andra ord den enskilde, till viss del, bevisbördan.<sup>84</sup>

Det som sammanfattningsvis kan sägas angående bevisbördans placering vid handläggningen av ett ärende hos en förvaltningsmyndighet är att bevisbördan som utgångspunkt placeras hos myndigheten. Konstaterandet är allmänt hålllet. Särskilt med tanke på att det är de enskilda materiella reglerna som i mångt och mycket styr när bevisbördan ska fördelas i praktiken. Konstaterandet måste dock anses som en tillräckligt god utgångspunkt för granskningen av bevisbördans placering enligt reglerna om offentlig upphandling.

### 5.2.5 Bevisbördans placering vid offentlig upphandling

Begreppet bevisbörda ger i första hand associationer till då bevisbördan åläggs en part vid prövningen av en viss fråga i en domstol. Detta gäller även i upphandlingsrättsliga sammanhang då det är vid mål om överprövning av en upphandling som frågan om vem som har bevisbördan ställs på sin spets. Vikten av bevisbördans placering gör att det finns all anledning att uppmärksamma bevisfrågor långt innan en upphandling, eventuellt, ska överprövas av en domstol.

Precis som det konstaterats avseende bevisbördan vid offentlig förvaltning i allmänhet är det svårt att på ett meningsfullt sätt formulera en generell regel om bevisbördans placering vid överprövning av upphandlingar. Lagtexten är i allmänhet fokuserad på den materiella utgången av en viss situation. Vilken av parterna som har bevisbördan behandlas i allmänhet inte i lagtexten.<sup>85</sup>

Det är också svårt att få ledning avseende bevisbördans placering vid överprövning av en offentlig upphandling genom att studera de allmänna slutsatserna om bevisbördans placering vid förvaltning i allmänhet. För det första är sådana slutsatser allmänt hållna. För det andra kan ett tilldelningsbeslut inom ramen för en offentlig upphandling inte sägas likna något av de två typfall som kan urskiljas inom den statliga förvaltningen. Överprövningen av

---

<sup>83</sup> Ragnemalm s. 83.

<sup>84</sup> Ragnemalm s. 110–111.

<sup>85</sup> Asplund m.fl. s. 290.

en upphandling liknar mer kommersiella tvistemål än de två vanligast föreliggande situationerna i allmänna förvaltningsrättsliga sammanhang.<sup>86</sup>

På grund av att mål om överprövning av upphandlingar skiljer sig så pass mycket från andra mål inom offentlig förvaltning framstår inte officialprincipen som den mest gynnsamma utgångspunkten för en utredning avseende bevisbördans placering. På grund av att dessa skillnader måste utredningen av bevisbördans placering anpassas efter de särskilda omständigheter som råder. Ett sätt att närma sig frågan är att söka ledning i bevisbördeteorier.<sup>87</sup>

#### **5.2.5.1 Placering med ledning av bevisbördeteorier**

Det finns ett flertal så kallade bevisbördeteorier som erbjuder olika metoder för att fastställa vilken av parterna som vid en tvist ska bära bevisbördan. Nedan redogörs för ett par av de bevisbördeteorier som kan tänkas vara användbara inom upphandlingsrättens område.

##### **5.2.5.1.1 Materiella bevisbörderegler**

Om ledning söks i de materiella bevisbördereglerna anges där att bevisbördan ska placeras så att syftet med den materiella regeln får så stort genomslag som möjligt. Att göra så i upphandlingsmål framstår inte som oproblemiskt. Det måste i allmänhet sägas vara svårt att ur de upphandlingsrättsliga principerna, vilka de materiella reglerna ofta syftar till att upprätthålla, utläsa vilken av parterna som ska ha bevisbördan. Detta eftersom att principerna syftar till att tillvarata såväl beställarens som leverantörernas respektive intressen.<sup>88</sup>

Ett exempel där de materiella bevisbördereglerna ändå kan appliceras på upphandlingsrättens område med tillfredställande resultat är när en upphandling genomförs utan föregående annonsering. Syftet med att upphandlingar i allmänhet måste annonseras är bland annat att sörja för god konkurrens och lika möjligheter för alla potentiella leverantörer. Möjligheten att frångå kravet på annonsering är en undantagsregel. För att säkerställa att inte syftet med reglerna om krav på annonsering går om intet hamnar därför bevisbördan på den part som vill använda sig av aktuell undantagsregel. Med andra ord är det naturligt att i dessa fall placera bevisbördan hos beställaren.<sup>89</sup>

##### **5.2.5.1.2 Bevissäkringsprincipen**

Principen bygger på antagandet att den part som typiskt sett har lättast att inhämta information om ett visst rättsfaktum också ska få bevisbördan för att bevisa aktuellt rättsfaktums existens. För att återigen ta exemplet om upphandling utan föregående annonsering leder även denna princip till att bevisbördan placeras hos beställaren. Det

---

<sup>86</sup> Se kapitel 4 ang. överprövning av upphandlingar.

<sup>87</sup> Asplund m.fl. s. 291.

<sup>88</sup> Asplund m.fl. s. 291.

<sup>89</sup> Asplund m.fl. s. 291–292.

måste anses enklare för en beställare att styrka att skäl för undantag från huvudregeln förelåg än att en sökande leverantör ska försöka bevisa att skäl för undantag *inte* förelåg.<sup>90</sup>

Heuman har fört fram bevissäkringsprincipen som den mest användbara principen för fördelningen av bevisbördan i civilmål. Upphandlingsrättsliga mål har många likheter med civila tvistemål.<sup>91</sup> Med tanke på detta samt att bevissäkringsprincipen anses lämpad för fall där de intressen som ska tillvaratas är jämt fördelade på parterna framstår det som meningsfullt att här ytterligare redovisa bevissäkringsprincipens metoder för att placera bevisbördan.<sup>92</sup>

En värdefull följd av tillämpningen av bevissäkringsprincipen som förts fram är att den kan bidra till att minska antalet tvister. Om parterna redan från början åläggs att inhämta och dokumentera centrala omständigheter antas detta vara ett effektivt sätt att förebygga framtida tvister på.<sup>93</sup> Effekten måste antas vara överförbar även på parterna inom ramen för en offentlig upphandling. Om exempelvis ett beslut om tilldelning av ett kontrakt överprövas är sannolikheten större för att utgången i målet blir materiellt rimlig om parterna redan under upphandlingsprocessens gång haft en skyldighet att säkra bevis. Det nyss sagda ska jämföras med en situation där sådan information måste inhämtas i efterhand.<sup>94</sup>

När bevisbördan anvisas en viss part med stöd av bevissäkringsprincipen måste det även finnas en rimlig metod för att inhämta anvisad information. Vid offentlig upphandling ställs det jämfört med andra kommersiella sammanhang långtgående krav på att skriftväxling, anbud, intyg och dylikt ska dokumenteras väl. Asplund m.fl. ser detta faktum som bidragande till att det kan finnas goda förutsättningar för att tillämpa bevissäkringsteorin i upphandlingssammanhang.<sup>95</sup> Det framstår med andra ord som att de metodiska förutsättningarna för att tillämpa bevissäkringsteorin i upphandlingssammanhang är goda.

Heuman påpekar att även om bevissäkringsprincipen i grunden är applicerbar i princip alla sammanhang har metoden ändå begränsningar. Om det inte finns någon lämplig metod för att säkra bevisning till hands kan inte principen tillämpas.<sup>96</sup> En annan avgörande faktor för möjligheten att fördela bevisbördan enligt bevissäkringsprincipen är om en viss part har kontroll över ett visst händelseförlopp. Heuman anger att om någon av parterna utövar en sådan typ av inflytande är det också denna part som ska åläggas bevisbördan.<sup>97</sup>

Som tidigare nämnts anför Asplund m.fl. att en tillämpning av bevissäkringsprincipen inom upphandlingsrättens område skulle kunna fungera bra som vägledning för placeringen av bevisbördan vid överprövningar. Upphandlingsprocessen i sig varierar överlag betydligt

---

<sup>90</sup> Asplund m.fl. s. 292.

<sup>91</sup> RÅ 2009 s. 69.

<sup>92</sup> Heuman s. 501, hänvisning i Asplund m.fl. s. 292.

<sup>93</sup> Heuman s. 171–174, hänvisning i Asplund m.fl. s. 292.

<sup>94</sup> Heuman s. 171–174 och s. 176, hänvisning i Asplund m.fl. s. 292–293.

<sup>95</sup> Asplund m.fl. s. 293.

<sup>96</sup> Heuman s. 502.

<sup>97</sup> Heuman s. 503, hänvisning i Asplund m.fl. s. 293.

mindre jämfört med de inköpsprocesser som privata företag använder sig av. Beställaren respektive leverantören ansvarar för samma typ av återkommande moment i upphandlingsförfarandet och blir därför med tiden vana att hantera det material som skulle kunna användas som bevisning vid en framtida tvist.<sup>98</sup>

Asplund m.fl. ger ett exempel på tillämpningen av bevissäkringsprincipen vid mål om överprövning. Om tvistiga omständigheter kan utredas genom bevisning i form av handlingar som beställaren själv ska upprätta och diarieföra är den naturliga följden också att beställaren tilldelas bevisbördan för aktuellt rättsfaktum. Författarna konstaterar även att tillämpningen av en materiell bevisbörderegler torde leda till samma slutsats. Syftet med de krav som finns på beställaren att dokumentera vissa handlingar är att underlätta transparens och kontroll av upphandlingsförfarandet. Om beställaren i ett senare skede inte skulle behöva bära risken för att kraven på dokumentation inte uppfyllts skulle reglerna i praktiken tappa sitt syfte.<sup>99</sup>

#### 5.2.5.1.3 Placering efter ursprungssannolikhet

Om det utifrån allmänna erfarenheter kan sägas att det finns en större sannolikhet för att ett visst rättsfaktum föreligger än att det inte gör det kan den så kallade ursprungssannolikheten användas som grund för placeringen av bevisbördan.

Teorin tillämpas på så sätt att den part som hävdar något som inte är i linje med ursprungssannolikheten också tilldelas bevisbördan för detta rättsfaktum. Motivet till användandet av ursprungssannolikheten är att det antas bidra till att öka sannolikheten för en materiellt riktig utgång av en tvist. Heuman understryker dock metodens begränsning för de situationer där fler parametrar än just ursprungssannolikheten bör vägas in vid placeringen av bevisbördan.<sup>100</sup>

#### 5.2.5.1.4 Överviktsprincipen

Metoden innebär att domstolen, istället för att placera bevisbördan hos någon av parterna, avgör en tvist genom att ta ställning till vad som är mest sannolikt. Ställningstagandet görs med grund i den bevisning som parterna har lagt fram. Även små skillnader avseende parternas bevisning kan därmed bli avgörande för domstolens bedömning. Genom en tillämpning av överviktsprincipen sänks kravnivån på den bevisning som parterna anför. Därmed riskerar domstolens beslutsunderlag att urholkas.<sup>101</sup>

Heuman verkar betrakta överviktsprincipen som en metod som kan tillämpas främst när bevissäkringsprincipen inte kan tillämpas. Ett sådant fall antas vara när båda parterna har

---

<sup>98</sup> Asplund m.fl. s. 293–294.

<sup>99</sup> Asplund m.fl. s. 294.

<sup>100</sup> Heuman s. 432 och 434, hänvisning i Asplund m.fl. s. 294–295.

<sup>101</sup> Heuman s. 457–458, hänvisning i Asplund m.fl. s. 295.

likvärdiga svårigheter att säkra bevisning. Metoden har dock en inbyggd begränsning eftersom två parter sällan har exakt samma möjligheter att säkra bevis.<sup>102</sup>

Överviktsprincipen har enligt Heuman inte tillämpats av Högsta domstolen (HD). De synbara anledningarna till detta verkar vara att de materiella bevisbördereglerna och bevissäkringsteorin har vägt tyngre när metod för bevisbördans fördelning ska fastslås. Att överviktsprincipen i praktiken sänker kraven på parternas bevisning antas också ha bidragit till att den hittills använts sparsamt.<sup>103</sup>

Trots att överviktsprincipen inte tillämpats av HD för Asplund m.fl. fram principen som en metod passande för frågan om bevisbördans placering vid mål om överprövning. I en situation där båda parterna har samma förutsättningar för att skaffa fram bevisning anser Asplund m.fl. att överviktsprincipen är en lämplig metod för bevisbördans placering.<sup>104</sup> Författarnas uttalande måste kunna sägas gå i linje med Heumans uttalande om att överviktsprincipen borde kunna tillämpas "... i de många fall då en avvägning av enskilda och allmänna intressen inte utfaller till någondera partens förmån."<sup>105</sup>

#### 5.2.5.1.5 Avslutande kommentar avseende bevisbördeteorier

Att vid placering av bevisbördan vid offentlig upphandling använda sig av en kategorisk tillämpning av bevisbörderegler förefaller, med bakgrund i de komplexa reglerna avseende offentlig upphandling, som svårt. Den sannolikt mest lyckosamma metoden torde vara att, som Asplund m.fl. med stöd av Heuman anför, använda sig av flera bevisbördeteorier i kombination. En ordentlig avvägning av de särskilda omständigheter och hänsynstaganden som den offentliga upphandlingen medför framstår också som nödvändig.<sup>106</sup>

### 5.3 Åberopsbörda

Att parterna vid en överprövning av upphandling har åberopsbördan innebär att domstolen, enligt den så kallade förhandlingsprincipen, prövar de omständigheter som parterna lägger fram. Motsatsen till förhandlingsprincipen är officialprincipen. Inom ramen för officialprincipen kan en domstol själv inhämta och ta hänsyn till andra omständigheter än de som parterna anført. Detta handlande benämns *ex officio*.<sup>107</sup>

Vad gäller åberopsbördans tillämplighet vid överprövning av upphandlingar kan det först konstateras att EU-domstolen har överlämnat till medlemsstaternas nationella rättsordningar att avgöra om åberopsbördan ska tillämpas eller inte.<sup>108</sup> Huvudregeln i Sverige är att åberopsbördan och den därmed sammanhängande förhandlingsprincipen tillämpas vid överprövningar av upphandlingar. Tillämpningen kan sägas vara ett avsteg från

---

<sup>102</sup> Heuman s. 458.

<sup>103</sup> Heuman s. 457–458.

<sup>104</sup> Asplund m.fl. s. 295.

<sup>105</sup> Heuman s. 458.

<sup>106</sup> Asplund m.fl. s. 296–297 samt Heuman s. 511.

<sup>107</sup> Begreppen förklaras av Asplund m.fl. s. 279–280.

<sup>108</sup> Se mål C-315/01 av den 19 juni 2003, GAT, p. 45–60, hänvisning från Asplund m.fl. s. 279.

de allmänna principerna vid offentlig förvaltning där officialprincipen har ett betydligt större inflytande över förvaltningsförfarandet och prövningen i domstolarna.<sup>109</sup>

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har, med tillämpning av åberopsbörda, fastslagit att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig måste ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Detta måste ske på ett klart och tydligt sätt.<sup>110</sup> Att åberopsbörda tillämpas vid mål om överprövning av offentlig upphandling innebär generellt sett att domstolarna inte kan ta hänsyn till andra omständigheter eller annat material än vad parterna lagt fram.<sup>111</sup>

Åberopsbördan har likheter med och verkar ofta sammanfalla med bevisbördan. För parterna innebär åberopsbördan i praktiken en skyldighet att lägga fram rättsfakta. Likt bevisbörda kan en processuell åberopsbörda skapas och skjutas över till motparten. Situationen uppkommer i det fall där den part som gör gällande att en upphandling är felaktigt utförd lägger fram övertygande rättsfakta som styrker påståendet samtidigt som motparten inte förmår motbevisa den grund som anförs för talan.<sup>112</sup>

Gällande åberopsbördans inverkan på besvarandet av frågeställningen förefaller det som att två huvudpunkter bör tas i minne. För det första att det vid överprövning av en upphandling är just de omständigheter som parterna lägger fram som domstolen har att utgå ifrån. För det andra framstår det som viktigt att beställaren skaffar sig möjligheter att bemöta rättsfakta som läggs fram inom av den sökande inom ramen för tillämpningen av åberopsbörda.

---

<sup>109</sup> Se avsnitt 5.2.4 ang. de allmänna principerna för offentlig förvaltning samt Asplund m.fl. s. 280.

<sup>110</sup> RÅ 2009 ref.69.

<sup>111</sup> Asplund m.fl. s. 283 och 287.

<sup>112</sup> Asplund m.fl. s. 284–285.

## 6 Beställarens kontrollskyldighet

### 6.1 Inledning

Med tanke på att skakrav avseende föremålet för upphandlingen ofta uppfylls utan att särskild bevisning bifogas lämnat anbud blir det intressant att ställa sig frågan vilken skyldighet som en beställare har att kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnar. Avseende övriga kategorier av skakrav framstår det även där som intressant att veta vilken skyldighet beställaren har att kontrollera de uppgifter som anges i anbudet.

Som tidigare nämnts måste de krav som uppställs vid en upphandling vara möjliga att kontrollera.<sup>113</sup> Följande citat är hämtat från ett mål i EU-domstolen där frågan huruvida ett upphandlingskriterium innebärande att en viss andel av framtida elleveranser måste komma ifrån förnybara energikällor var förenligt med principerna om offentlig upphandling:<sup>114</sup>

”Det kan konstateras att ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling.”

Utifrån EU-domstolens praxis kan det konstateras att *möjligheten* att kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnar alltid måste finnas. Utifrån detta blir det intressant att undersöka huruvida det föreligger någon *skyldighet* för beställaren att kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnar.

Det enkla svaret på om beställaren enligt den nu gällande rättstillämpningen har en generell skyldighet att kontrollera en utfästelse om att ett skakrav är uppfyllt är ”nej”. Det finns ingen sådan generell skyldighet. Beställarens kontrollskyldighet har inte prövats av högsta instans men varken praxis från kammarrätterna, förarbeten eller doktrin tycks ålägga beställaren kontrollskyldighet avseende de uppgifter som lämnats i ett anbud.<sup>115</sup>

Under de senaste åren har frågan om beställarens kontrollskyldighet prövats ett par gånger i kammarrätterna. Prövningen i kammarrätterna har avsett kontrollskyldigheten avseende skakrav ställda på föremålet för upphandlingen. Rosén Andersson m.fl. verkar dock dra slutsatsen att en beställare har begränsad kontrollskyldighet avseende *samtliga* uppgifter som lämnas i ett anbud.<sup>116</sup>

Utöver praxis avseende en beställares kontrollskyldighet behandlas i avsnittet även två artiklar på avseende beställarens kontrollskyldighet. Syftet med att återge de synpunkter på rättsläget som framkommer i artiklarna är att ge ytterligare infallsvinklar inför besvarandet

---

<sup>113</sup> Se avsnitt 3.2.2 ang. krav på skakraven.

<sup>114</sup> C-488/01 av den 11 november 2003, Wienstrom, p. 52

<sup>115</sup> Rosén Andersson m.fl. s. 422–423 och Kammarkollegiets artikel *Är en upphandlande myndighet skyldig att kontrollera uppgifter som lämnats i ett anbud?* <http://www.upphandlingsstod.se/juristen-svarar/%C3%A4r-en-upphandlande-myndighet-skyldig-att-kontrollera-uppgifter-som-l%C3%A4mnats-i-ett>, hämtad 2013-12-21 kl. 14:45.

<sup>116</sup> Rosén Andersson m.fl. s. 422.



av uppsatsens frågeställning. I kapitlet kommenteras även en beställares möjligheter att begära förtydliganden och kompletteringar från anbudsgivarna.

## **6.2 Beställarens kontrollskyldighet enligt praxis**

### **6.2.1 Kammarrätten i Göteborg, december 2009<sup>117</sup>**

Huvudfrågan i målet var huruvida uppgifter om vissa anbudsgivares bristande uppfyllelse av skakrav som framkommit först i samband med ansökan om överprövning skulle få läggas till grund för en ny utvärdering eller inte. Upphandlingen avsåg kontorsmöbler. Tre anbudsgivare hade i sina anbud angivit att de uppfyllde samtliga ställda skakrav. Kommunen hade ingen uppenbar anledning att misstro anbudsgivarnas uppgifter avseende skakravsuppfyllelsen och gjorde därför inga kontroller av lämnade uppgifter. I samband med överprövning av upphandlingen framkom det att tre av de anbud som utvärderats inte uppfyllde ställda skakrav. Den bristande uppfyllelsen var ostridig.

Kammarrätten konstaterade inledningsvis att en beställare inte har någon skyldighet att kontrollera de uppgifter som lämnats i ett anbud om det inte finns särskild anledning. Vidare anförde Kammarrätten att enligt likabehandlingsprincipen får en beställare inte efterge uppställda skakrav. För att upprätthålla likabehandlingsprincipen blev därför beställaren tvungen att rätta upphandlingen genom att utesluta de anbudsgivare som inte uppfyllde uppställda skakrav. Detta trots att uppgifterna blivit kända först efter det att upphandlingen avslutats.

### **6.2.2 Kammarrätten i Stockholm, oktober 2010<sup>118</sup>**

I aktuellt fall hade den sökande leverantören uteslutits på grund av bristande skakravsuppfyllelse, trots att leverantören angett i sitt anbud att samtliga skakrav var uppfyllda. Beställaren hade i samband med anbudsutvärderingen gjort egna efterforskningar avseende föremålet för upphandlingen, en skrivare, på leverantörens hemsida och med där funnen specifikation som grund kommit fram till att ett visst skakrav inte uppfylldes.

I samband med upphandlingen hade beställaren inte uppställt något krav på att bevismedel avseende skrivarens uppfyllelse av skakraven skulle bifogas anbudet. Kammarrätten konstaterade att beställaren genom att låta göra en egen undersökning avseende skrivarens prestanda, och genom att lägga denna undersökning till grund för utvärderingen av anbudet hade åsidosatt likabehandlingsprincipen.

### **6.2.3 Kammarrätten i Jönköping, juni 2011<sup>119</sup>**

Kammarrätten prövade en ansökan om överprövning där sökande leverantör anförde att det vinnande anbudet inte uppfyllde samtliga skakrav. I aktuellt fall hade beställaren inte gjort gällande att kravet skulle bevisas på ett visst sätt utan bevisbördan uppfylldes genom att anbudsgivaren i anbudet uppgav att skakraven var uppfyllda.

---

<sup>117</sup> Kammarrätten i Göteborg mål 4904-09 av den 18 december 2009.

<sup>118</sup> Kammarrätten i Stockholm mål 4583-10 av den 15 oktober 2010.

<sup>119</sup> Kammarrätten i Jönköping mål 981-11 av den 10 juni 2011.

Kammarrätten konstaterade i sin dom att det inte, varken i förarbeten eller i praxis, föreligger någon skyldighet för beställaren att kontrollera en uppgift i ett anbud innebärande att anbudsgivaren uppfyller ställda skakrav. Kammarrätten konstaterade vidare att beställaren endast är skyldig att stämma av att anbudet innehåller en uppgift om att samtliga skakrav är uppfyllda.

Kammarrätten anförde till stöd för sitt resonemang att när beställaren *inte* ställt särskilda krav på bevisning avseende uppfyllelsen av ställda skakrav skulle en kontroll av anbudsgivares uppfyllelse kunna strida mot de upphandlingsrättsliga principerna och/eller valt upphandlingsförfarande. Kammarrätten hänvisade i denna del också till kammarrätten i Stockholm.<sup>120</sup>

I sammanhanget kan tilläggas att kammarrätten i Jönköping senare under 2011 avgjorde ett liknande mål där beställarens kontrollskyldighet var föremål för prövning. Domstolen intog då samma hållning som i aktuellt fall och verkar ha byggt huvuddelen av sitt resonemang på samma grund som ovan.<sup>121</sup>

#### 6.2.4 Kammarrätten i Göteborg, januari 2013<sup>122</sup>

Beställaren hade uppställt ett skakrav som innebar att leverantören måste ha minst 20 typer av textilier av en särskild typ i sitt sortiment. Ett annat skakrav innebar att prislistor skulle bifogas anbudet. Av prislistorna kunde det utläsas att leverantören inte hade 20 typer av textilier av den särskilda typen. Beställaren uteslöt leverantören på grund av brist i skakravet avseende antalet textilier i sortimentet.

Kammarrätten konstaterade att det var fel av beställaren att utesluta leverantören. Inget särskilt krav på bevisning hade uppställts avseende antalet textilier i sortimentet varför skakravet ska anses som uppfyllt redan genom att leverantören bekräftat att skakravet var uppfyllt. Att det av andra delar av anbudet indirekt framgick att skakravet avseende antalet textilier inte uppfylldes fick inte läggas till grund för ett uteslutande av leverantören.

### 6.3 Artiklar avseende beställarens kontrollskyldighet

#### 6.3.1 Kammarkollegiet

I artikeln *Är en upphandlande myndighet skyldig att kontrollera uppgifter som lämnats i ett anbud?* kommenterar Kammarkollegiet beställares kontrollskyldighet avseende de uppgifter som lämnas i ett anbud.<sup>123</sup> Efter en genomgång av huvuddelen av ovan angivna rättsfall börjar Kammarkollegiet med att konstatera att formuleringen av de krav som uppställs vid offentlig upphandling måste medge att beställaren har möjlighet att kontrollera kravens uppfyllelse.

---

<sup>120</sup> Kammarrätten i Stockholm mål 4583-10 av den 15 oktober 2010.

<sup>121</sup> Kammarrätten i Jönköping mål 1472–1474-11 av den 27 september 2011.

<sup>122</sup> Kammarrätten i Göteborg mål 6845-12 av den 2 januari 2013.

<sup>123</sup> <http://www.upphandlingsstod.se/juristen-svarar/%C3%A4r-en-upphandlande-myndighet-skyldig-att-kontrollera-uppgifter-som-l%C3%A4mnats-i-ett>, daterad 2013-11-27, hämtad 2013-12-21 kl. 14:45.

I enlighet med praxis görs också konstaterandet att en beställare som huvudregel inte ska behöva kontrollera de uppgifter som anbudsgivare lämnar i sina anbud. Avseende frågan när en skyldighet för beställaren att kontrollera lämnade uppgifter kan tänkas inträda nöjer sig Kammarkollegiet med att konstatera att rättsläget på angiven punkt är oklart.

Som ett sätt att undvika situationen att det i efterhand framkommer uppgifter om anbudsgivares bristande uppfyllelse av skakrav lyfter Kammarkollegiet fram möjligheten att vid upphandlingen begära bevis på att uppställda skakrav verkligen uppfylls. Vikten av att iaktta de grundläggande principerna för upphandling, särskilt proportionalitetsprincipen, vid begäran av bevisning om skakravsuppfyllelse påtalas likväl. Fördelen med att begära bevisning anses vara en minskad risk för att ingångna kontrakt måste rivas upp. Nackdelar som anförs är att antalet anbud kan minska. Minskat antal anbud anses bidra till minskad konkurrens. En ytterligare nackdel med att begära bevisning anges vara ökade kostnader för leverantörer.

### 6.3.2 Artikel: *Ska det vara tillåtet att fuska till sig anbud?*

I artikeln argumenterar juristerna Josephson, Nilsson, Stavenow, Stefansson för att beställarens kontrollskyldighet avseende de uppgifter som anbudsgivare lämnar ska utökas.<sup>124</sup> Artikelförfattarna argumenterar för att det kan strida mot unionsrätten om en beställare *inte* kontrollerar anbudsgivarnas uppgifter.<sup>125</sup>

Vidare anförs det i artikeln att nuvarande ordning gynnar oseriösa anbudsgivare som svarar ja på frågan om samtliga krav är uppfyllda trots att så inte är fallet. Författarna anser att presumtionen om att de uppgifter som lämnats av anbudsgivaren är sanningsenliga måste kunna ifrågasättas enklare och oftare än vad som sker i dagens läge. I artikeln anförs också att beställarens begränsade kontrollskyldighet riskerar att bryta mot likabehandlingsprincipen samt skada konkurrensen.

## 6.4 Beställarens möjligheter att begära förtydliganden och kompletteringar från anbudsgivare

9:8 2 st. 1 men. LOU har följande lydelse:

”Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.”

Även om det redan av lagtexten framgår att bestämmelsen i sig *inte* innebär någon kontrollskyldighet, eller ens möjlighet att kontrollera den faktiska uppfyllelsen av ett skakrav generellt sett, *kan* bestämmelsen ändå till viss del *anses* få en kontrollerande effekt. Effekten uppkommer i en situation då en leverantör förtydligar eller kompletterar en uppgift om att ett skakrav är uppfyllt.

---

<sup>124</sup> <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.481447/ska-det-vara-tillatet-att-ljuga-sig-till-kontrakt>, hämtad 2013-12-21.

<sup>125</sup> Påståendet grundas i ett uttalande från EU-domstolen i mål C-448/01 Wienstrom.

Falk har, utefter ett yttrande från generaladvokat Lenz, utformat följande exempel som här återges fritt:<sup>126</sup> Om en anbudsgivare anger att han har F-skattsedel men inte bifogar detta till sitt anbud, trots att det finns ett krav härom, kan beställaren enligt 9:8 2 st. LOU begära att anbudsgivaren kompletterar sitt anbud med en kopia på F-skattsedeln. En komplettering av angivet slag måste dock alltid ske med bibehållen hänsyn till de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Möjligheten att begära kompletteringar ska därför användas restriktivt och med omsorg.<sup>127</sup>

Falks exempel anger även att en leverantör som *inte* i sitt anbud angivit att denne har F-skattsedel *inte* på begäran av beställaren, eller på eget bevåg, får komplettera sitt anbud i efterhand. Kompletteringen har inkommit efter anbudstidens utgång och kan därför inte beaktas med hänsyn till de upphandlingsrättsliga principerna.

---

<sup>126</sup> Falk s. 270. Generaladvokat Lenz yttrande gjordes i förslag till dom i mål C-87/94, Europeiska kommissionen mot Belgien, REG 1996 s. I-2043.

<sup>127</sup> Falk s. 269–270. Se även Prop. 2006/07:128 s. 377, de Joungé, Norman s. 9:6, Supplement 22, januari 2012 och Nord, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 9 kap. 8 §, Karnov, avläst 2014-01-29.

## 7 Analys

### 7.1 Bevisbördans placering avseende skakrav

Efter den utredning som gjorts av rättsläget gällande bevisbördans placering avseende skakrav, framstår det inte som att det alltid finns något givet svar var bevisbördan ska placeras. Som det konstaterats ovan verkar fokus i det rättsliga materialet, från primärrätten och nedåt, vara på de materiella frågorna. Det förefaller därför som att endast en undersökning av de materiella reglerna inte kan ge ett tillräckligt omfattande svar på uppstatsens frågeställning. För att bredda underlaget inför besvarande av frågeställningen avser uppsatsförfattaren därför i det följande att tillämpa bevisbördereglerna på de materiella reglerna avseende skakrav.

#### 7.1.1 Bevisbördan avseende övriga skakrav

Som tidigare nämnts är det skakrav enligt 10 kap. LOU samt rena formaliakrav som avses med kategorin "övriga skakrav". Av lagtexten i 10:1 3 st. LOU samt 10:2 3 st. LOU framgår det att det är beställaren som har den materiella bevisbördan för att anbudsgivaren uppfyller de skakrav som uppställts enligt 10 kap. LOU. Beställaren kan dock enkelt förskjuta den processuella bevisbördan till anbudsgivaren genom en begäran om bevisning som styrker att uteslutning enligt 10:1–2 LOU inte föreligger. De rena formaliakrav som kan uppställas vid offentlig upphandling aktualiserar troligen inte så ofta frågan om bevisbördans placering. Det torde oftast inte vara svårt att avgöra exempelvis huruvida ett anbud är undertecknat eller inlämnat både på papper och digitalt.

På grund av att den aktuella underkategorin av skakrav troligen sällan drabbas av oklara faktiska omständigheter kommer ingen ytterligare analys av bevisbördans placering att göras. Det måste anses räcka med att konstatera att den materiella bevisbördan avseende skakrav enligt 10 kap. LOU återfinns hos beställaren. Genom att begära bevis enligt reglerna i 10 kap. LOU kan dock den processuella bevisbördan förflyttas till anbudsgivaren. På grund av de goda möjligheterna för beställaren att begära bevisning tillskrivs (den processuella) bevisbördan avseende de rena formaliakraven beställaren. Det nyss sagda kan inte anses stå i strid med varken lagtext eller bevisbördeteorierna.

#### 7.1.2 Bevisbördan avseende skakrav vid kvalificering av leverantörer

De skakrav som kan ställas vid leverantörskvalificeringen och de bevismedel som en anbudsgivare kan använda sig av för att påvisa uppfyllelsen av skakraven finns reglerade i 11 kap. LOU. På grund av att direktiv och lag ger relativt bra vägledning blir frågan om bevisbördans placering avseende innevarande kategori av skakrav mindre svår att reda ut jämfört med övriga kategorier av skakrav.

Vem har då bevisbördan för en uppgift som lämnas av en anbudsgivare innebärande att ett skakrav hänförligt till kvalificeringsfasen är uppfyllt? Av lagtexten går det att utläsa att det är anbudsgivaren som har bevisbördan för att, genom de bevismedel som anvisas i lagtexten,

påvisa att denne uppfyller ställda skakrav. Det nyss sagda framgår av 11:6, 9, 11, 12 och 14 LOU.

Det går att hämta stöd för ovan angivna tolkning av lagtextens inverkan på bevisbördans placering i bevissäkringsprincipen. Det är svårt att argumentera mot ett ställningstagande innebärande att det är anbudsgivaren som har lättast att säkra bevis avseende exempelvis sin egen ekonomiska och tekniska kapacitet. Motsatsen skulle innebära att beställaren bär bevisbördan för att bevisa omständigheter som i grunden måste betraktas som interna angelägenheter i ett företag.

Även om lagtextens utformning och bevissäkringsprincipen ger goda argument för att bevisbördan ska placeras hos anbudsgivaren kan det vara intressant att även beröra bevisbördans placering enligt övriga bevisbördeteorier. Genom att inledningsvis, med tillämpning av de materiella bevisbördereglerna, se till syftet med skakraven i kvalificeringsfasen framträder inget självklart svar. De materiella reglerna som möjliggör att beställaren kan ställa kvalificeringskrav syftar till att säkerställa att anbudsgivaren uppfyller vissa miniminivåer. Krav på miniminivåer syftar i sig till att säkerställa att anbudsgivaren har de grundläggande förutsättningarna för att leverera föremålet för upphandlingen. Inget av dessa syften kan enligt författarens mening ge någon egentlig ledning avseende bevisbördans placering.

Att placera bevisbördan efter ursprungssannolikhet framstår inte heller som meningsfullt i detta sammanhang. Oavsett om ursprungssannolikheten anses innebära att anbudsgivaren uppfyller respektive inte uppfyller skakraven framstår metoden i detta sammanhang som svårtillämpad. Det kan inte sägas att det ena eller andra alternativt är mer eller mindre sannolikt. Då det framstår som svårt att finna en ursprungssannolikhet avseende anbudsgivarens uppfyllelse av skakraven finns det inte heller någon part att, med stöd av teorin om ursprungssannolikhet, fördela bevisbördan till. Utgångspunkten måste, som det konstaterats ovan, istället bli att anbudsgivaren framlägger bevis på att denne uppfyller uppställda kvalificeringskrav. Beställaren bedömer sedan, ur ett så neutralt perspektiv som möjligt, huruvida anbudsgivaren uppfyller uppställda skakrav eller inte. Den mest lämpliga ordningen för att fördela bevisbördan framstår med andra ord fortfarande vara den som anges i lagtexten.

Om man till sist ser till överviktsprincipen framstår inte heller den som applicerbar i det här aktuella sammanhanget. Enligt argumentationen avseende bevissäkringsteorin ovan kan det inte sägas att parterna har likvärdiga förutsättningar för att skaffa fram bevisning. Därmed framstår det inte som meningsfullt att tillämpa denna princip på här aktuell kategori av skakrav. Sammantaget framstår det som att vid tiden för avlämnandet av ett anbud är det anbudsgivaren som har bevisbördan för att skakrav som ställs inom ramen för kvalificeringsfasen är uppfyllda. Denna ståndpunkt finner stöd i första hand i lagtext men även vid en tillämpning av bevissäkringsteorin.

### 7.1.3 Bevisbördan avseende skakrav vid anbudsutvärdering

Som tidigare konstaterats kan skakrav som ställs inom ramen för anbudsutvärderingen, när alternativet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud tillämpas, i princip utformas på det sätt som beställaren anser lämpligt. I de flesta fall bevisar anbudsgivaren att anbudet uppfyller uppställda skakrav endast genom att lämna en uppgift i anbudet om att så är fallet.

#### 7.1.3.1 Bevisbördans placering då beställaren har begärt särskild bevisning

Beställaren har vid kravställningen *möjlighet* att, liksom leverantörskvalificeringen enligt 11 kap. LOU, begära olika typer av bevisning avseende skakravsuppfyllelsen. Vilken typ av bevisning som beställaren kan kräva regleras inte i bestämmelserna om offentlig upphandling. Möjligheten begränsas av att åtgärden måste vara förenlig med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Särskilt principen om proportionalitet framstår som dimensionerande avseende beställarens möjlighet att kräva särskild bevisning avseende en anbudsgivares uppfyllelse av skakrav.

När särskilda beviskrav har uppställts måste också anbudsgivarna uppfylla dessa för att beställaren ska ha möjlighet att utvärdera anbudet. Att beställaren kan ställa särskilda beviskrav är en följd av den frihet som beställaren har att själv utforma utvärderingskrav och modeller enligt 12 kap. LOU.<sup>128</sup> Möjligheten att begära bevis har bekräftats i praxis.<sup>129</sup> Att använda möjligheten att begära särskild bevisning avseende anbudsgivarens skakravsuppfyllelse framstår som både naturligt och fördelaktigt för såväl beställare som anbudsgivare. Beställaren kan på detta sätt tillförsäkra sig att upphandlingsföremålet verkligen kan levereras. Anbudsgivaren får på motsvarande sätt möjlighet att visa sin förmåga att leverera det som efterfrågas. Möjligheten att begära särskild bevisning av skakravsuppfyllelse inom ramen för anbudsutvärderingen måste helt enkelt anses öka förutsättningarna för ett lyckat genomförande av upphandlingskontraktet.

Bevisbördan avseende de skakrav som ställs inom ramen för anbudsutvärderingen med krav från beställaren om att bevisning avseende dess uppfyllande ska redovisas framstår som likartade i förhållande till de krav som uppställs vid leverantörskvalificeringen.<sup>130</sup> Anbudsgivaren framstår, genom det uppställda beviskravet, som tydligt utpekad innehavare av bevisbördan. Då läget avseende denna underkategori av skakrav framstår som klart kommer uppsatsförfattaren att avstå från att tillämpa bevisbördeteorier på den här aktuella underkategorin av skakrav.

#### 7.1.3.2 Bevisbördans placering då beställaren inte har begärt särskild bevisning

Av undersökningen av gällande rätt har det framkommit att anbudsgivaren uppfyller bevisbördan avseende uppfyllelsen av skakrav genom ett enkelt meddelande i anbudet.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Se avsnitt 3.2.2.3. ang. skakrav inom ramen för anbudsutvärdering.

<sup>129</sup> Se kapitel 6.2 och där återgivna domar.

<sup>130</sup> Även där uppställs krav om bevisning avseende skakravsuppfyllelsen. Se avsnitt 7.1.2 avseende skakrav vid kvalificering av leverantörer.

<sup>131</sup> Se avsnitt 6.2 och där återgivna domar.

Utifrån detta konstaterande måste det anses som en rimlig slutsats att den *materiella* bevisbördan för skakrav vid anbudsutvärderingen åläggs anbudsgivaren.

Genom anbudsgivarens uppfyllelse av bevisbördan, det vill säga genom meddelandet om att samtliga skakrav är uppfyllda, framstår det enligt praxis som att den *processuella* bevisbördan övergår till beställaren. Påståendet grundas i definitionen av begreppet bevisbörda: Om en part har bevisbördan så fordras det att denne kan uppfylla beviskraven för att det tvistiga faktumet ska anses föreligga. Annorlunda uttryckt så bär den part som har bevisbördan risken för att det tvistiga faktumet inte kan bevisas.<sup>132</sup> I två av de i uppsatsen granskade domarna har domstolarna underkänt respektive beställares uteslutning av en viss anbudsgivare och beslutat att anbudsgivarnas respektive anbud istället ska beaktas.<sup>133</sup> Beställarna hade uteslutit anbudsgivarna på grund av att de ansåg att det fanns brister i respektive anbudsgivares skakravsuppfyllelse. Anbudsgivarna hade ansökt om överprövning eftersom de ansåg att de uppfyllt samtliga skakrav. De tvistiga faktumen i respektive fall måste med andra ord ha varit huruvida respektive anbudsgivare uppfyllde samtliga skakrav eller inte. Som det konstaterats ovan har domstolarna i båda fallen fastslagit att anbudsgivarna ska anses ha uppfyllt samtliga skakrav. De tvistiga faktumen ansågs med andra ord inte föreligga. Beställarna kan helt enkelt inte ha förmått föra fram tillräckligt stark bevisning för att övertyga respektive domstol om att anbudsgivarna inte uppfyllde samtliga skakrav. Detta innebär i sin tur att det måste varit respektive beställare som hade den processuella bevisbördan. Nyss angivet resonemang torde kunna användas till stöd för påståendet i inledningen av innevarande stycke.

Vad säger då bevisbördeteorierna avseende bevisbördan för den här aktuella underkategorin av skakrav? Med början på bevissäkringsprincipen framstår det, likt skakrav inom ramen för leverantörskvalificeringen, som att den materiella bevisbördan enligt denna princip bör tilldelas anbudsgivaren. Anbudsgivaren måste utan tvekan anses ha lättast att inhämta uppgifter om sina egna förutsättningar för att uppfylla ställda skakrav. En metod för att inhämta sådan bevisning måste också antas existera. Bevissäkringsprincipen behandlar inte huruvida en processuell bevisbörda kan överskjutas till beställaren utan förefaller mest applicerbar avseende den materiella bevisbördan. Det framstår därmed inte som fruktsamt att, med stöd av bevissäkringsprincipen, försöka konstruera ett resonemang avseende placeringen av den processuella bevisbördan.

Likt placeringen av bevisbördan avseende skakrav inom ramen för leverantörskvalificeringen framstår det som att de materiella bevisbördereglererna är svåra att tillämpa avseende bevisbördans placering i detta fall. Syftet med möjligheten att uppställa skakrav avseende föremålet för upphandlingen är att möjliggöra att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som antas. I angivet syfte inkluderas omsorg om såväl beställaren som

---

<sup>132</sup> Se avsnitt 5.2 avseende begreppet bevisbörda.

<sup>133</sup> Kammarrätten i Stockholm mål 4583-10 av den 15 oktober 2010 och Kammarrätten i Göteborg mål 6845-12 av den 2 januari 2013. Domarna finns återgivna i avsnitt 6.2.



anbudsgivaren. Anbudsgivaren vill säkerställa leverans av föremålet för upphandlingen. Anbudsgivaren bör inte ta sig an kontrakt som denne inte klarar av att slutföra. Då syftet med möjligheten att uppställa skakrav värnar om båda parterna är det därmed svårt att få ledning för bevisbördans placering genom att se till syftet med de materiella reglerna.

Precis som vid tilldelningen av bevisbördan avseende skakrav inom ramen för leverantörskvalificeringen framstår teorin om ursprungssannolikhet som svårtillämpad i detta sammanhang. Det framstår inte som meningsfullt att argumentera för huruvida det är mer eller mindre sannolikt att anbudsgivaren uppfyller samtliga skakrav. Det blir därmed svårt att fördela bevisbördan till någon av parterna genom en tillämpning av överviktsprincipen. Överviktsprincipen lämnas, på samma grund som i föregående avsnitt, även i detta fall utan hänseende då parterna inte kan anses ha exakt samma möjligheter att säkra bevis avseende anbudsgivarens uppfyllelse av skakrav.

Sammanfattningsvis framstår det som att den materiella bevisbördan avseende skakrav inom ramen för anbudsutvärderingen, då beställaren inte begärt särskild bevisning, återfinns hos anbudsgivaren. En processuell bevisbörda övergår till beställaren när anbudsgivaren anger att samtliga skakrav är uppfyllda. Slutsatserna finner stöd i såväl praxis som i bevissäkringsprincipen. Ytterligare praktiska följder av bevisbördans placering samt andra aspekter av den föreliggande situationen återfinns i ett senare avsnitt.<sup>134</sup>

## 7.2 Besvarande av frågeställning

I det följande kommer författaren inledningsvis att kortfattat analysera och besvara huvudfrågeställningens tre underfrågor. Därefter analyseras huvudfrågeställningen. Slutligen görs ett försök till ett sammanfattande svar på huvudfrågeställningen som helhet.

### 7.2.1 Vem har bevisbördan för tillförlitligheten av en sådan uppgift?

Om frågan avseende bevisbördan för skakrav som uppställts enligt 10 kap. LOU aktualiseras är det beställaren som har den materiella bevisbördan. Anbudsgivaren kan tilldelas den processuella bevisbördan för krav enligt 10 kap. LOU. Angiven fördelning av bevisbördan gäller även rena formaliakrav<sup>135</sup>. De nyss nämnda underkategorierna av skakrav aktualiserar i praktiken troligen sällan frågan om vilken part som ska bära bevisbördan.

Avseende skakrav hänförliga till leverantörskvalificeringen är det oftast anbudsgivaren som har bevisbördan. När det gäller skakrav hänförliga till anbudsutvärderingen är det i allmänhet beställaren som har bevisbördan. Ett undantag från det nyss sagda är när skakrav inom ramen för anbudsutvärderingen kombineras med särskilda krav på bevis för att påvisa skakravens uppfyllelse. I dessa fall är det anbudsgivaren som har bevisbördan.

---

<sup>134</sup> Se avsnitt 7.3 vari uppsatsens huvudfrågeställning besvaras.

<sup>135</sup> Se definition av begreppet i avsnitt 3.2.2.1.

### 7.2.2 Går, och i så fall när, bevisbördan vid något tillfälle över till den andra parten?

Det kan till att börja med konstateras att det förekommer tillfällen då bevisbördan flyttas från den ena parten till den andra. Den part som ursprungligen har bevisbördan för ett visst rättsfaktum bär den *materiella* bevisbördan. Inom ramen för överprövning av upphandlingar kan en *processuell* bevisbörda övergå till den part som inledningsvis inte hade bevisbördan. För att så ska ske krävs det att innehavaren av den materiella bevisbördan lägger fram ett mycket starkt bevisfaktum. Den processuella bevisbördan kan flyttas mellan parterna flera gånger under en domstolsförhandling. Rent tekniskt kvarstår alltid den materiella bevisbördan hos den part som ursprungligen hade bevisbördan.

### 7.2.3 Vilka blir följderna om ett antaget anbud senare visar sig brista i skakraven?

Den inledande följden som kan uppstå om ett vinnande anbud visar sig brista i uppfyllelsen av skakraven är att tilldelningsbeslutet kan bli föremål för överprövning. Ofta är det en leverantör som inte tilldelades kontraktet som begär överprövning av beslutet. Oavsett vilket utfall som överprövningsprocessen får innebära åtgärden att leveransen av föremålet för upphandlingen senareläggs. Även om beställare i allmänhet, när tidsplanen för en upphandling utarbetas, bör ta hänsyn till att ett tilldelningsbeslut kan överprövas bidrar "hotet" om överprövning till osäkerhet om när föremålet för upphandlingen kan börja levereras.

Även om ett tilldelningsbeslut inte blir föremål för överprövning finns det andra risker förknippade med bristande skakravsuppfyllelse. Bristande skakravsuppfyllelse kan medföra att kontraktet måste sägas upp och/eller att den vara/tjänst som faktiskt levereras har brister och därmed inte fullgör det syfte som beställaren hade med upphandlingen. I vissa fall kanske en tilläggsupphandling eller till och med en ny upphandling måste göras. Med detta följer ökade kostnader och senare leverans av föremålet för upphandlingen.

De nyss redogjorda följderna av att det antagna anbudet inte uppfyller uppställda skakrav har fokuserat på konsekvenserna för beställaren. För leverantörskollektivets del torde tilldelning av kontrakt till leverantörer som inte uppfyller samtliga skakrav bidra till osäkerhet avseende hur en leverantör ska uppträda. Är det lönt att lägga tid och pengar på att se till att de anbud som lämnas uppfyller samtliga skakrav när det ändå kan bli så att ett anbud som *inte* uppfyller samtliga krav tilldelas kontraktet?

De förseningar som följer av att en upphandling överprövas torde drabba inte endast den "vinnande" leverantören utan även de leverantörer som inte tilldelas kontraktet. En leverantör som inte tilldelats ett kontrakt är bunden av sitt anbud även en tid efter det att ett tilldelningsbeslut fattats. Om "vinnaren" till följd av en överprövning utesluts blir det kanske någon av de andra leverantörer som lämnat anbud som till slut blir den leverantör som tilldelas kontraktet. Att inte fullt ut kunna lita på att det anbud som antagits uppfyller de skakrav som uppställts bidrar med osäkerhet även för leverantörskollektivet i stort.

## 7.3 Vad blir följden av att en anbudsgivare vid offentlig upphandling anger att samtliga skakrav är uppfyllda?

### 7.3.1.1 Inledning

Uppsatsen huvudfråga går inte att besvara på ett lika kortfattat sätt som de tre underfrågorna. I detta fall krävs det en analys som inte endast bygger på vad som framkommit vid undersökningen av gällande rätt. Ett resonemang avseende följderna av gällande rätt måste adderas för att kunna ge ett meningsfullt svar på frågan.

Avsikten är att i innevarande avsnitt analysera ett antal frågor och iakttaganden som uppstått och gjorts under arbetets gång. Att endast ge ett direkt svar på frågan riskerar att bli kort och intetsägande. Därför genomförs först en analys av de effekter som ett meddelande om att samtliga skakrav är uppfyllda kan ge i praktiken. Det är sedan utifrån dessa resonemang samt innehållet i gällande rätt som svar på frågan kommer att formuleras.

Framställningen kommer att fokusera på de skakrav som ställs inom ramen för anbudsutvärderingen och som inte är förbundna med krav på särskild bevisning för att de ska anses som uppfyllda. Om inget annat uttryckligen skrivs är det denna underkategori av skakrav som avses. Anledningen till att övriga kategorier av skakrav inte granskas närmare i detta avsnitt är att frågan om bevisbördans placering endast aktualiseras då det föreligger oklara faktiska omständigheter. Övriga skakrav och skakrav inom ramen för leverantörskvalificeringen avser, på grund av dess art och innehåll, oftast inte avser sådana omständigheter där de faktiska skeendena är oklara. Det framstår därför som mest naturligt att ge skakrav inom ramen för anbudsutvärderingen mest fokus vid besvarandet av frågeställningen.

### 7.3.1.2 Följder av dagens beviskrav avseende skakrav

Efter den genomgång som gjorts kan det konstateras att när en anbudsgivare anger att ett skakrav är uppfyllt bevisas detta genom att i anbudet uppge att skakravet är uppfyllt. Undersökningen av gällande rätt har även visat att (den processuella) bevisbördan för anbudsgivarens uppfyllelse av de skakrav som uppställts i en upphandling, genom anbudsgivarens meddelande i det avlämnade anbudet, övergår till beställaren. Beställaren har inte någon generell skyldighet att undersöka riktigheten i en uppgift från en anbudsgivare som innebär att ett skakrav är uppfyllt. Det kan till och med innebära ett brott mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling (särskilt likabehandlingsprincipen) om en beställare kontrollerar en anbudsgivares uppgift om att ett skakrav är uppfyllt.<sup>136</sup>

Noterbart i sammanhanget är den möjlighet som en beställare har att ställa frågor och begära förtydliganden och kompletteringar av lämnade uppgifter. Det kan argumenteras för att angiven möjlighet i viss mån ökar utrymmet för beställare att kontrollera de uppgifter

---

<sup>136</sup> Se avsnitt 6.2.2 avseende Kammarrätten i Stockholm mål 4583-10 av den 15 oktober 2010.

som lämnas av anbudsgivarna avseende skakravsuppfyllelsen. Möjligheten att begära kompletteringar avser dock endast oklara eller ofullständiga uppgifter i anbudet. Om en anbudsgivare på ett tydligt och klart sätt anger att samtliga skakrav är uppfyllda finns det inget utrymme för beställaren att i efterhand begära att en anbudsgivare ska bevisa att så är fallet.<sup>137</sup>

Följden av dagens rättsläge medför är att beställaren i mångt och mycket måste förlita sig till anbudsgivarnas "goda omdöme". Med gott omdöme menas att en leverantör antas avstå från att lämna anbud när denne vet med sig att han inte uppfyller samtliga uppställda skakrav. Motsatsvis antas en leverantör med ett "dåligt omdöme" ha inställningen att han lika gärna kan försöka att lämna anbud trots att han vet med sig att han inte uppfyller samtliga uppställda skakrav. Eftersom reglernas tillämpning medför att den faktiska uppfyllelsen av skakrav generellt sett inte får undersökas hoppas kanske leverantören med dåligt omdöme på att kunna ta hem kontraktet i alla fall. Den bristande skakravsuppfyllelsen kanske aldrig upptäcks eller så avser leverantören att lösa följderna av att han inte uppfyller de skakrav som uppställts "senare".

Att det inte ska finnas utrymme för leverantörer att "gena i kurvorna" avseende sin uppfyllnad av uppställda skakrav är av stor vikt. Skakravens existens i sig motiveras med att de är av grundläggande natur för att föremålet för upphandlingen ska kunna levereras. Brister i en leverantörs uppfyllelse av skakrav torde därför få än mer negativ inverkan på leveransen av föremålet för upphandling än vad ett icke-obligatoriskt krav får.

Även om det alltid kommer att finnas en viss andel leverantörer med "dåligt omdöme" finns det sannolikt också andra orsaker till att leverantörer lämnar anbud trots att de inte uppfyller samtliga uppställda skakrav. En sådan kan vara svårigheter med att utläsa vad som krävs för att uppfylla skakraven. Det kan i sin tur bero på en ovana att tolka förfrågningsunderlag eller på otydligt formulerade förfrågningsunderlag. En kombination av de två felkällorna är också tänkbar. Oavsett anledningen till att en anbudsgivare felaktigt anger att samtliga skakrav är uppfyllda blir problematiken densamma. Det anbud som antas riskerar att ha brister avseende skakravsuppfyllelsen.

Vid mål om överprövning är det en förfördelad anbudsgivare vars anbud inte var som begär överprövning. Den sökande måste visa att beställaren har begått ett eller flera misstag under upphandlingsprocessen samt att den sökande lidit skada. De specifika grunder som anförs kan självklart variera. I detta resonemang avses fall där grunden för talan om överprövning baseras på att den sökande anser att det vinnande anbudet inte uppfyller alla skakrav. Den sökande måste också kunna påvisa att denne lidit skada på grund av beställarens handlande.

Av grundförutsättningarna för att begära överprövning följer att det är den sökande leverantören som inledningsvis har bevisbördan för att det vinnande anbudet inte uppfyller samtliga ställda krav. Om den sökande kan lägga fram starka rättsfakta till stöd för sin talan

---

<sup>137</sup> Beställarens möjligheter att begära förtydliganden och kompletteringar behandlas i avsnitt 6.4.

förskjuts (den processuella) bevisbördan till beställaren. Detta innebär att beställaren eventuellt måste försvara sin "bedömning" av det vinnande anbudets skakravsuppfyllelse. Beställaren kan inte på förhand begära/samla in information om anbudens faktiska skakravsuppfyllnad eftersom detta strider mot de upphandlingsrättsliga principerna. I samband med en begäran om att en upphandling ska överprövas kan dock beställaren, med bibehållen hänsyn till principerna om offentlig upphandling, efterforska vinnande anbudsgivares faktiska skakravsuppfyllnad.<sup>138</sup>

Den sökande leverantören är, å sin sida, inte förhindrad att göra egna efterforskningar avseende konkurrenters faktiska skakravsuppfyllnad. En väletablerad leverantör har sannolikt också redan från början en bra uppfattning om den specifika marknaden samt konkurrenternas produkter och allmänna förutsättningar.

### ***7.3.1.3 Dagens beviskrav i ljuset av bevissäkringsprincipen***

I innevarande avsnitt förs ett teoretiskt resonemang om beviskrav och bevisbördans placering om det hade varit bevissäkringsprincipen som varit rådande vid bevisbördans placering. Avsnittet speglar med andra ord inte beviskrav och bevisbördans placering enligt gällande rätt. Bevissäkringsprincipen kan anses tala för att beställaren redan från början är i ett underläge vid mål avseende överprövning av upphandlingar.<sup>139</sup> Grunden för principen utgörs av antagandet att det är lättare för parter att samla in information om faktiska omständigheter under ett ärendes gång än att påbörja bevissäkringen först efter att en tvist har uppkommit. Om parterna i en upphandling redan från början, med stöd av bevissäkringsprincipen, åläggs bevisbördan för avgörande rättsfakta antas enligt principen också risken för tvist minska.

Vid en överföring av detta resonemang på upphandlingsprocessen skulle med andra ord antalet överprövningar kunna minska. Detta åstadkoms genom att beställaren får i uppdrag att samla in upplysningar avseende anbudsgivarnas skakravsuppfyllnad. Följden enligt bevissäkringsprincipen skulle därmed bli att beställaren har lättare att uppfylla en, eventuell, framtida bevisbörda. Om beställaren har ett bättre informationsläge avseende anbudsgivarnas skakravsuppfyllelse måste dessutom antalet felbedömningar på denna punkt antas nedgå vilket i sin tur borde minska antalet överprövningar där det begångna felet härrör från bedömningen huruvida en anbudsgivare uppfyller samtliga skakrav eller inte. Nackdelen med nyss beskrivet arbets sätt är förstås att det kräver en större arbetsinsats av beställaren vilket måste antas öka både kostnader och tidsåtgång för upphandlingens genomförande.

### ***7.3.1.4 Förhållandet mellan beställaren, sökande leverantör och vinnande leverantör***

Den situation som uppstår när en upphandling blir föremål för överprövning framstår som speciell jämfört med en traditionell kommersiell tvist. Även om tvisten i grunden står mellan

---

<sup>138</sup> Se kapitel 6, särskilt 6.2.1, Kammarrätten i Göteborg mål 4904-09 av den 18 december 2009.

<sup>139</sup> Se avsnitt 5.2.5.1.2 avseende bevissäkringsprincipen.

endast två parter, den sökande leverantören och beställaren, är situationens uppkomst hänförlig till de förutsättningar som en tredje part, den vinnande leverantören, har för att uppfylla uppställda skakrav. Föremålet för domstolens prövning är formellt *beställarens bedömning* av den vinnande leverantörens uppfyllelse av skakraven. I praktiken torde ändå det avgörande för om beställarens bedömning ska anses som felaktig eller inte vara om den vinnande leverantören *rent faktiskt* uppfyller skakraven eller inte.

Det speciella i situationen är att utgången av tvisten är mycket nära förknippad med förutsättningar som återfinns hos en tredje part. Av denna anledning framstår det därför som intressant vilken roll som den vinnande leverantören har att spela vid en överprövning. Aktuell fråga alltför ligger dock alltför långt ifrån uppsatsens frågeställning. På grund av detta har frågan varken utretts eller analyserats inom ramen för denna uppsats.

Som det konstaterats ovan är beställaren avseende den faktiska skakravsutfyllnaden utelämnad till anbudsgivarnas goda omdöme. Eventuella brister i skakravsutfyllnaden framträder inte förrän vid upphandlingens överprövande alternativt vid, en i värsta fall misslyckad, leverans av föremålet för upphandlingen.

#### ***7.3.1.5 Nuvarande tillämpning av skakrav i ljuset av de grundläggande principerna för offentlig upphandling***

Den första princip som verkar kunna kollidera med nuvarande tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling är likabehandlingsprincipen. Beställarens begränsade möjligheter att kontrollera anbudsgivarnas faktiska skakravsutfyllnad gör det enligt uppsatsförfattaren svårt att upprätthålla likabehandlingsprincipen. Påståendet är inte oproblemiskt. Begränsningarna i beställarens möjligheter att kontrollera uppgiften om att ett skakrav är uppfyllt har motiverats med omsorg om just likabehandlingsprincipen.

Likabehandlingsprincipen syftar i detta sammanhang till att säkerställa att de skakrav som uppställs tillämpas på samma sätt gentemot samtliga leverantörer. Det går inte att ifrågasätta att ett sätt att upprätthålla likabehandlingsprincipen är att inte undersöka någon av anbudsgivarnas faktiska skakravsutfyllnad. Enligt samma logik torde det gå att hävda att likabehandlingsprincipen upprätthålls genom att *samtliga* anbudsgivares faktiska uppfyllnad av uppställda skakrav undersöks. Också i det senare fallet måste tillämpningen av skakraven kunna anses ske på samma sätt gentemot samtliga anbudsgivare. Exemplet är draget till sin spets. Som komplement kan det påpekas att det nog i praktiken ligger närmare till hands att ställa särskilda krav på bevismedel avseende skakravsutfyllnaden än att beställaren ska göra egna undersökningar av varje enskild anbudsgivares förutsättningar.

Att skakrav kan uppställas på leverantörer och på upphandlingsföremålet i sig, för att på så sätt bidra till en sund konkurrens, är grundläggande för offentlig upphandling. Proportionalitetsprincipen är dock alltid en begränsande faktor vid utformningen av skakrav. En beställare får inte ställa alltför långtgående skakrav. I normalfallet torde dock inte

proportionalitetsprincipen vara den princip som nuvarande tillämpning av skakrav riskerar att komma i konflikt med i första hand. De flesta beställare måste antas känna till vilken nivå på skakrav som ryms inom ramen för proportionalitetsprincipen. Det går dock självklart att skapa scenarier där proportionalitetsprincipen begränsar en beställares möjligheter att uppställa skakrav. Ett exempel kan vara om en beställare uppställer extremt många och långtgående skakrav i kombination med krav på bevismedel.

Även principen om öppenhet kan sägas anknyta till den aktuella frågeställningen. Principen anger att de skakrav som uppställs ska vara klara och tydliga och möjliga att kontrollera. I strävan efter öppenhet ingår även att upphandlingsprocessen ska kunna kontrolleras i efterhand. Nuvarande tillämpning av skakrav kan sägas kollidera med principen om öppenhet. Att skakraven ska vara möjliga att kontrollera måste anses syfta till att en kontroll faktiskt ska kunna genomföras. Det framstår därför som motsägelsefullt att principen om öppenhet ställer krav på att skakrav måste vara kontrollerbara samtidigt som det i praktiken endast finns begränsade möjligheter för en beställare att genomföra en sådan kontroll. Om det inte är möjligt att kontrollera de skakrav som uppställs framstår det ur denna synvinkel som att syftet, bland annat öppenhet, med att ställa krav på att skakraven måste vara kontrollerbara, förgås.

De två kvarvarande principerna för offentlig upphandling, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande, framstår inte som de mest centrala principerna för den här aktuella frågeställningen. Det är självklart möjligt att föra indirekta resonemang avseende den inverkan som dagens tillämpning av skakrav har på upprätthållandet av dessa principer. Att göra så framstår dock inte som nödvändigt för besvarandet av uppsatsens frågeställning.

#### **7.3.1.6 Svar på frågan**

Uppsatsen huvudfrågeställning lyder:

**”Vad blir följden av att en anbudsgivare vid offentlig upphandling anger att samtliga skakrav är uppfyllda?”**

Med bakgrund i uppsatsen fokus på bevisbördan blir den första följden som bör föras fram att bevisbördan övergår till beställaren. Följderna av detta faktum kombinerat med dagens rättsläge kan i sin tur beskrivas genom följande punkter:

- Beställarens möjlighet att undersöka anbudsgivarnas faktiska uppfyllnad av skakrav är begränsad.
- Beställaren är till viss del utelämnad till anbudsgivarnas ”goda omdöme”.
- Att uppställa genomgående krav på särskild bevisning avseende anbudsgivarnas skakravsuppfyllnad kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

- Beställarens begränsade kontrollmöjlighet medför risk för att anbud från anbudsgivare som inte uppfyller uppställda skakrav tilldelas upphandlingskontrakt.
- Följderna av föregående punkt kan bli att tilldelningsbeslutet överprövas och/eller att syftet med upphandlingen inte uppnås tillfullo.
- Vid överprövning av upphandlingar har beställaren ett svagt utgångsläge avseende möjligheten att uppfylla den bevisbörda som kan överskjutas till honom från den sökande.
- Överprövning av upphandlingar och leveranser av bristande kvalitet riskerar i förlängningen att bidra till förseningar och ökade kostnader.

## 7.4 Möjliga åtgärder för att minska problematiken avseende skakrav

### 7.4.1 Inledning

Av svaret på uppsatsens frågeställning framgår det att användningen av skakrav i praktiken får ett antal inte helt oproblematiska följder för det fall när uppställda skakrav i realiteten inte är uppfyllda. I följande avsnitt kommer en diskussion att föras avseende de möjliga förändringar av tillämpningen av skakrav som uppsatsförfattaren identifierat. Med hjälp av nedanstående diskussion är tanken att läsaren ska få möjlighet att ta ställning till uppstatsens syfte i det större perspektivet – skakravens användning, överhuvudtaget, vid offentlig upphandling i Sverige.

### 7.4.2 Klargörande från HFD

Enligt nu gällande rättsläge föreligger det inte någon kontrollskyldighet för beställarens del avseende en anbudsgivares faktiska uppfyllnad av uppställda skakrav. Frågan har dock inte varit föremål för prövning i högsta instans. Ett klagörande vore önskvärt ur flera perspektiv. För det första är användningen av skakrav vid offentlig upphandling i Sverige utbredd. På grund av detta måste den i uppsatsen behandlade problematiken antas uppkomma relativt ofta.

För det andra går det att ställa sig frågan om inte brist på avgöranden från högsta instans till viss del riskerar att åsidosätta likabehandlingsprincipen. Som det kommenterats ovan medför den begränsade kontrollmöjligheten att det föreligger risk för att anbud som inte uppfyller samtliga skakrav trots detta slutligen antas som det vinnande kontraktet. Detta medför i praktiken att, om inte en begäran om överprövning görs, det blir upp till beställaren och den vinnande leverantören att sinsemellan hantera följderna av en bristande skakravsuppfyllnad. Att inte ge övriga leverantörer möjlighet att "förhandla" om följderna av bristande skakravsuppfyllnad kan anses som ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

### 7.4.3 Kräv särskild bevisning för samtliga skakrav

Då det inte för tillfället finns ett klagörande från högsta instans avseende beställarens kontrollmöjlighet förefaller det som lämpligt att se till andra åtgärder som kan vidtas här och nu. En åtgärd som framstår som möjlig att tillämpa är att begära att anbudsgivarnas



skakravsuppfyllelse ska bevisas vid avlämnandet av anbud. Om åtgärden tillämpas på ett enhetligt sätt gentemot samtliga leverantörer torde det, enligt ovan fört resonemang<sup>140</sup>, inte innebära någon inskränkning av likabehandlingsprincipen.

Som det konstaterats tidigare riskerar dock ett genomgående användande av föreslagen åtgärd att komma i konflikt med proportionalitetsprincipen. Frågan har diskuterats ovan och utifrån detta anser uppsatsförfattaren att domstolarna bör låta utvidga utrymmet för vad som anses proportionellt. Åtgärden kan förhoppningsvis i förlängningen leda till att färre överprövningar överklagas på grund av vinnande anbuds brister i skakravsuppfyllelsen.<sup>141</sup>

#### 7.4.4 Minska användningen av skakrav

Ett annat sätt att minska de friktioner som riskerar att uppkomma vid användningen av skakrav är att helt enkelt minska användningen av skakrav. Upphandlingarna måste genomföras idag och vem vet när eller om ett klagande från HFD kommer? Med uttrycket "minskad användning av skakrav" avses inte att beställarna helt ska upphöra med användningen av skakrav. Det som avses är istället att beställare i vissa fall förmodligen skulle kunna minska användningen av krav som inte är direkt nödvändiga för att definiera upphandlingsföremålet eller för att säkerställa att anbudsgivaren kan leverera upphandlingsföremålet. Ett exempel på sådana krav kan vara rena formaliakrav. Om användningen av skakrav begränsas till egenskaper hos anbudsgivaren respektive upphandlingsföremålet som är oundgängliga för upphandlingens genomförande torde riskerna för att en beställare tvingas utesluta anbudsgivare "i onödan", exempelvis på grund av rena formaliafel, kunna minskas.

#### 7.4.5 Säkerställ god beställarkompetens

Även om den så kallade beställarkompetensen har störst inverkan vid utvärderingen av börkrav är den självklart viktig även under övriga delar av en upphandlingsprocess.<sup>142</sup> Om beställaren har god kompetens minskar riskerna för att skakrav formuleras på ett sätt som gör det svårt för anbudsgivarna att förstå vad som krävs för att uppfylla och påvisa uppfyllelsen av de skakrav som uppställs.

En skicklig beställare måste också antas ha en god kännedom om marknaden för upphandlingsföremålet vilket i sin tur kan antas underlätta både kravställning och utvärdering. Även balansen mellan de upphandlingsrättsliga grundprinciperna och de möjligheter som trots allt finns att säkerställa anbudsgivarnas faktiska skakravsuppfyllelse torde vara enklare att få till om beställarkompetensen är hög.

#### 7.4.6 Tydliggör anbudsgivarens ansvar

Om det visar sig att en anbudsgivare efter att denne tilldelats ett kontrakt inte i realiteten uppfyller de skakrav som uppställts kan det, beroende på avtalets utformning, innebära att

---

<sup>140</sup> Avsnitt 7.3.1.5 avseende den nuvarande tillämpningen av skakrav i ljuset av de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

<sup>141</sup> Diskussionen kring de två principerna återfinns i avsnitt 7.3.1.5.

<sup>142</sup> Om beställarkompetens och vikten av denna se de Joune, Norman s. 12:2–4, Supplement 22, januari 2012.

beställaren har rätt att häva avtalet. Utan att ha undersökt saken närmare går det att anta att en beställare som måste underkasta sig reglerna om offentlig upphandling har en högre tolerans för vinnande leverantörs avtalsbrott än vad en motsvarighet i den privata sektorn har. Detta ligger i sakens natur. Med tanke på det omfattande arbete som det innebär att börja om med en förnyad upphandling är det förmodligen många gånger som en beställare i offentlig sektor har överseende med mindre avtalsbrott från leverantörens sida. Det är helt enkelt för arbetsamt att genomföra upphandlingsprocessen en ytterligare gång.

Om beställaren under upphandlingsprocessen tydliggör det ansvar som anbudsgivarna har för att faktiskt uppfylla de åtaganden som de gör i sina anbud samt följderna av avtalsbrott borde andelen anbudsgivare som "genar i kurvorna" avseende sin skakravsuppfyllelse minska. För att åtgärden ska fungera krävs samtidigt att beställaren är noggrann med uppföljningen och inte accepterar ens mindre avtalsbrott.

## 8 Källförteckning

### 8.1 Primär- och sekundärrätt

Fördraget om Europeiska unionen (EU-fördraget).

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

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.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtjänster, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

### 8.2 EU-domstolen

Mål 6/64 av den 15 juli 1964, Costa mot ENEL.

Mål 26/62 av den 15 februari 1963, van Gend en Loos.

Mål 41/74 av den 4 december 1974, van Duyn.

Mål 33/76 av den 16 december 1976, Rewe.

Mål 120/78 av den 20 februari 1979, Cassis de Dijon.

Mål 148/78 av den 5 april 1979, Ratti.

Mål 14/83 av den 10 april 1984, von Colson.

Mål C-87/94 av den 22 april 1994, Wallonska bussarna.

Mål C-81/98 av den 28 oktober 1999, Alcatel.

Mål C-243/89 av den 22 juni 1993, Stora Bält.

Mål C-19/00 av den 18 oktober 2001, Siac.

Mål C-234/03 av den 27 oktober 2005, Contse.

Mål C-397-403/01 av den 10 maj 2004, Pfeiffer.

Mål C-315/01 av den 19 juni 2003, GAT.

Mål C-488/01 av den 11 november 2003, Wienstrom.

Mål C-213/07 av den 16 december 2008, Michaniki.

Generaladvokat Lenz förslag till dom i mål C-87/94 av den 25 april 1996, Europeiska kommissionen mot Belgien, REG 1996 s. I-2043.

### 8.3 Svenska författningar

Förvaltningsprocesslag (1971:291) (FPL).

Förvaltningslagen (1986:223) (FL).

1992 års Lag (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU).

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

#### **8.4 Svensk praxis**

Högsta domstolen NJA 2006 s. 638 av den 11 december 2006.

Högsta förvaltningsdomstolen 2009 ref. 69 av den 13 november 2009.

Kammarrätten i Göteborg mål 4904-09 av den 18 december 2009.

Kammarrätten i Stockholm mål 4583-10 av den 15 oktober 2010.

Kammarrätten i Jönköping mål 1472-1474-11 av den 27 september 2011.

Kammarrätten i Jönköping mål 981-11 av den 10 juni 2011.

Kammarrätten i Jönköping mål 3454-10 av den 17 maj 2011.

Kammarrätten i Göteborg mål 6845-12 av den 2 januari 2013.

Kammarrätten i Stockholm mål 116-12 av den 23 maj 2012.

Kammarrätten i Sundsvall mål 2427-11 av den 1 mars 2012.

Kammarrätten i Stockholm mål 4531-13 av den 8 november 2013.

Kammarrätten i Göteborg mål 5595-13 av den 5 december 2013.

#### **8.5 Svenska förarbeten**

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

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

#### **8.6 Doktrin**

Asplund, Ehn, Johansson och Olsson, Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, 2012, första upplagan.

Ekelöf, Edelstam, Heuman, Rättegång, Fjärde häftet, Norstedts Juridik AB, 2009, upplaga 7:2.

Falk, Lag om offentlig upphandling En kommentar, Jure Förlag AB, 2011, andra upplagan

Heuman, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Norstedts Juridik AB, 2005, upplaga 1:4.

de Jonge, Norman, Offentlig upphandling: en handbok, Fritze, första utgivningsår 1994, uppdateras löpande.

Nord, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 9 kap. 8 §, Karnov, avläst 2014-01-29.

Nord, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 11 kap. 1 §, Karnov, avläst 2013-11-26.

Nordh, Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav, lustus Förlag AB, 2011, första upplagan.

Pedersen, Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, Jure Förlag AB, 2013, tredje upplagan.

Ragnemalm, Förvaltningsprocessrättens grunder, Jure Förlag AB, 2012, upplaga 9:1.

Rosén Andersson, Mühlenbock, Willquist och Svensson, Lagen om offentlig upphandling En kommentar, Norstedts Juridik AB, 2012, första upplagan (1:1).

Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Norstedts Juridik AB, 2007, upplaga 2:1.

Ulfsson Forsell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 11 kap. 1 §, Lexino 2013-06-01, avläst 2013-11-26.

## 8.7 Artiklar

Pressmeddelande från Europaparlamentet 2014-01-15, Nya upphandlingsregler ska öka kvalitén och ge mer valuta för pengarna, Utskottet för sysselsättning och sociala frågor, Utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd, [http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20140110IPR32386/20140110IPR32386\\_sv.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20140110IPR32386/20140110IPR32386_sv.pdf), hämtad 2014-01-28 kl. 13:44.

Kammarkollegiets artikel 2013-04-11, Är en upphandlande myndighet skyldig att kontrollera uppgifter som lämnats i ett anbud? <http://www.upphandlingsstod.se/juristen-svarar/%C3%A4r-en-upphandlande-myndighet-skyldig-att-kontrollera-uppgifter-som-l%C3%A4mnats-i-ett>, hämtad 2013-12-21 kl. 14:45.

Artikel av Josephson, Nilsson, Stavenow, Stefansson, publicerad på Upphandling24.se 2013-01-09, Ska det vara tillåtet att fuska till sig anbud? <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.481447/ska-det-vara-tillatet-att-ljuga-sig-till-kontrakt>, hämtad 2013-12-21.