

Konkurrens vid offentlig upphandling

– Särskilt avseende oseriösa anbud

*Competition at public procurement
– Particularly regarding rogue tenders*

Joel Bergström

Handledare: Pernilla Norman

Examinator: Anders Holm

Innehållsförteckning

Sammanfattning	1
Förkortningar	2
1 Inledning	3
1.1 Problembakgrund	3
1.2 Problemformulering.....	4
1.3 Syfte	4
1.4 Metod	5
1.5 Avgränsningar	5
1.6 Disposition	6
2 Offentlig upphandling enligt EU-rätten	7
2.1 Inledning.....	7
2.2 Historik	8
2.2.1 Första generationens regelverk för offentlig upphandling.....	8
2.2.2 Andra generationens regelverk för offentlig upphandling	9
2.2.3 Tredje generationens regelverk för offentlig upphandling	9
2.2.4 Fjärde generationens regelverk för offentlig upphandling.....	10
2.2.5 Försening av implementationen i Sverige.....	11
2.3 Grundläggande principer för offentlig upphandling	12
2.3.1 Inledning.....	12
2.3.2 Likabehandlingsprincipen	13
2.3.3 Icke-diskrimineringsprincipen	14
2.3.4 Transparensprincipen	15
2.3.5 Proportionalitetsprincipen	16
2.3.6 Principen om ömsesidigt erkännande	16
2.4 Direktiven	17
2.4.1 Inledning.....	17
2.4.2 Direktiv 2004/18/EG	18
2.4.3 Direktiv 2014/24/EU	18
3 Offentlig upphandling i Sverige	21
3.1 Inledning.....	21
3.2 Historik	22
3.3 ÅLOU	23
3.4 LOU	24
3.4.1 Inledning.....	24
3.4.2 Tilldelningsgrunderna	24
3.4.3 Uteslutningsprövning och leverantörskvalificering	25
3.4.4 Anbudsprövning.....	29
3.4.5 Anbudsutvärdering	29
3.4.6 Tilldelning av kontrakt	30
3.5 Nya LOU	30
4 Oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare	32
4.1 Inledning.....	32
4.2 Olika former av oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare	33
4.2.1 Svartarbete.....	33
4.2.2 Underleverantörer.....	34
4.2.3 Utländsk arbetskraft.....	36
4.2.4 Onormalt låga anbud	37

4.2.5	Oärliga anbud.....	45
4.2.6	Korruption	47
4.2.7	Anbudskarteller	50
4.3	Sammanfattning av oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare	52
5	Analys.....	53
5.1	Inledning.....	53
5.2	Upphandlingsreglernas utveckling	53
5.3	Oseriösa anbuds förekomst inom offentlig upphandling	56
5.3.1	Identifierandet av oseriös anbudsgivning.....	56
5.3.2	Svartarbete.....	57
5.3.3	Underleverantörer och utländsk arbetskraft.....	57
5.3.4	Onormalt låga anbud samt oärliga anbud	59
5.3.5	Korruption och anbudskarteller.....	61
5.3.6	Sammanfattning.....	63
5.4	Möjligheter att förhindra oseriösa anbud.....	63
5.4.1	Tilldelningsgrunderna	63
5.4.2	Uteslutningsprövning och leverantörskvalificering	64
5.4.3	Prövning, utvärdering, och överprövning av anbud.....	66
5.4.4	Flyttjänsteupphandlingen och vägunderhållsupphandlingen	68
5.4.5	Sammanfattning.....	72
5.5	Oseriösa anbuds påverkan på konkurrensen.....	73
6	Slutsats	76
7	Källförteckning.....	79

Sammanfattning

Lagarna om offentlig upphandling har som syfte att bidra till att den inre marknaden inom EU upprätthålls. Osund konkurrens förhindrar att offentliga myndigheter gör bra affärer. Förekomsten av oseriösa anbudsgivare och bristande kontroller från upphandlande myndigheter gör att skattepengar som skulle kunna användas inom välfärden går förlorade. Upphandlingsreglerna ska säkerställa att myndighet inte använder offentliga medel på ett otillbörligt sätt och därav säkra att inga leverantörer gynnas eller missgynnas. Upphandlingsreglerna har en lång historisk utveckling och ämnar konstant att bli modernare och enklare samt garantera en rättvis konkurrens mellan leverantörerna.

Oseriösa anbud kan förekomma i flera olika former. I uppsatsen redogörs för vilka dessa former kan vara, samt hur upphandlande myndighet har möjlighet att med hjälp av upphandlingsreglerna förhindra att sådana anbud antas. Angående förhindrandet av oseriösa anbud leder till att bevisfrågan blir av intresse. Bevisbördans placering gällande ett anbuds seriositet redogörs för med hjälp av främst HFD:s nya domar om onormalt låga anbud men även EU-domstolens praxis. Det spekuleras även över hur den eventuella förseningen av införlivandet av det nya upphandlingsdirektivet kommer att påverka de offentliga upphandlingarna i Sverige.

I analysen utreds frågeställningarna *är det möjligt att förhindra att oseriösa anbud antas* och *hur påverkar oseriösa anbud konkurrensen vid offentlig upphandling* där bland annat slutsatsen blir att upphandlande myndigheters kontroll av leverantörer bör vidgas samt att det är av vikt att uppnå en sund marknad med bra konkurrens, vilket innebär att oseriösa anbud måste motarbetas. I dagsläget får det fortfarande anses oklart gällande begreppen oseriösa anbud samt oseriösa leverantörer, men insikten om att en motarbetning är behövlig för att uppnå EU:s inre marknad, får anses vara upp-märksammad.

Förkortningar

FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Förvaltningslagen	Förvaltningslagen (1986:223)
Kommunallagen	Kommunallagen (1991:900)
KKV	Konkurrensverket
KL	Konkurrenslagen (2008:597)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LUF5	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Offentlig upphandling omsätter uppskattningsvis 550-660 miljarder kronor varje år¹ och utgör en stor del av samhällsekonomin.² I den av kommissionen meddelade strategin *Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, ges offentlig upphandling en framträdande roll som ett av de marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt.³

Lagarna som reglerar offentlig upphandling härstammar från upphandlingsdirektiven, vars syfte är att bidra till att den inre marknaden inom EU upprätthålls.⁴ Upphandlingsdirektiven innehåller ett antal grundläggande principer som gäller för all offentlig upphandling.⁵ Icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande är EU-rättsliga principer som gäller i alla faser av upphandlingsförfarandet.⁶ Principerna tar sig i uttryck genom 1 kap. 9 § LOU.

De svenska upphandlingslagarna har som syfte att förhindra upphandlande myndighet att använda offentliga medel på ett otillbörligt sätt och således säkerställa att vissa leverantörer inte gynnas eller diskrimineras.⁷ Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter.⁸ Leverantör definieras som den aktör som på marknaden tillhandahåller varor, tjänster eller utför byggtreprenader enligt 2 kap. 11 § LOU. Leverantörer som lämnar anbud vid en offentlig upphandling kallas även för anbudsgivare.

¹ Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling - Statistik om upphandlingar som genomförts under 2011*, Rapport 2012:6, s. 63.

² Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3., [utök.] uppl., Jure, Stockholm, 2013, s. 7. (Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013).

³ COM/2010/2020 final, s. 13.

⁴ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 15.

⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 19.

⁶ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 19-21.

⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 15.

⁸ Se 2 kap. 19 § LOU.

För att syftet med offentlig upphandling ska uppnås krävs seriösa åtaganden från såväl upphandlande myndigheter och från anbudsgivare, vid offentlig upphandling. Oseriösa anbudsgivare och bristande kontroll från de upphandlande myndigheterna bidrar till att skattepengar som skulle kunna användas inom välfärden går förlorade.⁹ Enligt en utredning från LO-distriktet i Stockholms län från år 2013 uppskattas att staten går miste om 180 miljarder kronor varje år i skatteintäkter, varav en del utgör förluster från offentlig upphandling.¹⁰ Det är negativt eftersom det åligger offentliga myndigheter ett ansvar att förhindra det från att inträffa.¹¹ De situationer som kan uppstå vid oseriösa anbud kan även bidra till att konkurrensen snedvrids och således strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Med hänsyn till det ovan framställda utgör oseriösa anbud ett problem som behöver uppmärksammas och utredas. Uppsatsen behandlar således nedanstående frågeställningar.

1.2 Problemformulering

- Är det möjligt att förhindra att oseriösa anbud antas?
- Hur påverkar oseriösa anbud konkurrensen vid offentlig upphandling?

1.3 Syfte

Syftet med denna uppsats är att konkretisera och utröna s.k. oseriösa anbud för att underlätta identifierandet av sådana anbud, samt kategorisera vilka anbud som de facto utgör oseriösa anbud. Vidare är syftet att undersöka hur förekomsten av oseriösa anbud på upphandlingsmarknaden bidrar till att snedvrida konkurrensen och analysera vilka kostnadsmässiga betydelse det får för den upphandlande myndigheten. I uppsatsen ämnas även undersöka om en viss typ av aktör återkommande använder sig av oseriösa anbud, eller om vissa marknader är drabbade

⁹ http://www.dagenssamhalle.se/debatt/sluta-gynna-oseriösa-foeretagare-vid-upphandlingar-5490?quicktabs_2=1 (hämtad 2015-11-16).

¹⁰ LO-distriktet i Stockholms län, *Upphandlingsindex Stockholms län 2013 - En granskning av Stockholmskommunernas rutiner för inköp och upphandling*, LO, Stockholm, 2013, s. 2. (LO, *Upphandlingsindex*, 2013).

¹¹ LO, *Upphandlingsindex*, 2013, s. 2.

i högre grad, samt vilka verktyg offentliga myndigheter har för att kontrollera oseriösa anbud. Slutligen är syftet med uppsatsen att utreda om regelverken för offentlig upphandling är ändamålsenliga med de grundläggande principerna i upphandlingsdirektiven, angående möjligheten att förhindra oseriösa anbud.

1.4 Metod

I uppsatsen tillämpas traditionell juridisk metod för att utreda gällande rätt vilket innebär att relevanta rättskällor, såsom lagtext, förarbeten, praxis och doktrin, rörande oseriösa anbud vid offentlig upphandling tolkas.¹² Utöver rättskällorna hämtas även information från källor som inte är att anses som rättskällor, exempelvis artiklar och yttranden vilka berör ämnet, i syfte att förbättra möjligheten att beskriva rådande situation.

Till följd av att de svenska upphandlingsreglerna dels bygger på EU-direktiv och dels har en egen svensk historik granskas både EU-rättsliga direktiv och den nuvarande samt äldre svenska lagstiftningen. Gällande EU-rätten läggs fokus främst på det tidigare upphandlingsdirektivet och ändamålet med det nya upphandlingsdirektivet.¹³ Beträffande svensk rätt behandlas propositioner och lagstiftning för att belysa avsikten med reglerna för offentlig upphandling i allmänhet och oseriösa anbud i synnerhet. Vidare undersöks även innebörden av det nya direktivet och dess påverkan på LOU.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen är begränsad till direktivstyrda upphandlingar, alltså upphandlingar över tröskelvärdet. Vidare är uppsatsen begränsad till upphandling inom den klassiska sektorn, LOU, vilket innebär att inte LUF, LUFS eller LOV kommer att behandlas.

¹² Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 40-41.

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Direktivet ska införlivas i medlemsstaterna senast den 18 april 2016 enligt artikel 90 i direktivet.

EU-rättslig material kommer att behandlas i den utsträckning som är nödvändigt för syftet att förklara gällande svensk rätt.

1.6 Disposition

Inledningsvis i kapitel 2 beskrivs den EU-rättsliga bakgrunden och regelverkets framväxt samt de EU-rättsliga grundprinciperna för offentlig upphandling, där både det äldre och det nya direktivet behandlas. I kapitel 3 behandlas upphandlingens framväxt inom Sverige och hur regelverket har utvecklats, där även nya och gamla LOU går igenom. Därefter i kapitel 4 läggs fokus på regleringen för anbud och kvalificeringen av leverantörer samt hur man definierar oseriösa anbud och anbudsgivare.

Efter referensramen följer en analys som ämnar svara på den problemformulering som beskrivs i det inledande avsnittet av uppsatsen. Avslutningsvis sammanfattas de relevanta frågeställningarna som berörts i uppsatsen samt vilka slutsatser utredningen kring oseriösa anbud har lett fram till.

2 Offentlig upphandling enligt EU-rätten

2.1 Inledning

Ovan nämns att EU-direktiven har legat till grund för de svenska upphandlingslagarna och att offentlig upphandling utgör en del av strategin för en smart och hållbar tillväxt inom EU.¹⁴ Av denna anledning är en kortfattad introduktion och genomgång av EU-rättens utveckling till dagens direktiv samt de grundprinciper direktiven bygger på, motiverad för ett klargörande av reglerna om offentlig upphandling. Kapitel avslutas med en belysning av det nya upphandlingsdirektivet och de förändringar som direktivet kommer att medföra.

EU har två grundläggande fördrag, Unionsfördraget (FEU) och Funktionsfördraget (FEUF).¹⁵ I de inledande artiklarna av FEU framgår EU:s värdegrund och grundläggande mål. Syftet med samarbetet är att skapa en bättre sammanslutning mellan de europeiska folket.¹⁶ Medborgarna ska även erbjudas ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser.¹⁷ Den inre marknaden utgör EU-samarbetets verkliga kärna.¹⁸ För att upprätthålla den inre marknaden finns fyra grundläggande friheter, fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital, stadgade.¹⁹ Vidare är etableringsfriheten betydelsefull för offentlig upphandling, vilken stadgar rätten för ett etablerat företag att bedriva verksamhet i andra medlemsstater och förbudet mot missgynnandet av sådana företag.²⁰ En förutsättning för den fria rörligheten är att EU:s grundläggande principer efterföljs av alla medlemsstater.²¹ Det föreligger en skyldighet för medlemsstaterna att verka för att fullgöra de uppgifter som följer av fördragen. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att de

¹⁴ Se avsnitt 1.1.

¹⁵ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 33. (Bernitz, *Europarättens grunder*, 2014).

¹⁶ Artikel 1.2 FEU.

¹⁷ Artikel 3.2 FEU.

¹⁸ Bernitz, *Europarättens grunder*, 2014, s. 35.

¹⁹ Artikel 26, FEUF.

²⁰ Artikel 49, FEUF.

²¹ Bernitz, *Europarättens grunder*, 2014, s. 34.

skyldigheter som föreligger fullgörs samt avstå från varje åtgärd som kan äventyra fullgörandet av unionens mål.²²

2.2 Historik

2.2.1 Första generationens regelverk för offentlig upphandling

År 1962 vidtog Europeiska unionens åtgärder för att eliminera restriktioner mot mellanstatlig handel.²³ Direktiv 66/683 förbjöd regler som erfordrade endast användandet av inhemska produkter samt förbjöd regler som förhindrade nyttjandet av utländska produkter vid offentlig upphandling.²⁴ Direktiv 70/32 tillämpade fyra år senare samma regler för offentlig upphandling av varukontrakt.²⁵ År 1977 kom det första *varudirektivet*, direktiv 77/62.²⁶ Tre fundamentala principer introducerades genom direktivet, att avtal ska annonseras till hela gemenskapen, tekniskt diskriminerade specifikationer förbjuds och anbuds- och upphandlingsförfarandet ska grundas på objektiva kriterier.²⁷ Genom direktiv 77/62 infördes även en typ av *de minimis* regel, som innebar att direktivet enbart var tillämpligt på offentliga varukontrakt som översteg summan 200,000 EUA.²⁸²⁹ Liknande principer infördes även under den här tiden för offentliga arbeten i och med direktiv 71/305 där etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster var direktivets främsta mål.³⁰ Direktiv 71/305 var det första *byggdirektivet*.³¹

²² Artikel 4.3, FEU.

²³ Bovis, Christopher, EC public procurement: case law and regulation, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, s. 95. (Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006).

²⁴ Bovis, Christopher, EU public procurement law, Edward Elgar, Cheltenham, 2007, s. 17. (Bovis, EU public procurement law, 2007).

²⁵ Bovis, EC public procurement: case law and regulation 2006, s. 96.

²⁶ Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012, s. 58. (Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012).

²⁷ Bovis, EU public procurement law, 2007, s. 19-20.

²⁸ EUA, *European Unit of Account*, var beräkningsenheten som användes inom Europeiska gemenskapen mellan år 1975-1979.

²⁹ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 98.

³⁰ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 101.

³¹ Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt 2012, s. 58.

2.2.2 Andra generationens regelverk för offentlig upphandling

I Europeiska kommissionens vitbok år 1985³² identifierades medlemsstaternas reglering för offentlig upphandling som ett icke-tariffärt hinder för den fria rörligheten för varor och tillhandahållande av tjänster i Europa, eftersom nationella leverantörer tenderade att gynnas vilket snedvred konkurrensen.³³ Det var genom vitboken och Europeiska enhetsakten³⁴ som grunden lades för vad som utgör EU:s nuvarande regelverk gällande offentlig upphandling.³⁵ Direktiv 88/295 ändrade de tidigare direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling av varor, vilket innebar att öppna anbudsförfaranden blev standarden och förhandlat förfarande endast tillåtna i undantagsfall. Genom direktiv 89/440 utökades bestämmelserna från direktiv 71/305.³⁶ Genom utökningen tilläts även koncessionsavtal, vissa statliga subventionerande arbeten och deltagande av konsortier i offentlig upphandling.³⁷ Vid den här tidpunkten kom även allmännyttiga företag, med verksamhet inom vatten-, transport-, och telekommunikation, att bli föremål för upphandlingsförfarandet genom direktiv 90/531.³⁸ Direktiv 90/531 utgjorde således det första *försörjningsdirektivet*.³⁹ Genom *rättsmedelsdirektiven*⁴⁰ 89/665 och 92/13, infördes de första prövningsreglerna, som krävde att medlemsstaterna säkerställde snabb och effektiv domstolsprövning av beslut från upphandlande myndigheter.⁴¹

2.2.3 Tredje generationens regelverk för offentlig upphandling

Rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, antogs med syfte att bana väg för avregleringen av tjänstekontrakt inom den offentliga marknaden, för att motverka diskriminering av potentiella

³² COM/85/0310 final - Completing the internal market: White paper from the Commission to the European council.

³³ Bovis, EU public procurement law, 2007, s. 2-3.

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/?uri=URISERV:xy0027> (hämtad 2015-11-26).

³⁵ Bovis, EU public procurement law, 2007, s. 4.

³⁶ Artikel 1 direktiv 89/440/EEG.

³⁷ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 102-105, och Bovis, EU public procurement law, 2007, s. 23-25.

³⁸ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 107.

³⁹ Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 58.

⁴⁰ Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 59.

⁴¹ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 118.

anbudsgivare.⁴² Direktiv 92/50/EEG utgjorde det första *tjänstedirektivet*.⁴³ I direktivet infördes projekttävlingar, ett nytt förfarande inom områdena fysisk planering, stadsplanering, arkitektur, byggnadsteknik samt databehandling.⁴⁴ Projekttävlingar anordnas av en upphandlande myndighet med syfte att förvärva det vinnande bidraget vilket utses av en jury.⁴⁵ Under år 1993 antogs tjänste-, bygg- och försörjningsdirektivet i konsoliderad form som direktiv 93/36, 93/37 och 93/38 med syfte att göra den rättsliga ramen mer enhetlig.⁴⁶

2.2.4 Fjärde generationens regelverk för offentlig upphandling

År 2004 stod reglerna för offentlig upphandling inför vidare konsolidering, i syfte att förenkla och modernisera regelverken.⁴⁷ Här infördes en uppdelning mellan å ena sidan upphandling för byggtreprenader, varor, och tjänster och å andra sidan upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.⁴⁸ Regleringen av byggtreprenader, varor och tjänster återfinns i direktiv 2004/18, *det klassiska direktivet*, medan upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster regleras i direktiv 2004/17, *försörjningsdirektivet*.⁴⁹ Utöver förenkling och modernisering av direktiven infördes även ett nytt förfarande, konkurrenspräglad dialog, samt möjligheten att upphandla ramavtal mellan upphandlande myndigheter och leverantörer.⁵⁰ Under år 2007 uppdaterades även *rättsmedelsdirektiven* genom direktiv 2007/66 för att förbättra effektiviteten av granskning gällande förfarandet i offentlig upphandling.⁵¹

Regelverket för offentlig upphandling står återigen inför en förändring.⁵² Europeiska rådet antog den 11 februari år 2014 tre stycken nya direktiv gällande offentlig

⁴² Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 113.

⁴³ Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 58.

⁴⁴ Artikel 1.g, direktiv 92/50/EEG.

⁴⁵ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 151.

⁴⁶ Bovis, EU public procurement law, 2007, s. 45.

⁴⁷ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 167.

⁴⁸ Bovis, EU public procurement law, 2007, s. 49-50.

⁴⁹ Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 59.

⁵⁰ Bovis, EC public procurement: case law and regulation, 2006, s. 171-174.

⁵¹ Sundstrand, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 59.

⁵² Se avsnitt 2.4.3.

upphandling⁵³, offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster⁵⁴ och tilldelning av koncessioner⁵⁵.⁵⁶ Medlemsstaterna har till den 18 april år 2016 på sig att införliva de nya direktiven.⁵⁷

2.2.5 Försening av implementationen i Sverige

I dagsläget kommer Sverige inte att klara av införlivandet av de nya direktiven om offentlig upphandling innan den 18 april år 2016. Införlivningen befaras istället att bli försenad till år 2017.⁵⁸ Regeringen lämnade sin lagrådsremiss till Lagrådet under juni år 2015 och Lagrådet lämnade remissvaret i februari år 2016.⁵⁹ I remissvaret framgår det att kritik riktas mot nya LOU. Remissvaret uttrycker bland annat att:

”Direktiven uppvisar brister av olika slag. Det finns bestämmelser som är rätt och slätt obegripliga eller som är tvetydiga och kan ges olika innebörd. Andra har en innebörd som visserligen är begriplig, men som är oförnuftig. Det finns också bestämmelser som strider mot andra bestämmelser. Brister av nu angivna slag bör inte utan vidare godtas i den svenska lagstiftningen.”⁶⁰

Dröjsmålet av införlivandet av de nya direktiven kan innebära viss problematik eftersom att det medför ett osäkert rättsläge för de nya upphandlingsreglerna.⁶¹ Den nuvarande LOU kommer att gälla fram tills den nya lagen träder i kraft, men upphandlingsdirektivens regler kan komma att gälla framför den rådande svenska lagen, enligt principen om direkt effekt.⁶² Detta bidrar härmed till att upphandlande myndigheter inte kommer ha vetskap om vilka regler som gäller för just deras upphandling, vilket kan leda till ett ökande av överprövningar av myndigheters upphandlingar.⁶³ Principen om direkt effekt innebär att vissa bestämmelser kan göras gällande i nationell domstol även om införlivning av reglerna inte har skett i nationell

⁵³ Direktiv 2014/24/EU.

⁵⁴ Direktiv 2014/25/EU.

⁵⁵ Direktiv 2014/23/EU.

⁵⁶ Se avsnitt 2.4.3.

⁵⁷ Artikel 90, 2014/24/EU, artikel 106, 2014/25/EU och artikel 51, 2014/23/EU.

⁵⁸ <http://upphandling24.se/ardalan-shekarabi-nya-lou-kommer-forst-2017/> (hämtad 2016-03-04).

⁵⁹ <http://upphandling24.se/lagradet-kritisk-mot-nya-lou/> (hämtad 2016-03-04).

⁶⁰ Lagrådets remissvar, *Nytt regelverk om upphandling*, 2016-02-15, s. 3.

⁶¹ <http://upphandling24.se/oerhort-osakert-rattslage/> (hämtad 2016-03-04).

⁶² <http://upphandling24.se/finansdepartementet-bekraftar-risken-for-eu-boter/> (hämtad 2016-03-04).

⁶³ <http://upphandling24.se/direkt-effekt-kommer-innebara-ett-provande-ar/> (hämtad 2016-03-04).

lagstiftning.⁶⁴ Enligt EU-domstolens praxis har flertalet bestämmelser i upphandlingsdirektiven direkt effekt.⁶⁵ Innebörden av principen kan bli att varje enskild upphandling som överprövas kommer en bedömning behöva göras över vilka av direktivens bestämmelser som kan ha direkt effekt och således gälla före den svenska lagstiftningen.⁶⁶ Vidare kan förseningen även innebära att direktivkonform tolkning⁶⁷ kommer att få en större betydelse när domstolarna ska hantera situationer när direktiven och LOU inte överensstämmer.⁶⁸ Förseningen av införlivandet kan, utöver ovannämnd problematik, även innebära att Sverige riskerar sanktioner från EU-kommissionen på grund av förseningen.⁶⁹

2.3 Grundläggande principer för offentlig upphandling

2.3.1 Inledning

För att uppnå de gemensamma målen med EU-samarbetet krävs att medlemsstaterna följer föredragen och att de grundläggande principerna efterlevs.⁷⁰ Direktiven för offentlig upphandling bygger på bestämmelserna i EU:s fördrag, där artikel 12 om icke-diskriminering, artikel 28 och 29 om förbud mot kvantitativa restriktioner, artikel 43 om etableringsrätt och artikel 49 om fri rörlighet av tjänster är centrala för offentlig upphandling.⁷¹ EU-domstolen hänvisar inte sällan till de gemenskapsrättsliga principerna likabehandlings-, icke-diskriminerings-, transparens- och proportionalitetsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande.⁷² Principerna

⁶⁴ Se mål C-26/62, *Van Gend en Loos*, dom av den 5 februari 1963 s. 166 och Bernitz, *Europarättens grunder*, 2014, s. 112-113.

⁶⁵ Se mål C-76/97, *Tögel*, dom av den 24 september 1998 p. 47 och 52 samt Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 15.

⁶⁶ <http://upphandling24.se/direkt-effekt-kommer-innebara-ett-provande-ar/> (hämtad 2016-03-04).

⁶⁷ Direktivkonform tolkning innebär att nationell domstol har en skyldighet att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte. Principen kallas även Colson-principen efter EU-domstolens mål C-14/83, *von Colson*, dom av den 10 april 1984, se särskilt p. 26.

⁶⁸ <http://www.offentligaaffarer.se/2016/03/03/overdriven-oro-over-direkt-effekt/> (hämtad 2016-03-19), se även avsnitt 4.2.2.

⁶⁹ <http://upphandling24.se/finansdepartementet-bekrftar-risken-for-eu-boter/> (hämtad 2016-03-04).

⁷⁰ Bernitz, *Europarättens grunder*, 2014, s. 34.

⁷¹ Prop. 2006/07:128, s. 131.

⁷² Prop. 2006/07:128, s. 131-132.

gäller de leverantörer som deltar i upphandlingen, men även samtliga leverantörer under alla faser av upphandlingsförfarandet.⁷³

2.3.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges så lika förutsättningar som möjligt.⁷⁴ Alla leverantörer måste kunna ta del av relevant information för upphandlingen vid samma tidpunkt.⁷⁵ Krav på produkter ska upprätthållas och det förfarande den upphandlande myndigheten använder ska tillämpas på enhetligt sätt, gentemot alla deltagande leverantörer i upphandlingen.⁷⁶ Angående krav på leverantörer behöver de inte alltid vara samma, exv. hur leverantören bevisar sin ekonomiska status. Det strider således inte mot likabehandlingsprincipen att behandla leverantörer med olika förutsättningar på skilda sätt.⁷⁷ Det vore orimligt att samma krav på bevisning av ekonomisk status ska gälla för ett stort och ekonomiskt starkt företag kontra ett mindre företag, eller att kravet på möjlighet att stödja sig på ett annat företags kapacitet enligt 11 kap. 12 § LOU ska gälla samtliga leverantörer, eftersom alla leverantörer inte har det behovet.⁷⁸ EU-domstolen uttalade i *Fabricom*, att enligt rättspraxis får inte lika situationer behandlas olika och olika situationer får inte behandlas lika såvida inte sakliga skäl föreligger, enligt likabehandlingsprincipen.⁷⁹ Skälen för särbehandling måste vara objektivt godtagbara för att inte strida mot likabehandlingsprincipen.⁸⁰ I målet *Stora Bältbron* fastställde EU-domstolen att även om inte principen uttryckligen finns i upphandlingsdirektiven är skyldigheten att respektera principen central.⁸¹ Principen syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom offentlig upphandling samt att de

⁷³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 21.

⁷⁴ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 20.

⁷⁵ Prop. 2006/07:128, s. 132.

⁷⁶ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 3., [rev.] uppl., Jure, Stockholm, 2014, s. 63. (Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014).

⁷⁷ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 63-64.

⁷⁸ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 63-64.

⁷⁹ Se de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005, p. 27.

⁸⁰ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 43.

⁸¹ Mål C-243/89, *Stora Bältbron*, dom av den 22 juni 1993.

angivna kriterier för urval och tilldelning har till avsikt att garantera sådan effektiv konkurrens.⁸²

Gällande anbud kräver principen att samtliga är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse av anbudena. I *Stora Bältbron* hade den upphandlande myndigheten förhandlat med en leverantör som inte uppfyllde alla villkor, vilket stred mot likabehandlingsprincipen.⁸³ Ändras ett villkor under förhandlingen kan det strida mot likabehandlingsprincipen även om alla leverantörer får ta del av ändringen. Det beror på att leverantörer som avstod från att ansöka om deltagande i anbudsgivningen eller avstod från att lämna anbud, kunde ha agerat annorlunda om de nya förutsättningarna gällde från början.⁸⁴ Det faktum att en del leverantörer inte klarar av att bemöta de krav som upphandlande myndigheter ställer, utgör dock ingen överträdelse av likabehandlingsprincipen. Syftet är snarare att alla leverantörer ska behandlas lika oavsett förutsättningar.⁸⁵ Därav förhindrar principen upphandlande myndigheter att positivt gynna mindre företag, vilket leder till att mindre företag får det svårare att konkurrera på den offentliga marknaden.⁸⁶ Det finns en oro både från EU och Sverige angående svårigheten för mindre företag att delta i offentliga upphandlingar och den bristande möjlighet att positivt särbehandla mindre företag vid upphandlingar.⁸⁷

2.3.3 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen finns stadgad i artikel 18 FEUF. Principen om likabehandling omfattar alla typer av diskriminering medan icke-diskrimineringsprincipen särskilt gäller diskriminering på nationella grunder.⁸⁸ Icke-diskrimineringsprincipen förbjuder all diskriminering av leverantörer på grund av nationalitet.⁸⁹ EU-

⁸² Se mål C-243/89, *Stora Bältbron*, dom av den 22 juni 1993, p. 33.

⁸³ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 43.

⁸⁴ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 64.

⁸⁵ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 65 och Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 45.

⁸⁶ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 44-45.

⁸⁷ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 45.

⁸⁸ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 45.

⁸⁹ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 65.

domstolen har uttryckt att ett krav, som enbart inhemska leverantörer kan uppfylla eller ett krav som försvårar för leverantörer från andra medlemsstater, strider mot principen om icke-diskriminering.⁹⁰ Innebörden av principen är att upphandlande myndigheter måste behandla leverantörer från andra orter på samma sätt som de upphandlande myndigheterna behandlar lokala leverantörer.⁹¹ Förbudet gäller även vid indirekt diskriminering.⁹² Principen gäller inte enbart leverantörer från olika medlemsstater. Gynnar kravet en lokal leverantör framför en annan leverantör från samma nationalitet, exv. krav på närproducerat, strider även det mot principen.⁹³ Krav som kan ge sken av att ha diskriminerande effekt, men fortfarande är sakliga, är dock tillåtna. Ett exempel är krav på varm mat för skolbespisning, vilket gynnar lokala leverantörer utan att strida mot principen.⁹⁴

2.3.4 Transparensprincipen

Transparensprincipen, vilken även kallas för principen om öppenhet och förutsebarhet, samt för öppenhetsprincipen i EU-domstolens rättspraxis, förutsätter att offentliga upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet.⁹⁵ Innebörden av principen är att upphandlingen ska annonseras offentligt, att leverantörerna ska informeras om resultatet av anbudsförfarandet och att upphandlingshandlingarna i princip är offentliga.⁹⁶ Kravet på öppenhet är fundamental för att upprätthålla principerna om icke-diskriminering och likabehandling. EU-domstolen uttryckte sambandet mellan principerna i målet *Hospital Ingenieure*, vilket är att transparensprincipen möjliggör kontroll av att likabehandlingsprincipen beaktas.⁹⁷ Bestämmelserna i upphandlingsdirektivet gällande bland annat utformning av annonser, förfrågningsunderlag, krav på specifikationer och kriterier för utvärdering är utformade för att underlätta uppnåendet av transparens.⁹⁸ Principen möjliggör även

⁹⁰ Se mål C-31/87, *Beentjes*, dom av den 20 september 1988, p. 30.

⁹¹ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 45.

⁹² Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 65.

⁹³ Prop. 2006/07:128, s. 155.

⁹⁴ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 65.

⁹⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 20.

⁹⁶ Prop. 2006/07:128, s. 155.

⁹⁷ Se mål C-92/00, *Hospital Ingenieure*, dom av den 18 juni 2002, p. 45.

⁹⁸ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 65.

säkerställandet av att upphandlande myndighet håller sig till förfrågningsunderlaget, samt förhindrar att den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång ändrar förutsättningarna för upphandlingen.⁹⁹ Om ett kriterium är svårtolkat, medför det att kriteriet i fråga anses strida mot transparensprincipen.¹⁰⁰ Förfrågningsunderlaget ska vara klart, precist och otvetydigt utformat och möjliggöra för alla omsorgsfulla anbudsgivare att tolka det på samma sätt.¹⁰¹

2.3.5 Proportionalitetsprincipen

De krav en upphandlande myndighet ställer på leverantör eller leverans får inte vara högre än vad som anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen, eftersom det strider mot proportionalitetsprincipen.¹⁰² Det ska finnas ett samband och proportionalitet mellan kravet och det behov som ska täckas.¹⁰³ När villkoren för deltagande i upphandlingen, kraven på anbudsförfrågans innehåll och villkoren i anbudsförfarandet fastställs, ska upphandlingens art och värde beaktas och stå i proportion till kraven.¹⁰⁴ Effekten av principen är att krav anpassas efter sina syften, där mindre ingripande sätt att uppnå syftet går före mer omfattande sätt.¹⁰⁵ Proportionalitetsprincipen säkerställer således att det eftersträvande målet uppnås utan att förfarandet går över gränsen för vad som är nödvändigt för att uppnå målet.¹⁰⁶ Vidare säkerställs att de men som drabbar den enskilde, vid åtgärder för att nå det eftersträvade målet, inte får vara oproportionerliga i förhållande till nyttan för det allmänna.¹⁰⁷

2.3.6 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att upphandlande myndigheter är skyldiga att erkänna och acceptera handlingar från andra medlemsstater. Med

⁹⁹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 20.

¹⁰⁰ Se mål C-448/01, *EVN AG Wienstrom*, dom av den 4 december 2003, p. 58.

¹⁰¹ Se mål C-368/10, *Max Havelaar*, dom av den 10 maj 2012, p. 109.

¹⁰² Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 20.

¹⁰³ Prop. 2006/07:128, s. 132.

¹⁰⁴ Prop. 2006/07:128, s. 155.

¹⁰⁵ Falk, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 2014, s. 67.

¹⁰⁶ Se mål C-210/03, *Swedish Match*, dom av den 14 december 2004, p. 47.

¹⁰⁷ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 46-47.

handlingar avses intyg och certifikat som är utfärdade av en medlemsstats behöriga myndigheter och ska således anses gällande i andra medlemsstater.¹⁰⁸ Den upphandlande myndigheten får inte kräva att leverantörer ska ha exv. en viss medlemsstats utbildning, i fall leverantören kan uppvisa motsvarande utbildning från en annan medlemsstat.¹⁰⁹ Principen har sitt ursprung i målet *Cassis de Dijon*, där Tysklands nationella bestämmelser innebar ett handelshinder.¹¹⁰ EU-domstolen kom i fallet fram till att en dryck som har tillverkats och saluförts lagligt i en medlemsstat inte får förbjudas i en annan medlemsstat.¹¹¹ Principen säkerställer även att medlemsstater behandlar varor från andra medlemsstater enhetligt med inhemska varor.¹¹² Bestämmelser får inte införas som i praktiken utgör hinder mot den fria rörligheten, såvida det inte tjänar ett syfte av allmänt intresse.¹¹³

2.4 Direktiven

2.4.1 Inledning

Den svenska lagen införlivar direktiven om offentlig upphandling, av den anledningen kommer de gamla och det nya direktivet för offentlig upphandling att behandlas i det följande kapitlet.¹¹⁴ Direktiv 2004/18/EG omfattar förfarandet vid offentlig upphandling av bygg-entreprenader, varor och tjänster, och kallas för det *klassiska direktivet*.¹¹⁵ Det klassiska direktivet har mött kritik för att vara krångligt, stelbent och otydligt, vilket har medfört en eftersträvan att modernisera direktivet.¹¹⁶ År 2011 gav Europeiska kommissionen ut ett förslag till ett nytt upphandlingsdirektiv med mål att förenkla reglerna. Det nya direktivet antogs i februari år 2014.¹¹⁷

¹⁰⁸ Prop. 2006/07:128, s. 132.

¹⁰⁹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 21.

¹¹⁰ Mål C-120/78, *Cassis de Dijon*, dom av den 20 februari 1979.

¹¹¹ Se mål C-120/78, *Cassis de Dijon*, dom av den 20 februari 1979, p. 15.

¹¹² Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 48.

¹¹³ Se mål C-120/78, *Cassis de Dijon*, dom av den 20 februari 1979, p. 14.

¹¹⁴ Se avsnitt 1.5 och Prop. 2006/07:128, s. 1 samt avsnitt 2.4.2 och 2.4.3.

¹¹⁵ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 59.

¹¹⁶ SOU 2011:73, s. 12.

¹¹⁷ COM/2011/896 final, s. 2, och SOU 2014:51, s. 17.

2.4.2 Direktiv 2004/18/EG

Av tydlighetsskäl sammansattes direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG till en text under våren år 2004, vilket resulterade i det klassiska direktivet.¹¹⁸ Direktivet är uppbyggt på praxis från EU-domstolen.¹¹⁹ Direktivet stadgade att offentligrättsliga organ vid tilldelning av kontrakt omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget¹²⁰, samt de principer som följer av dessa principer.¹²¹ Syftet var att motverka hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster, samt att skydda leverantörer etablerade i en medlemsstat som för upphandling erbjöd varor, tjänster och byggentreprenadarbeten i andra medlemsstater.¹²² Direktivet har kritiserats och en vilja att modernisera direktivet i syfte att effektivisera användandet av offentliga medel samt klargöra grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättslig säkerhet har uttryckts.¹²³ Kritiken mot det gamla direktivet har lett till förslaget till det nya upphandlingsdirektivet.¹²⁴

2.4.3 Direktiv 2014/24/EU

I Europa 2020-strategin framgår det att den offentliga upphandlingspolitiken ska säkerställa ett effektivt användande av offentliga medel, samt att marknaden förblir öppen inom hela unionen.¹²⁵ Det framgår av förslaget till det nya direktivet att befintlig lagstiftning behöver moderniseras för att bättre kunna hantera den föränderliga politiska, sociala och ekonomiska situationen.¹²⁶ Förslaget har två kompletterande mål:

”Att öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få valuta för pengarna. Detta innebär framför allt att förenkla de nuvarande reglerna för offentlig upphandling och göra dem mer flexibla. Rationaliserade och mer effektiva förfaranden är till fördel för alla ekonomiska aktörer och gör det lättare för små och medelstora företag och anbudsgivare från andra länder att delta.

¹¹⁸ Sundstrand, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 58-59.

¹¹⁹ Preamble p. 1, direktiv 2004/18/EG.

¹²⁰ Se avsnitt 2.1.

¹²¹ Se avsnitt 2.3.

¹²² Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 12, avsnitt 1.1 och mål C-380/98, *University of Cambridge*, dom av den 3 oktober 2000, p 16.

¹²³ Se avsnitt 2.4.1 och Preamble p. 2, direktiv 2014/24/EU.

¹²⁴ Se avsnitt 2.4.1.

¹²⁵ COM/2010/2020 final, s. 26.

¹²⁶ COM/2011/896 final, s. 2.

Att ge upphandlare bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällsliga mål, såsom skyddet av miljön, högre resurs- och energi-effektivitet, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation, sysselsättning och social integration samt säkerställande av bästa tänkbara villkor för tillhandahållande av sociala tjänster av hög kvalitet.”¹²⁷

Tilldelningskriteriet kommer ändras från direktiv 2004/18/EG, där ”*lägsta pris*” och ”*det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*” utgjorde tilldelningsgrund.¹²⁸ Tilldelningsgrund enligt direktiv 2014/24/EU utgör fortfarande det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, men ska bedömas utifrån ”*förhållandet mellan pris och kvalitet*”.¹²⁹ Tilldelningen ska fortfarande säkerställa att principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet iakttas, i syfte att säkerställa objektiv jämförelse av anbuden. Detta för att säkerställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Möjligheten att göra bedömningen på enbart pris kommer dock fortfarande att finnas.¹³⁰ Gällande förhållandet mellan pris och kvalitet ska bedömningen göras på grundval av kriterier som kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter, vilka är kopplade till föremålet för det aktuella offentliga kontraktet.¹³¹ Vidare medför det nya direktivet en ny princip för offentlig upphandling; konkurrensprincipen.¹³² Artikel 18 i direktivet stadgar, under rubriken *principer för upphandling*:

”1. De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett *likvärdigt och icke-diskriminerande* sätt samt förfara på ett *öppet och proportionerligt* sätt. Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt *begränsa konkurrensen*. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

2. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga *miljö-, social- och arbetsrättsliga* skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X”¹³³ (författarens kurs.).

¹²⁷ COM/2011/896 final, s. 2.

¹²⁸ Artikel 53, direktiv 2004/18/EG.

¹²⁹ Preambel p. 89 och artikel 76, direktiv 2014/24/EU.

¹³⁰ Preambel p. 90, direktiv 2014/24/EU.

¹³¹ Artikel 67, direktiv 2014/24/EU.

¹³² Artikel 18, direktiv 2014/24/EU och Albert Sánchez Graells -

<http://howtocrackanut.blogspot.se/2014/01/principle-of-competition-finally.html> (hämtad 2015-12-14).

¹³³ Artikel 18, direktiv 2014/24/EU.

Artikel 18 återger de grundläggande begreppen och principerna för upphandling på ett tydligt sätt. På så vis tillfredsställs det behov av förenkling och modernisering vilket direktivet syftar till att uppnå.¹³⁴ Vidare stadgar artikel 76, där *principer för tilldelning av kontrakt* framgår, att:

”1. Medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av detta kapitel för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna kan själva fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

2. Medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas *kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation*. Medlemsstaterna får också föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av *det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster*”¹³⁵ (författarens kurs.).

Artikel 18 och 76 samlar på ett lättförståeligt sätt upp de tidigare grundprinciperna från direktiv 2004/18/EG, den nya konkurrensprincipen, miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter samt tilldelningsgrunderna för offentlig upphandling, vilket utgör ett av målen med det nya direktivet.¹³⁶ Enligt Europaparlamentets ledamot, Marc Tarabella, kommer de nya upphandlingsreglerna innebära slutet för vad han kallar ”*lägsta prisets tyranni*”.¹³⁷ Kvalitet och omsorg för miljön kommer att prioriteras samt arbetsvillkor och arbetstagares rättigheter kommer att beaktas. Enligt Marc Tarabella ska de nya upphandlingsreglerna även garantera rättvis konkurrens samt motverka social dumpning.¹³⁸ Innebörden av direktiv 2014/24/EU är att medlemsstaterna måste ändra sina regler gällande offentlig upphandling. Sista datum för implementeringen av direktivet är 18 april 2016.¹³⁹

¹³⁴ Preamble p. 2, direktiv 2014/24/EU.

¹³⁵ Artikel 76, direktiv 2014/24/EU.

¹³⁶ COM/2011/896 final, s. 2.

¹³⁷ <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20140110IPR32386/New-EU-procurement-rules-to-ensure-better-quality-and-value-for-money> (hämtad 2016-01-25).

¹³⁸ <http://upphandling24.se/eu-stopp-for-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-01-25).

¹³⁹ Se avsnitt 2.2.4 och 2.2.5.

3 Offentlig upphandling i Sverige

3.1 Inledning

LOU reglerar offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader i Sverige.¹⁴⁰ Det är offentliga myndigheter som har en skyldighet att upphandla i enlighet med LOU.¹⁴¹ Med offentliga myndigheter avses statliga och kommunala myndigheter, kommuner och landsting samt offentligt styrda organ.¹⁴² De EU-rättsliga principer som beskrevs i avsnitt 2.3 har införts i svensk upphandlingsrätt och LOU stadgar att:

”Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.”¹⁴³

Utöver EU-principerna innehåller LOU även s.k. bör-regler som innebär att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och social hänsyn vid upphandling om det motiveras av upphandlingens art.¹⁴⁴ Bör-regeln utgör inte någon EU-rättslig princip utan är en svensk nationell bestämmelse.¹⁴⁵

LOU och EU-direktivet skiljer på det som kallas A-tjänster och B-tjänster. A-tjänster är de upphandlingar vilka överstiger tröskelvärdet¹⁴⁶ och utgör direktivstyrda upphandlingar.¹⁴⁷ B-tjänster, vilka understiger tröskelvärdet, regleras i 15 kap. LOU och är regler Sverige frivilligt har valt att införa.¹⁴⁸ Upphandlingar som understiger tröskelvärdet anses inte vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater och har således inget gränsöverskridande intresse, varav dessa upphandlingar regleras

¹⁴⁰ 1 kap. 2 § LOU.

¹⁴¹ 1 kap. 13 § LOU.

¹⁴² 1 kap. 19 § LOU.

¹⁴³ 1 kap. 9 § LOU.

¹⁴⁴ 1 kap. 9 a § LOU.

¹⁴⁵ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 21.

¹⁴⁶ <http://skl.se/ekonomijuridikstatistik/juridik/upphandlingkonkurrens/upphandlingochkonkurrens/nyatroskelvardenforoffentligupphandling.2947.html> (hämtad 2015-12-14).

¹⁴⁷ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 15.

¹⁴⁸ Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010, s. 47. (Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010).

genom de bestämmelserna varje medlemsstat själva har valt att införa.¹⁴⁹ Syftet med de svenska upphandlingsreglerna, utöver att tillgodose att den offentliga sektorn gör bra affärer, är att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt, genom att exv. gynna eller missgynna vissa leverantörer, skapa handelshinder eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn, samt att förhindra korruption.¹⁵⁰

3.2 Historik

Sverige är sedan 1 januari år 1995 medlem i EU.¹⁵¹ Medlemskapet har inneburit att Sverige har åtagit sig att införa regler motsvarande de regler som finns inom EU.¹⁵² EU-direktiven har således medfört förändringar och bidragit till utvecklingen av de svenska reglerna om offentlig upphandling.¹⁵³ Bestämmelser om offentlig upphandling har dock existerat innan Sveriges medlemskap i EU. Sedan 1800-talet har viss offentlig upphandling reglerats, i början utgjordes regelverket av föreskrifter vid statliga upphandlingar av material för det militära.¹⁵⁴ Regler för statlig offentlig upphandling har funnits under hela 1900-talet. Syftet med reglerna var inledningsvis att säkerställa affärsmässighet, rättssäkerhet och offentlighet, samt innebar förtur för svenska varor framför utländska.¹⁵⁵ År 1920 trädde Sveriges första upphandlingsförordning i kraft, förordningen var tvingande men innehöll inga sanktioner.¹⁵⁶ Kravet på affärsmässighet skärptes under år 1952 genom att förturen för svenska varor togs bort och att sysselsättningssituationen inte längre fick påverka upphandlande myndigheters beslut.¹⁵⁷ Bestämmelserna moderniserades och reviderades därefter år 1973, år 1980 och år 1986 då upphandlingsförordningen fick sin slutliga utformning.¹⁵⁸ I upphandlingsförordningen angavs en ram med huvudregler för hur upphandlingsverksamhet skulle utövas och kompletterande

¹⁴⁹ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 50.

¹⁵⁰ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 15.

¹⁵¹ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 24.

¹⁵² Prop. 1992/93:88, s. 1.

¹⁵³ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 9.

¹⁵⁴ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 23.

¹⁵⁵ Prop. 1992/93:88, s. 34.

¹⁵⁶ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 23.

¹⁵⁷ Prop. 1992/93:88, s. 34.

¹⁵⁸ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 23.

föreskriver utgavs av dåvarande Riksrevisionsverket.¹⁵⁹ Upphandlingsförordningen upphävdes i och med ikraftträdandet av ÄLOU.¹⁶⁰

3.3 ÄLOU

ÄLOU trädde i kraft den 1 januari år 1994 och lagen infördes i syfte att anpassa de svenska reglerna till de EU-rättsliga reglerna för offentlig upphandling till följd av ett avtal mellan Sverige och EU.¹⁶¹ Det svenska medlemskapet i EU år 1995 innebar endast marginella ändringar i lagen, men det inledde en ny fas för offentlig upphandling i Sverige eftersom reglerna därefter även påverkades av EU-rätten.¹⁶² Under denna tid var det Nämnden för offentlig upphandling som hade tillsynsansvaret för offentliga upphandlingar i Sverige.¹⁶³ De större skillnaderna med ÄLOU jämfört med tidigare lagstiftningar för offentlig upphandling, var att lagen var tvingande och innehöll rättsmedel i form av möjlighet till överprövning samt skadestånd för leverantörer.¹⁶⁴ Huvudregeln i ÄLOU återfinns i 1 kap. 4 §, där det stadgas att:

”Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.”

Att upphandlingen skulle genomföras affärsmässigt innebar att den upphandlande myndigheten skulle beakta alla faktorer som var nödvändiga för att upphandlingen skulle bli så ekonomisk och ändamålsenligt som möjligt för den upphandlande myndigheten.¹⁶⁵ Vidare skulle den upphandlande myndigheten utnyttja de konkurrensmöjligheter som var möjliga och behandla anbud och anbudsgivare objektivt.¹⁶⁶ Huvudregeln i ÄLOU är ursprungligen från 3 § i Upphandlingsförordningen från år 1986, där det av förarbetena framgår att affärsmässighet även innebar att den upphandlande myndigheten skulle få valuta för

¹⁵⁹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 9 och prop. 1992/93:88, s. 34-35.

¹⁶⁰ Sundstrand, *Offentlig upphandling: LOU och LUF*, 2010, s. 23-24.

¹⁶¹ SOU 2001:31, s. 77.

¹⁶² Sundstrand, *Offentlig upphandling: LOU och LUF*, 2010, s. 24 och SOU 2001:31, s. 77.

¹⁶³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 10.

¹⁶⁴ Sundstrand, *Offentlig upphandling: LOU och LUF*, 2010, s. 24.

¹⁶⁵ SOU 2001:31, s. 76.

¹⁶⁶ SOU 2001:31, s. 75.

pengarna.¹⁶⁷ Uttrycket affärsmässighet ansågs utgöra en alltför otydlig koppling till EU-rättens upphandlingsdirektiv, särskilt som lagens huvudregel.¹⁶⁸ Det ansågs istället att regeln borde ändras och utgöra en direkt hänvisning till de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling.¹⁶⁹ Den 1 september år 2007 överfördes Nämnden för offentlig upphandlings verksamhet till KKV.¹⁷⁰ LOU trädde i kraft den 1 januari år 2008 och ersatte ÄLOU, för att göra upphandlingslagarna mer lättförståeliga.¹⁷¹

3.4 LOU

3.4.1 Inledning

Sverige har genom medlemskapet i EU en skyldighet att garantera de EU-principer som gäller för offentlig upphandling, i syfte att nå en gemensam inre marknad.¹⁷² Huvudregeln i ÄLOU ansågs vara för otydlig och ersattes därför med den nu gällande generalklausulen i 1 kap. 9 § LOU, i syfte att tydliggöra de grundläggande principerna gällande offentlig upphandling.¹⁷³

3.4.2 Tilldelningsgrunderna

LOU tillåter två tilldelningsgrunder vilka får tillämpas vid utvärdering av anbud; *lägsta pris* och *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*.¹⁷⁴ Tilldelningskriterierna avgör vilken leverantör som vinner upphandlingen. Kriterierna återfinns i 12 kap. 1 § LOU vari stadgas att:

- ”En upphandlande myndighet skall anta antingen
1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
 2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

¹⁶⁷ SOU 2001:31, s. 76.

¹⁶⁸ SOU 2001:31, s. 80.

¹⁶⁹ SOU 2001:31, s. 411-412.

¹⁷⁰ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 10.

¹⁷¹ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 9-10 och prop. 2006/07:128, s. 1.

¹⁷² SOU 2001:31, s. 80.

¹⁷³ Prop. 2006/07:128, s. 151.

¹⁷⁴ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 84.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.”

När tilldelningsgrunden är lägsta pris är det enbart priset som är utslagsgivande vid anbudsutvärderingen, förutsatt att anbudet uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget.¹⁷⁵ Tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktigt tar, vilket framgår av 12 kap. 1 § 2 st. LOU, hänsyn till olika kriterier kopplade till det som upphandlas, förutsatt att anbudet uppfyller alla krav i förfrågningsunderlaget.¹⁷⁶ Utöver tilldelningsgrunderna finns det möjligheter för upphandlande myndigheter att genom urvalskriterier ställa krav på leverantörer.¹⁷⁷ Kriterierna framgår av förfrågningsunderlaget vilket är det dokument där förutsättningarna för upphandlingen fastställs.¹⁷⁸ Uppfyller inte ett anbud från en leverantör de kvalificeringskrav eller kraven på föremålet för upphandlingen får inte den upphandlande myndigheten anta anbudet.¹⁷⁹

3.4.3 Uteslutningsprövning och leverantörskvalificering

Angående leverantörer förekommer två moment i syfte att avgöra om en leverantör klarar att genomföra ett visst upphandlingskontrakt; uteslutningsprövning och leverantörskvalificering.¹⁸⁰ Prövningarna ger den upphandlande myndigheten möjlighet att välja bort de leverantörer vilka är direkt olämpliga eller saknar förutsättningar att tillgodose den upphandlande myndighetens behov.¹⁸¹ Vid uteslutningsprövningen skiljer LOU på obligatoriska uteslutningsgrunder av leverantör, enligt 10 kap. 1 §, och frivilliga uteslutningsgrunder av leverantör, enligt 10 kap. 2 och 3 §§.

¹⁷⁵ Prop. 2006/07:128, s. 131.

¹⁷⁶ Prop. 2006/07:128, s. 130-131.

¹⁷⁷ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 134.

¹⁷⁸ Sundstrand, Offentlig upphandling: LOU och LUF, 2010, s. 126.

¹⁷⁹ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 79.

¹⁸⁰ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (1 feb 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap.

¹⁸¹ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 99.

Första stycket av 10 kap. 1 § LOU beskriver att upphandlande myndighet *ska* utesluta leverantör från upphandlingen, om den upphandlande myndigheten får kännedom att leverantören enligt lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar deltagande i kriminell organisation, bestickning, bedrägeri och penningtvätt. De ovanstående brotten strider mot EU:s ekonomiska intresse och bedöms vara särskilt allvarliga. Det finns inget krav att den upphandlande myndighet rutinmässigt eller i de enskilda fallet ska kontrollera leverantörer, en kontroll utförs endast när det föreligger en grundad anledning.¹⁸² I situationer där leverantören är en enskild näringsidkare är det denne som ska uteslutas för brottslighet enligt första stycket.

Är leverantören en juridisk person, vilket det i huvudregel är i en offentlig upphandling, ska leverantören uteslutas från upphandlingen om en företrädare för leverantören har dömts för något av de ovanstående brotten.¹⁸³ Det framgår av paragrafens andra stycke.¹⁸⁴ Med företrädare menas den som har en faktiskt maktposition i den juridiska personen och möjlighet att påverka den.¹⁸⁵ Paragrafens tredje stycke stadgar hur den upphandlande myndigheten ska gå tillväga när kännedom om brottslighet har uppkommit. Paragrafen stadgar även att den upphandlande myndigheten får bereda leverantör möjlighet att motbevisa att grund föreligger.¹⁸⁶ Sista stycket i paragrafen är en s.k. ventil, vilket innebär att den utgör ett undantag från bestämmelserna i paragrafen. Stycket möjliggör för upphandlande myndighet att inte utesluta leverantör om särskilda skäl föreligger, bland annat om brottet var ringa eller begicks längre tillbaka i tiden.¹⁸⁷ I 10 kap. 2 och 3 §§ LOU redogörs för de situationer som en upphandlande myndighet *får* utesluta en leverantör.¹⁸⁸ I likhet med de obligatoriska uteslutningsgrunderna, gäller även här att en juridisk person, som är leverantör, får uteslutas på grund av fel hänförliga till en

¹⁸² Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (7 jan 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap. 1 § 1 st.

¹⁸³ Se 10 kap. 1 § 2 st.

¹⁸⁴ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (7 jan 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap. 1 § 2 st.

¹⁸⁵ Skatteförfarandelagens definition, se även Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (7 jan 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap. 1 § 2 st.

¹⁸⁶ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (7 jan 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap. 1 § 3 st.

¹⁸⁷ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (7 jan 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap. 1 § 3 st.

¹⁸⁸ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 101.

företrädare till den juridiska personen.¹⁸⁹ De omständigheter som kan medföra uteslutning av en leverantör vid en offentlig upphandling ska vara relevant för upphandlingen och stå i proportion till uteslutningen.¹⁹⁰ Uteslutning av leverantör från upphandling får göras i de fall leverantören:

- ”1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap.”¹⁹¹

Angående brott avseende yrkesutövning och allvarligt fel i yrkesutövning omfattar det bland annat överträdelser av miljölagstiftning eller lagstiftning om otillåten samverkan.¹⁹² Det finns inget krav på att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör på grund av ovanstående punkter, dock måste hänsyn tas till likabehandlingsprincipen.¹⁹³ Tillåts en leverantör som faller in under ovanstående punkter måste alla leverantörer med motsvarande brister tillåtas delta i upphandlingen.¹⁹⁴ Gällande det andra momentet för prövning av leverantörer, leverantörskvalificering, innebär det en möjlighet för upphandlande myndigheter att bedöma en leverantörs förmåga att leverera de varor samt tjänster som upphandlingen avser.¹⁹⁵ Syftet är alltså inte att hitta leverantören med den bästa förmågan, snarare att identifiera leverantörer med tillräcklig förmåga att utföra uppdraget och tillgodose upphandlande myndighets behov.¹⁹⁶ Reglerna för leverantörskvalificering i 11 kap. LOU och 1 § stadgar att:

¹⁸⁹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 102.

¹⁹⁰ Se mål C-213/07, *Michaniki*, dom av den 16 december 2008, p. 47-48.

¹⁹¹ Se 10 kap. 2 § 1 st. LOU.

¹⁹² Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 102 och prop. 2006/07:128, s. 390.

¹⁹³ Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling* (29 jan 2016, Zeteo), kommentar till 10 kap. 2 §, inledningen.

¹⁹⁴ Sundstrand, *Offentlig upphandling: LOU och LUF*, 2010, s. 138.

¹⁹⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 102.

¹⁹⁶ NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29, s. 3.

”Innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. skall den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.”

Formuleringen i 1 § ger intrycket att på att bestämmelsen är obligatorisk, vilket den inte är.¹⁹⁷ Leverantörskvalificering är frivillig men görs vanligtvis i alla upphandlingar, eftersom upphandlande myndighet annars kan löpa risk att behöva anta anbud från en leverantör som inte klarar av att fullgöra kontraktet.¹⁹⁸ Det framgår av 11 kap. 2 § att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för leverantörers ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Proportionalitetsprincipen förhindrar dock upphandlande myndighet att ställa högre krav än vad som är nödvändigt, för att leverantören ska klara av de kontrakt som upphandlas.¹⁹⁹ En leverantör som själv inte uppfyller kvalificeringskraven får, genom 11 kap. 12 § LOU, åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.²⁰⁰ Denna huvudregel har slagits fast av EU-domstolen.²⁰¹ EU-domstolen har dock uttryckt att rätten till åberopande av annans kapacitet inte är absolut eftersom vissa arbeten kräver en viss kapacitet som inte kan uppnås genom flera leverantörers samlade lägre kapacitet.²⁰² Det är inte tillåtet att begränsa hur en leverantör bevisar sin möjlighet att åberopa annans kapacitet.²⁰³ I ett avgörande från EU-domstolen, var en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget hade begränsat bevismöjligheten till två alternativ, ansågs begränsningen strida mot upphandlingsdirektiven²⁰⁴ .²⁰⁵

¹⁹⁷ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (29 jan 2016, Zeteo), kommentar till 11 kap. 1 §, inledningen.

¹⁹⁸ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 103.

¹⁹⁹ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 102-103.

²⁰⁰ Pedersen, Upphandlingens grunder, 2013, s. 104.

²⁰¹ Se mål C-176/98, *Holst Italia Spa*, dom av den 2 december 1999, p. 27.

²⁰² Se mål C-94/12, *Swm Costruzioni*, dom av den 10 oktober 2013, p. 35.

²⁰³ Se mål C-234/14, *Ostas celtnieks*, dom av den 14 januari 2016.

²⁰⁴ Se särskilt artikel 47.2 och 48.3, direktiv 2004/18/EG.

²⁰⁵ <http://upphandling24.se/gar-det-begransa-tillatna-bevismedel-for-att-aberopa-annans-kapacitet/> (hämtad 2016-03-09) och mål C-234/14, *Ostas celtnieks*, dom av den 14 januari 2016, se särskilt p. 32 och 34.

3.4.4 Anbudsprövning

Efter att uteslutningsprövning och leverantörskvalificering är genomförd ska anbudsprövning ske innan anbudsutvärderingen.²⁰⁶ Anbuderna kontrolleras för att se att de uppfyller de formella kraven, samt att det som offereras i anbuderna uppfyller de krav på föremål för upphandlingen som uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte klarar anbudsprövningen får inte utvärderas och ska förkastas.²⁰⁷ Det förekommer ofta i upphandlingar att anbudsgivarna inte uppfyller kraven, vilket är problematiskt. Av den anledningen är det viktigt att såväl upphandlande myndighet som anbudsgivare är noggranna och avsätter den tid och resurser som upphandlingen kräver.²⁰⁸ Utvärderingskriterierna vid prövning av anbud ska tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare.²⁰⁹ Ett anbud som inte överensstämmer helt med förfrågningsunderlaget får dock inte förkastas, under förutsättning att förkastandet skulle vara oproportionellt eller innebära att leverantörer behandlas olika.²¹⁰

3.4.5 Anbudsutvärdering

Vid anbudsutvärderingen, vilket ur affärsmässig synpunkt är den mest intressanta fasen i en upphandling, bedömer den upphandlande myndigheten vilket av anbuderna som bäst tillgodoser deras behov.²¹¹ Till skillnad från inköpsbeslut i det privata näringslivet är besluten vid offentlig upphandling inskränkta av bestämmelserna i LOU, de grundläggande EU-principerna och även förfrågningsunderlagets utformning.²¹² Anbudsutvärderingen ska ske enligt den utvärderingsmodell som har annonserats.²¹³ Det är inte möjligt att byta utvärderingsgrund under upphandlingens gång, inser en upphandlande myndighet att det bästa anbudet inte kan antas för att fel

²⁰⁶ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 109.

²⁰⁷ Se mål C-243/89, *Stora Bältbron*, dom av den 22 juni 1993, p. 43 och mål C-87/94, *Vallonska Bussarna*, dom av den 22 april 1994, p. 66.

²⁰⁸ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 109.

²⁰⁹ Se mål C-19/00, *SIAC Construction*, dom av den 18 oktober 2001, p. 44.

²¹⁰ Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling* (1 feb 2016, Zeteo), kommentar till 12 kap.

²¹¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 111.

²¹² Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 111.

²¹³ Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling* (1 feb 2016, Zeteo), kommentar till 12 kap. 1 § 1 st.

grund och kriterier har valts ska upphandlingen istället avbrytas utan att kontrakt tilldelas någon leverantör.²¹⁴

3.4.6 Tilldelning av kontrakt

Efter anbudsutvärdering ska tilldelningsbeslutet ske och upplysning om beslutet skickas till leverantörer som deltagit i upphandlingen.²¹⁵ Denna bestämmelse syftar till att säkerställa de leverantörer som inte har tilldelats kontrakt, möjligheten till domstols överprövning av beslut i upphandlingen.²¹⁶ När upplysning om beslut har skickats ut startar den s.k. avtalsspärren^{217, 218}. Under avtalsspärren får inte upphandlande myndighet ingå avtal med den valda leverantören.²¹⁹ Denna spärr ska ge möjlighet för leverantör, som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av att upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU, att ansöka om överprövning i allmän förvaltningsdomstol.²²⁰ När avtalsspärren har löpt ut är upphandlingen avslutad, antingen genom att avtal tecknas mellan leverantör med det vinnande anbudet och den upphandlande myndigheten, eller genom lagakraftvunnen domstolsförordnande om att upphandlingen ska göras om eller avbrytas.²²¹

3.5 Nya LOU

Det svenska regelverket kommer att behöva ändras för att införliva det nya upphandlingsdirektivet.²²² Direktiv 2014/24/EU är en omarbetad version av direktiv 2004/18/EG med syfte att modernisera regelverket för offentlig upphandling och klargöra grundläggande begrepp, vilket även gäller LOU.²²³ Den nya lagen kommer

²¹⁴ Se mål C-244/02, *Kauppatalo Hansel*, dom av den 16 oktober 2003, p. 36.

²¹⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 121-122.

²¹⁶ Se mål C-328/96, *Kommissionen mot Österrike*, dom av den 28 oktober 1999, p. 66.

²¹⁷ Tidsfristen för avtalsspärren är 10 dagar när underrättelsen om beslutet har skickats med elektroniskt medel, annars 15 dagar, enligt 16 kap. 1 § LOU.

²¹⁸ Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling* (1 feb 2016, Zeteo), kommentar till 9 kap. 9 §.

²¹⁹ Se 16 kap. 1 § LOU.

²²⁰ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 158.

²²¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 155 och Andersson m.fl., *Lag om offentlig upphandling* (1 feb 2016, Zeteo), kommentar till 16 kap.

²²² SOU 2014:51, s. 13 och Ds 2014:25, s. 11.

²²³ Preamble p. 2, direktiv 2014/24/EU och SOU 2014:51, s. 13.

medföra en del förändringar gällande offentlig upphandling och tilldelningskriteriet *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* kommer numera bedömas utifrån förhållandet mellan pris och kvalitet.²²⁴ Ändringen kommer medföra möjlighet att ställa sociala krav och miljökrav vid offentlig upphandling.²²⁵ Upphandlingsförfarandet kommer att förenklas och bli mer flexibelt, samt att uppdelningen mellan A- och B-tjänster försvinner.²²⁶ Regler kommer även införas som stadgar att upphandlande myndighet får, och ibland, ska, dela upp större kontrakt i mindre delar.²²⁷ Syftet med detta är att undvika uteslutningen av små och medelstora företag vid offentliga upphandlingar.²²⁸ Vidare kommer även reglerna för underleverantörer att ändras, för att säkerställa deras iakttagande av de gällande principerna för offentlig upphandling och säkra viss öppenhet i underleverantörskedjan för att underlätta upphandlande myndigheters tillsyn.²²⁹ Principerna i 1 kap. 9 och 9 a §§ kommer omformuleras i syfte att förtydligas:

”1 § Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett *likvärdigt* och *icke-diskriminerande* sätt samt genomföra upphandlingar på ett *öppet sätt*. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet*.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att *begränsa konkurrensen* så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

3 § En upphandlande myndighet bör beakta *miljöhänsyn* och *sociala hänsyn* vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta²³⁰ (författarens kurs.).

Likt det nya direktivet, syftar nya LOU till att effektivisera användandet av offentliga medel, flytta fokus från lägsta pris till kvalitet samt garantera rättvis konkurrens.²³¹

²²⁴ Se avsnitt 2.4.3.

²²⁵ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (1 feb 2016, Zeteo), kommentar till LOU, inledning.

²²⁶ SOU 2014:51, s. 13.

²²⁷ SOU 2014:51, s. 14.

²²⁸ SOU 2014:51, s. 14 och Preamblel p. 78, direktiv 2014/24/EU.

²²⁹ Preamblel p. 105, direktiv 2014/24/EU.

²³⁰ Se SOU 2014:51, s. 435-436 och DS 2014:25 s. 31-32.

²³¹ Se avsnitt 2.4.3.

4 Oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare

4.1 Inledning

I inledningen av uppsatsen framgår att offentlig upphandling utgör en stor del av samhällsekonomin.²³² Enligt KKV kan offentlig upphandling utgöra ett riskområde för olika former av *osund konkurrens, korruption och anbudskarteller*.²³³ Gemensamt för företeelserna är att de utgör olika former av överträdelser som ger en leverantör fördelar vid en offentlig upphandling och är således hinder mot en effektiv konkurrens.²³⁴

Innebörden av snedvriden konkurrens är att oseriösa leverantörer gynnas på bekostnad av professionella och seriösa företag.²³⁵ Gynnandet av oseriösa leverantörer leder i sin tur till ett sämre utfall för den upphandlande myndigheten, samt bristande kvalitet på det som upphandlas.²³⁶ Syftet med reglerna och principerna för offentlig upphandling är att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt.²³⁷ Med anledning av det är det av vikt att upptäcka och vidta åtgärder mot oseriösa anbud och anbudsgivare. Det åligger även upphandlande myndigheter ett särskilt ansvar att i största möjliga utsträckning förhindra att avtal ingås med oseriösa leverantörer.²³⁸ Till följd av detta är det även viktigt att kategorisera vilka anbud som utgör oseriösa anbud.²³⁹

²³² Se avsnitt 1.1.

²³³ Konkurrensverket, Rapport 2013:6, *Osund konkurrens i offentlig upphandling - Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, s. 9. (Rapport 2013:6).

²³⁴ Rapport 2013:6, s. 9.

²³⁵ SOU 2013:12, s. 156.

²³⁶ Uppdragsforskningsrapport 2011:1, av Karl Lundvall och Kristian Pedersen, för Konkurrensverket, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, s. 36. (Uppdragsforskningsrapport 2011:1) och SOU 2013:12, s. 156.

²³⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 15.

²³⁸ Rapport 2013:6, s. 18

²³⁹ Rapport 2013:6, s. 18.

4.2 Olika former av oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare

4.2.1 Svartarbete

Den form av lagöverträdelse som medför störst problem för konkurrensen är svartarbete.²⁴⁰ Hanteringen av svart arbetskraft utgör även den vanligaste formen av ekonomisk brottslighet där byggbranschen är hårdast drabbad.²⁴¹ Branscher där offentlig upphandling genomförs i större omfattning är, utöver bygg- och anläggningsbranschen, även städtjänster, bemanningsföretag, transport och flyttjänster.²⁴² Samtliga av dessa branscher är särskilt utsatta för svartarbete.²⁴³ Ett problem gällande svartarbete är att om det effektivt motverkas inom en bransch flyttar de oseriösa anbudsgivarna till en annan bransch.²⁴⁴

Det är enligt KKV:s rapport 2013:6 oroande att offentlig upphandling, där syftet är konkurrens på lika och sunda villkor, förknippas med svartarbete.²⁴⁵ KKV:s generaldirektör, Dan Sjöblom, uttalade i en artikel att;

”[d]et är oroande att den offentliga upphandlingen ibland beskrivs som ett problemområde, att det ofta skulle finnas oegentligheter där. Förtroendet för stat, kommuner och landsting skadas varje gång det förekommit oegentligheter i samband med offentliga kontrakt”.²⁴⁶

Vidare är upphandlande myndigheter betydande beställare inom de branscher som anses särskilt drabbade av svart arbetskraft.²⁴⁷ Det finns ingen statistik som tyder på att upphandlande myndigheter är sämre på att förhindra användandet av arbetskraft jämfört med privata beställare.²⁴⁸ Det föreligger dock högre förväntningar att åtgärder mot svartarbete vidtas av offentliga myndigheter.²⁴⁹ Genom att, inom den offentliga sektorn, motarbeta svart arbetskraft kan upphandlingar användas för att stärka

²⁴⁰ Rapport 2013:6, s. 19.

²⁴¹ Ekobrottsmyndigheten, *Rapport om den ekonomiska brottsligheten*, 2010, s. 9. (EBM 2010).

²⁴² Rapport 2013:6, s. 22.

²⁴³ Almega, *Svart eller vitt - Hur upptäcker jag ett oseriöst företag*, 2008, s. 5. (Almega 2008).

²⁴⁴ Rapport 2013:6, s. 22.

²⁴⁵ Rapport 2013:6, s. 20.

²⁴⁶ <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/stoppa-svartarbete-och-korruption-vid-offentlig-upphandling/> (hämtad 2016-01-29).

²⁴⁷ Rapport 2013:6, s. 21.

²⁴⁸ Rapport 2013:6, s. 20.

²⁴⁹ Rapport 2013:6, s. 20-21.

förtroendet hos skattebetalarna.²⁵⁰ Vidare är det av vikt att förhindra svart arbetskraft eftersom det leder till att seriösa anbudsgivare går miste eller avstår från upphandlingarna.²⁵¹

Den upphandlande myndigheten kan vid en offentlig upphandling kontrollera att anbudsgivarna har fullgjort sina skyldigheter gällande att betala skatt och sociala avgifter genom att begära intyg av behöriga myndigheter.²⁵² Oseriösa anbudsgivare kan dock framstå som seriösa anbudsgivare vid kontrollerna och även visa upp en god ekonomisk stabilitet.²⁵³ Anledningen till det är att de kan skapa ett större överskott genom sin oseriösa verksamhet och deras soliditet, balans- och kassalikviditet kan därför framstå som bättre än vad den egentligen är.²⁵⁴ Uteslutningsprövning enligt 10 kap. LOU räcker alltså inte för att motverka svartarbete och prövningen av anbud behöver kompletteras med andra åtgärder för att bekämpa svartarbete.²⁵⁵

4.2.2 Underleverantörer

Det förekommer två omständigheter som anses utgöra komplicerande faktorer gällande motverkandet av oseriösa anbudsgivare. En av omständigheterna är användandet av underleverantörer.²⁵⁶ Det finns misstankar från KKV:s sida att användningen av svart arbetskraft ofta förekommer hos underleverantörer, snarare än hos själva anbudsgivaren.²⁵⁷ En anbudsgivare har rätt att åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.²⁵⁸ Angående underleverantörer stadgar LOU att:

²⁵⁰ SOU 2013:12, s. 375-376.

²⁵¹ Rapport 2013:6, s. 23.

²⁵² Se 10 kap. 2 § p. 5 LOU, 10 kap. 3 § LOU och avsnitt 3.4.

²⁵³ Almega 2008, s. 11.

²⁵⁴ Almega 2008, s. 11.

²⁵⁵ Rapport 2013:6, s. 24.

²⁵⁶ Se Rapport 2013:6, s. 29 och avsnitt 4.2.3.

²⁵⁷ Rapport 2013:6, s. 35.

²⁵⁸ Se 11 kap. 12 § LOU och avsnitt 3.4.

”I förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås”²⁵⁹ (författarens kurs).

Enligt bestämmelsen får alltså en upphandlande myndighet begära att anbudsgivaren anger vilka underleverantörerna är, samt hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas på tredje part. Det föreligger emellertid ingen skyldighet att begära in sådana uppgifter.²⁶⁰ För att förebygga oseriösa anbud kan upphandlande myndighet behöva utsträcka sin kontroll av leverantörer även till underleverantörer.²⁶¹ Utökad kontroll kan dock medföra merkostnad för både anbudsgivare och upphandlande myndighet. Det är därför av vikt att kontrollerna utförs på ett sådant sätt att det inte avskräcker leverantörer från att delta i upphandlingar eller att upphandlingsprocessen blir onödigt kostsam.²⁶² Även om det inte föreligger någon skyldighet för en upphandlande myndighet att begära upplysningar om underleverantörer, är anbudsgivare skyldiga att redovisa det i anbudet om den upphandlande myndigheten begär det. I andra fall kan anbudet förkastas.²⁶³

Den svenska LOU saknar en definition av underleverantör, men Kammarrätten i Stockholm gjorde en direktivkonform tolkning²⁶⁴ av uttrycket och kom fram till att varje tredje man, i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivare och upphandlande myndighet, ska ses som underleverantör.²⁶⁵ I anbudsgivningsfasen har den upphandlande myndigheten möjlighet att begränsa anbudsgivaren från att anlita viss underleverantör genom att ställa samma krav som på anbudsgivaren, i enlighet med 10 kap. 1-2 §§ LOU.²⁶⁶ Den upphandlande myndigheten får emellertid inte ställa

²⁵⁹ 11 kap. 6 § LOU.

²⁶⁰ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 6 kap. 11 §.

²⁶¹ Rapport 2013:6, s. 35, kap. 10 samt 11 LOU. Se även <http://www.dagenssamhalle.se/debatt/sluta-gynna-oseriösa-foeretagare-vid-upphandlingar-5490> (hämtad 2016-02-12).

²⁶² Rapport 2013:6, s. 35.

²⁶³ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 6 kap. 11 §, och prop. 2006/07:128, s. 350.

²⁶⁴ Se avsnitt 2.2.5.

²⁶⁵ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 567-14, dom 2014-04-07, s. 6.

²⁶⁶ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 6 kap. 11 §.

högre eller andra krav på underleverantörs kapacitet än vad den upphandlande myndigheten får ställa på anbudsgivarna.²⁶⁷

Upphandlingsrättsligt finns det inget hinder mot att byta ut en underleverantör, om det skulle bli aktuellt under avtalets genomförande.²⁶⁸ Utgör bytet av underleverantör under avtalstiden en sådan väsentlig ändring kan dock skyldighet till att annonsera om ny upphandling uppstå.²⁶⁹

4.2.3 Utländsk arbetskraft

Den andra omständigheten som utgör en försvårande faktor vid motverkandet av oseriösa anbudsgivare, är användandet av utländsk arbetskraft.²⁷⁰ En huvudleverantör som anlitar utländsk arbetskraft kan pressa kostnaderna och således vinna offentliga upphandlingar.²⁷¹ Det behöver inte nödvändigtvis betyda att problemet är social dumpning utifrån konkurrenssynpunkt, snarare att oseriösa leverantörer kan underlåta att betala skatter och sociala avgifter i Sverige, eller över huvud taget. På så sätt skaffar sig leverantörerna konkurrensfördelar gentemot de leverantörer som betalar skatt och sociala avgifter.²⁷²

Ett särskilt problem gällande utländsk arbetskraft och konkurrensneutralitet är att det inte föreligger någon skyldighet för utländska företag att anmäla till behörig myndighet att de avser att bedriva näringsverksamhet i Sverige.²⁷³ Uppfattar företag att de kan pressa priser genom att kringgå regler, skadar det tilltron till upphandlande myndigheters vilja och förmåga att upprätthålla en sund konkurrens vid sina upphandlingar.²⁷⁴

²⁶⁷ Se Nämnden för offentlig upphandlings beslut, dnr 70/97-26.

²⁶⁸ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 11 kap. 12 §.

²⁶⁹ Se mål C-91/08, *Wall AG*, dom av den 13 april 2010, p. 39.

²⁷⁰ Rapport 2013:6, s. 29, och avsnitt 4.2.2.

²⁷¹ Arbetsmiljöverket, Rapport 2012:5, *Förstudie om det fortsatta arbetet med utländska företag och arbetstagare*, s. 1 i bilaga 2. (Arbetsmiljöverket 2012).

²⁷² Rapport 2013:6, s. 29.

²⁷³ LO, Rapport, Vinnare och förlorare - Om konkurrens med arbetskraftskostnader inom EU, 2013, s. 11, (LO 2013).

²⁷⁴ Rapport 2013:6, s. 33-34.

4.2.4 Onormalt låga anbud

En anbudsgivare som använder svart arbetskraft eller på andra sätt handlar oärligt kan lämna anbud som framstår som väldigt förmånliga eftersom anbudsgivaren sparar in på kostnader.²⁷⁵ Ett lågt anbud behöver dock inte per automatik innebära att anbudsgivaren är oseriös. Det kan bland annat vara en medveten strategi från en leverantör med syfte att vinna marknadsandelar.²⁷⁶ Rätten att förkasta onormalt låga anbud syftar till att skydda upphandlande myndigheter, genom möjligheten att kunna förkasta anbud som inte är att anse som seriösa.²⁷⁷ Regeln stadgar att:

”En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är *onormalt lågt*. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten *skriftligen begärt en förklaring* till det låga anbudet och *inte fått ett tillfredsställande svar*.

En begäran om förklaring kan gälla

1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,
2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av anbudsgivaren,
4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet skall fullgöras, och
5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten skall ge *anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet* med beaktande av de lämnade förklaringarna²⁷⁸ (författarens kurs.).

Av paragrafen, som är fakultativ, framgår det att ett anbud får förkastas först efter att en upphandlande myndighet skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och därefter inte erhållit ett tillfredsställande svar.²⁷⁹ Förklaringen ska ske skriftligt eftersom muntliga förklaringar kan strida mot transparens- och likabehandlingsprincipen.²⁸⁰ Det finns ingen definition i LOU eller EU-direktiven av

²⁷⁵ Rapport 2013:6, s. 59.

²⁷⁶ Se de förenade målen C-147/06, *SECAP* och C-148/06, *Santorso*, dom av den 3 mars 2005, p. 26.

²⁷⁷ Prop. 2006/07:128, s. 351.

²⁷⁸ 12 kap. 3 LOU.

²⁷⁹ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 11 kap. 12 §.

²⁸⁰ Rapport 2013:6, s. 69.

vad som utgör ett onormalt lågt anbud.²⁸¹ Enligt Kammarrätten i Jönköping är det ett krav för att förkasta anbudet att priset är mycket lågt och att det inte kan betraktas som seriöst menat.²⁸² Det åligger på medlemsstaterna att avgöra bedömningen för onormalt låga anbud eftersom det inte definieras i upphandlingsdirektiven.²⁸³ Vidare har upphandlande myndighet stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaring till det låga anbudet ska anses tillräckligt för utvärdering.²⁸⁴ EU-domstolen har uttryckligen gett upphandlande myndigheter rätt att avgöra huruvida en förklaring är godtagbar.²⁸⁵ Det *kontradiktoriska förfarandet* vid förkastande av onormalt lågt anbud sker i *fem steg*:

1. Den upphandlande myndigheten ska identifiera ett misstänkt lågt anbud.
2. Anbudsgivaren ska ges tillfälle att visa att anbudet är seriöst.
3. Upphandlande myndighet ska bedöma relevansen av anbudsgivarens förklaring.
4. Upphandlande myndighet ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för eventuellt förkastande av anbudet.
5. Upphandlande myndighet ska antingen godta eller förkasta anbudet.²⁸⁶

Undersökningsförfarandet ska alltid tillämpas om upphandlande myndighet har för avsikt att utesluta anbud på grund av att det är onormalt lågt, för att säkerställa anbudsgivare möjligheten att visa att deras anbud är seriöst.²⁸⁷ Denna skyldighet föreligger även om den upphandlande myndigheten anser att det är uppenbart att anbudet är så lågt att det ska förkastas.²⁸⁸ Innebörden av skyldigheten blir att en upphandlande myndighet inte på förhand i exv. förfrågningsunderlaget, får utesluta ett anbud under en viss nivå. Det får inte heller i nationella regler stadgas att anbud under en viss nivå per automatik ska förkastas.²⁸⁹ Förfarandet är viktigt eftersom det ofta förekommer godtagbara skäl till låga anbudspriser, bland annat kostnadsfördelar på grund av annat hemland, stordriftsfördelar, tillfällig överkapacitet eller

²⁸¹ Rapport 2013:6, s. 60.

²⁸² Kammarrätten i Jönköping, mål nr 704-15, dom 2015-07-06, s. 5-6.

²⁸³ Se de förenade målen C-285/99, *Lombardini* och C-286/99, *Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 67.

²⁸⁴ Rapport 2013:6, s. 81.

²⁸⁵ Se mål C-76/81, *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982, p. 17.

²⁸⁶ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 12 kap. 3 §, se även Rapport 2013:6, s. 63.

²⁸⁷ Se mål C-103/88, *Fratelli Costanzo*, dom av den 22 juni 1989, p. 26.

²⁸⁸ Se mål C-76/81, *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982, p. 16-18.

²⁸⁹ Se mål C-103/88, *Fratelli Costanzo*, dom av den 22 juni 1989, p. 19-20.

konjunkturedgång.²⁹⁰ Ett lågt anbud ska inte förkastas på grund av att andra anbudsgivare inte kan utnyttja samma konkurrensfördelar i en upphandling.²⁹¹ Förkastas sådana anbud kan det strida mot huvudregeln att det anbud, som är ekonomiskt fördelaktigast respektive har lägst pris, ska antas i upphandlingen.²⁹²

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) meddelade den 28 januari år 2016 fyra stycken domar gällande uteslutning av anbudsgivare på grund av onormalt lågt anbud, där begreppet onormalt lågt anbud klargjordes.²⁹³ Domarna gällde onormalt låga anbud dels vid upphandling om *flyttjänster*²⁹⁴ och dels vid upphandling om *vägrunderhållning*.²⁹⁵ Domarna har väckt intresse i media eftersom anbuden i två av målen har ansetts förkastats korrekt medan anbuden i de två andra domarna ansågs godtagbara oavsett att anbuden var lågt satta och borde således inte ha förkastats.²⁹⁶

Flyttjänsteupphandlingen handlade om två flyttfirmor som lämnade anbud vilket Eskilstuna kommun bedömde innehålla onormalt låga priser och förkastade därför anbuden.²⁹⁷ Kommunen menade att bolagen inte avsåg att leverera i enlighet med anbudet utan att dyrare tjänster skulle användas.²⁹⁸ Förvaltningsrätten avslag bolagens överklagan av kommunens beslut medan Kammarrätten fann att bolagen lämnat en objektivt godtagbar förklaring till de låga priserna och därmed visat att anbuden var att anses som seriösa.²⁹⁹ Bolagen yrkade även att kommunen förkastat anbuden utan att använda det kontradiktoriska förfarandet och förkastat anbuden i

²⁹⁰ Rapport 2013:6, s. 70-73.

²⁹¹ Rapport 2013:6, s. 70.

²⁹² 12 kap. 1 § LOU.

²⁹³ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28. Se även <http://upphandling24.se/hfd-reder-ut-begreppen-kring-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-03-09).

²⁹⁴ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28.

²⁹⁵ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28.

²⁹⁶ <http://upphandling24.se/hfd-reder-ut-begreppen-kring-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-03-09).

²⁹⁷ Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1204-14 och 1205-14, dom 2014-04-11, s. 2.

²⁹⁸ Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1204-14 och 1205-14, dom 2014-04-11, s. 4.

²⁹⁹ Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1204-14 och 1205-14, dom 2014-04-11, s. 9 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1165-14 och mål nr 1166-14, dom 2014-10-29, s. 5.

strid mot lagen på denna grund.³⁰⁰ Som skäl för avgörandet anförde HFD att det ankommer på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma om anbudet är onormalt lågt och ska förkastas.³⁰¹ Angående det kontradiktoriska förfarandet anförde HFD att det åligger på den upphandlande myndigheten att:

”[F]ör det första identifiera misstänkta anbud, för det andra bereda de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att från dem begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser vara betydelsefulla, för det tredje bedöma relevansen av förklaringar som de berörda lämnar, och för det fjärde fatta ett beslut om att godta eller förkasta dessa anbud”³⁰² (författarens kurs.).

Vidare konstateras att det kontradiktoriska kravet för kontroll av onormalt låga anbud endast är uppfyllt när samtliga av dessa delar har genomförts i tur och ordning.³⁰³ Det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda anbudsgivaren mot godtycke från upphandlande myndighet samt säkerställa sund konkurrens mellan anbudsgivarna.³⁰⁴ HFD anför att ett ingripande mot upphandling med hänvisning till brister i det kontradiktoriska förfarandet endast kan ske om bolaget har lidit eller har riskerat att lida skada till följd av bristen.³⁰⁵ I utredningen av målet kommer HFD fram till att kommunen inte har granskat bolagens anbud i enlighet med förfarandet, men att bolagen i alla instanser emellertid har fått framföra en omfattande argumentation för att visa att anbuden är seriöst menade.³⁰⁶ HFD fann att det därför saknades skäl att förordna rättelse på grund av bristerna i förfarandet.³⁰⁷ Angående anbudet är det anbudsgivaren som har att bevisa att anbudet är seriöst.³⁰⁸ Bolagen lyckades inte precisera på vilket sätt de har kunnat göra en sådan låg prissättning, vilket antydde att anbuden utgjorde ett leveransstrategiskt handlande från bolagen.³⁰⁹ HFD fann mot

³⁰⁰ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 3, se även 12 kap. 3 § 3 st. LOU.

³⁰¹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 5.

³⁰² Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 5, se även de förenade målen C-285/99, *Lombardini*, och C-286/99, *Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 55.

³⁰³ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 5.

³⁰⁴ Se mål C-76/81, *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982, p. 17 och mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, dom av den 29 mars 2012, p. 29.

³⁰⁵ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 7.

³⁰⁶ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 7-8.

³⁰⁷ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 8.

³⁰⁸ Mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, dom av den 29 mars 2012, p. 28-29.

³⁰⁹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 10.

denna bakgrund att det saknades anledning att förordna om rättelse eftersom bolagen inte hade förmått att lämna godtagbara förklaringar till de låga anbudsprisen och att kommunen hade agerat rätt när de förkastade anbuderna.³¹⁰

Vägunderhållsupphandlingen handlade om Trafikverkets förkastande av NCC Roads AB (NCC) två anbud i upphandlingar av basunderhåll på allmänna vägar, i Hudiksvall respektive Borlänge.³¹¹ Trafikverket förkastade NCC:s anbud eftersom de hade lämnat negativa priser på ett antal poster och inte lämnat någon tillfredställande förklaring till prissättningen, vilket Trafikverket ansåg tyda på att de arbeten omfattande av dessa konton inte skulle utföras i enlighet med kontraktsvillkoren.³¹² Angående de konton med negativa priser förklarade NCC att det är anbudspriset i dess helhet som ska beaktas vid en bedömning om onormalt lågt anbud och att prissättningen grundar sig på kommersiella bedömningar baserade på lång erfarenhet med Trafikverket som kund.³¹³ NCC invände och menade att Trafikverket inte hade följt det kontradiktoriska förfarandet vid förkastandet av anbuderna samt att anbuderna inte var onormalt låga eftersom en godtagbar förklaring hade lämnats.³¹⁴ Förvaltningsrätten avslag NCC:s ansökan om överprövning och menade att förklaringen var för allmänt hållen samt att upphandlande myndighet har stor frihet att bedöma anbudsgivarens förklaringar.³¹⁵ Kammarrätten avslag överprövningen och ansåg att det inte fanns skäl för trafikverket att inte anse att anbudspriset var onormalt lågt med hänvisningar till NCC:s förklaring.³¹⁶

HFD inledde utredningen med att redogöra för de förfaranderegler som gäller när upphandlande myndighet ska förkasta onormalt lågt anbud.³¹⁷ Bestämmelserna om

³¹⁰ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 10-11.

³¹¹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 2.

³¹² Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 2.

³¹³ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 3.

³¹⁴ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 3.

³¹⁵ Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 1388-14 och mål nr 1387-14, dom 2014-07-08, s. 9.

³¹⁶ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2092-14 och mål nr 2091-14, dom 2014-11-26, s. 4.

³¹⁷ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 6.

kontradiktoriska återfinns, som ovan nämns, i 12 kap. 3 § LOU och bestämmelserna genomför artikel 55 i upphandlingsdirektivet³¹⁸ där det stadgas att:

”1. Om det för ett visst kontrakt finns *anbud som förefaller vara onormalt låga* i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna, skall den upphandlande myndigheten, innan anbuden förkastas, *skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll* som den anser sig behöva [...]

2. Den upphandlande myndigheten skall i *samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll* med beaktande av *de ingivna förklaringarna* [...]”³¹⁹ (författarens kurs.).

Av artikeln i upphandlingsdirektivet framgår det att bestämmelsen innefattar ett krav på att Trafikverket, i samråd med NCC ska granska anbudet med de lämnade förklaringarna i beaktning.³²⁰ HFD kom fram till att Trafikverkets granskning av NCC:s anbud inte *strikt* hade följt det kontradiktoriska förfarandet, dock hade Trafikverket skriftligen underrättat NCC om på vilka grunder anbudets seriositet var ifrågasatt och gett NCC tillfälle att yttra sig inom viss tid.³²¹ HFD fann att NCC på grund av detta inte kan ha ansetts lida skada till följd av bristerna i Trafikverkets förfarande.³²² Som HFD anförde i Flyttjänsteupphandlingen måste skaderekvisitet vara uppfyllt för att ingripa mot upphandling med hänvisning till brister i det kontradiktoriska förfarandet.³²³

Om det har funnits skäl att förkasta anbudet för att det är onormalt lågt, ska en upphandlande myndighet bedöma om förklaringarna är godtagbara, vilket får bedömas i varje enskilt fall med hänsyn till upphandlingsföremålet.³²⁴ För att säkerställa effektiv konkurrens ska allt av relevans som leverantören har gjort gällande och som hör till kontraktsföremålet beaktas vid granskningen av huruvida ett anbud är onormalt lågt.³²⁵ Den förklaring NCC gav Trafikverket angående den låga

³¹⁸ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 5.

³¹⁹ Artikel 55, direktiv 2004/18/EG.

³²⁰ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 6.

³²¹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 7-8.

³²² Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 8.

³²³ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 7.

³²⁴ Prop. 2006/07:128, s. 407.

³²⁵ De förenade målen C-285/99, *Lombardini*, och C-286/99, *Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 82, mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, dom av den 29 mars 2012, p. 29-30 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 8.

prissättningen avsåg framförallt att den grundades på tidigare erfarenheter av Trafikverket som beställare. NCC räknade med att andra mängder kommer att efterfrågas än vad Trafikverket hade räknat med samt att Trafikverket har anlitat NCC under flera år. Vidare anfördes att NCC hade en god ekonomisk ställning samt att de hade möjlighet att dra nytta av stordriftsfördelar.³²⁶ HFD ansåg att de förklaringar NCC lämnade angående prissättningen var detaljerade och noggrant redovisade samt att det saknades anledning att ifrågasätta uppgifterna.³²⁷ I domen konstateras avslutningsvis att det inte hade visats att NCC:s förklaringar saknade affärsmässighet eller gett en befogad anledning att anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran.³²⁸ HFD bedömde därför att det saknades grund för Trafikverket att förkasta NCC:s anbud och att underinstansernas avgörande skulle upphävas samt att upphandlingen rättades med följd av att NCC:s anbud inte skulle förkastas.³²⁹

Både flyttjänsteupphandlingen och vägunderhållsupphandlingen behandlar onormalt låga anbud. I flyttjänsteupphandlingen ansågs förkastandet av anbudet korrekt medan HFD i vägunderhållsupphandlingen bedömde att det saknades grund att förkasta anbudet.³³⁰ Det avgörande i domarna får anses vara den förklaring som anbudsgivarna lämnat. I flyttjänsteupphandlingen konstaterades att anbuderna inte ”har getts en rimlig förklaring”³³¹ medan HFD i vägunderhållsupphandlingen fastslog att ”[d]et saknas anledning att ifrågasätta uppgifterna”³³².³³³ Anbudsgivarna hade således utöver bevisbördan för seriositeten av anbuderna även kravet att visa, att förklaringarna de lämnat till att anbuderna var onormalt låga är att anses som rimliga.³³⁴ Av domarna

³²⁶ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 8.

³²⁷ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 9.

³²⁸ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 9.

³²⁹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 9.

³³⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28.

³³¹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 10.

³³² Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 9.

³³³ <http://upphandling24.se/hfd-reder-ut-begreppen-kring-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-03-11).

³³⁴ Se angående *bevisbördan* mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, dom av den 29 mars 2012, p. 28 - 29; se för kravet på *rimlighet* Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 10 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 9.

framgår det att avgörande för den upphandlande myndighetens bedömning är i vilken grad anbudsgivaren har kunnat lämna godtagbara och rimliga förklaringar till de ifrågasatta omständigheterna, samt om det fortfarande på relevant grund finns kvar en rimlig tvivel på det låga anbudets seriositet efter förklaringarna.³³⁵

Med det nya upphandlingsdirektivet kommer reglerna om onormalt låga anbud att skärpas och bli obligatoriska till skillnad från de nuvarande fakultativa bestämmelserna.³³⁶ Anser en upphandlande myndighet att ett anbud är onormalt, *ska* den upphandlande myndigheten begära en förklaring av anbudsgivaren enligt de nya upphandlingsdirektiven.³³⁷ Värt att uppmärksamma med det nya upphandlingsdirektivet är att möjligheten för anbudsgivaren att yttra sig över den upphandlande myndighetens skäl att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna, inte återfinns i artikeln om onormalt låga anbud.³³⁸ Av det nya direktivet framgår att:

”[M]yndigheten *ska* begära att de ekonomiska aktörerna lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet [...].

— — —

[M]yndigheten *ska* bedöma de uppgifter som lämnats efter att ha hört anbudsgivaren [...].”³³⁹ (författarens kurs.).

Innebörden av ändringen i upphandlingsdirektivet blir således att anbudsgivaren förlorar en andra möjlighet att förklara det låga anbudet innan den upphandlande myndigheten har rätt att förkasta anbudet, eftersom det nuvarande direktivet stadgar att:

”[S]kall den upphandlande myndigheten, innan anbudet förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva [— — —]. Den upphandlande myndigheten skall i samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll med beaktande av de ingivna förklaringarna.”³⁴⁰ (författarens kurs.).

³³⁵ Se Karnov Internet, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 § (hämtad 2016-03-11).

³³⁶ Se direktiv 2014/24/EU, p. 69.

³³⁷ Andersson m.fl., Lag om offentlig upphandling (12 feb 2016, Zeteo), kommentar till 12 kap. 3 §.

³³⁸ Artikel 69, direktiv 2014/24/EU.

³³⁹ Artikel 69, direktiv 2014/24/EU.

³⁴⁰ Artikel 55, direktiv 2004/18/EG.

Med det nya upphandlingsdirektivet blir alltså reglerna om att begära förklaring angående onormalt låga anbud obligatoriska.³⁴¹ Detta samtidigt som steg fyra i det kontradiktoriska förfarandet försvinner i förhållande till det nuvarande upphandlingsdirektivet.³⁴² I de ovannämnda domarna berörde HFD att det kontradiktoriska förfarandet inte hade följts av de upphandlande myndigheterna.³⁴³ Emellertid lade inte HFD stor vikt vid att de upphandlande myndigheterna hade brustit i sin skyldighet att följa det kontradiktoriska förfarandet.³⁴⁴ Visserligen hade leverantörerna erbjudits tillfälle att förklara sina anbud vid ett senare tillfälle³⁴⁵, men likväl stred de upphandlande myndigheternas agerande mot reglerna i LOU³⁴⁶, vilket borde ha lett till ett beslut från HFD att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutats först sedan rättelse har gjorts.³⁴⁷

4.2.5 Oärliga anbud

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att säkra en effektiv handel inom EU.³⁴⁸ Att anta anbud som inte är sanningsenliga strider mot likabehandlingsprincipen och hämmar seriösa anbudsgivare.³⁴⁹ Enligt flera mål, bland annat från Kammarrätten i Jönköping, har det anförts att det inte föreligger någon skyldighet för upphandlande myndighet att kontrollera att uppgifterna i ett anbud är korrekta.³⁵⁰ Skyldigheten sträcker sig enbart till att jämföra uppgifterna i anbudet med kraven i förfrågningsunderlaget.³⁵¹ En avsaknad av en kontrollskyldighet att uppgifterna i ett anbud stämmer, kan leda till en utveckling där oseriösa anbudsgivare svarar jakande på samtliga krav. På sikt kan det innebära att konkurrensen snedvrids och att den

³⁴¹ Artikel 69, direktiv 2014/24/EU.

³⁴² Jfr Artikel 55, direktiv 2004/18/EG med Artikel 69, direktiv 2014/24/EU samt 12 kap. 3 § LOU, se även SOU 2014:51, s. 303.

³⁴³ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 7 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 7.

³⁴⁴ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 7-8 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 7-8.

³⁴⁵ Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, s. 8 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, s. 8.

³⁴⁶ 12 kap. 3 § LOU, se särskilt 3 st.

³⁴⁷ Se 16 kap. 6 § LOU.

³⁴⁸ Se avsnitt 1.1.

³⁴⁹ Se avsnitt 2.3.2.

³⁵⁰ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, dom 2011-06-10.

³⁵¹ Se exv. Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, dom 2011-06-10, s. 5.

upphandlande myndigheten inte får det som efterfrågas i upphandlingen.³⁵² En anbudsgivare kan ha erfarenhet av att en upphandlande myndighet inte följer upp avtalet eller inte vidtar åtgärder vid avtalsbrott. Av den anledningen räknar anbudsgivaren med att inte fullgöra samtliga delar i avtalet som upphandlingen gäller.³⁵³ Följer inte en upphandlande myndighet upp de krav som ställs i upphandlingsförfarandet gynnas oseriösa anbudsgivare, vilket riskerar att underminera tilltron för upphandlingsregler hos leverantörer.³⁵⁴

EU-domstolen yttrade i målet *EVN AG Wienstrom* att:

”[d]et framgår således att en upphandlande myndighet som föreskriver ett upphandlingskriterium, och anger att den varken ämnar eller har möjlighet att verkligen kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt, åsidosätter principen om likabehandling, eftersom ett sådant kriterium inte är förenligt med ett öppet och objektivt upphandlingsförfarande”.³⁵⁵

Det kan således strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna för offentlig upphandling om en upphandlande myndighet inte kontrollerar, eller har möjlighet att kontrollera, att den information en anbudsgivare lämnar är korrekt.³⁵⁶ En sådan kontroll måste dock vara noggrant genomförd eftersom upphandlande myndigheters verksamhet ska präglas av saklighet och opartiskhet, vilket innebär att en upphandlande myndighet inte kan förlita sig på ”magkänslan” gällande en leverantör. Till skillnad från privata inköpare kan upphandlande myndigheter inte heller förlita sig på sitt kontaktnät eller andra leverantörers uppfattningar om att en viss leverantör är oseriös.³⁵⁷

³⁵² <http://upphandling24.se/ska-det-vara-tillatet-att-ljuga-sig-till-kontrakt/> (hämtad 2016-02-13).

³⁵³ Rapport 2013:6, s. 76.

³⁵⁴ <http://upphandling24.se/ska-det-vara-tillatet-att-ljuga-sig-till-kontrakt/> (hämtad 2016-02-13).

³⁵⁵ Se mål C-448/01, *EVN AG Wienstrom*, dom av den 4 december 2003, p. 51.

³⁵⁶ Se avsnitt 2.3.2 och 2.3.4.

³⁵⁷ Rapport 2013:6, s 21.

4.2.6 Korruption

Media har under de senaste åren uppmärksammat risker för olika former av korruptionsskandaler inom offentlig upphandling i Sverige.³⁵⁸ Samtidigt rankas Sverige högt bland de länder som har en låg nivå av korruption i landet.³⁵⁹ Anledningen till den delade uppfattningen om korruption i Sverige kan bero på hur begreppet korruption definieras. Synen på begreppet har förändrats med tiden.³⁶⁰ Enligt KKV:s definition kan man dela in korruption i fyra olika former; penningmutor, otillåtna gåvor och representation, svågerpolitik och vänskapskorruption samt annan otillbörlig påverkan och bristande likabehandling.³⁶¹

De två första formerna utgör sådana ageranden som traditionellt betraktas som korruption i Sverige, dvs. att ge och ta emot mutor av olika slag.³⁶² Den tredje formen är sällan brottslig men kan utgöra jäv. Agerande enligt den fjärde formen kan strida mot likabehandlingsprincipen.³⁶³ Offentlig upphandling har länge uppmärksammats som ett riskområde för korruption internationellt.³⁶⁴ Sverige är inget undantag, fler rapporter och undersökningar om korruptionssituationen inom offentlig upphandling i Sverige har sammanställts de senaste åren.³⁶⁵ Det anses finnas flera orsaker till att offentliga upphandlingar är utsatta, bland annat omfattar upphandlingar stora ekonomiska värden vilket kan ge incitament till oegentligheter och korruption. Upphandlingar innebär mycket kontakt mellan leverantör och upphandlande myndigheter samt att regelverk och kontrollsystem inte har anpassats till att det offentliga fullgör sina åtaganden genom upphandling, snarare än i egen regi.³⁶⁶ Ett särskilt riskområde anses vara kommunala upphandlingar.³⁶⁷ Anledningen kan vara

³⁵⁸ Rapport 2013:6, s. 86.

³⁵⁹ <http://www.dn.se/debatt/inget-tyder-pa-att-sverige-blivit-ett-mer-korrupt-land/> (hämtad 2016-02-13).

³⁶⁰ Rapport 2013:6, s. 88.

³⁶¹ Rapport 2013:6, s. 87.

³⁶² Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2009:9, *Karteller och korruption - Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, s. 19. (Uppdragsforskning 2009:9).

³⁶³ Rapport 2013:6, s. 88.

³⁶⁴ Transparency international Sverige, Rapport 2012:2, *Korruption i kommuner och landsting*, s. 12. (TIS Rapport 2012:2).

³⁶⁵ Rapport 2013:6, s. 91-92.

³⁶⁶ Rapport 2013:6, s. 93.

³⁶⁷ Rapport 2013:6, s. 93-94.

att det finns en geografisk närhet mellan upphandlare och leverantör, samt ett större intresse att gynna det lokala näringslivet, vänner eller släktingar eftersom det kan föreligga fler personliga relationer mellan kommunala tjänstemän och leverantörer.³⁶⁸ Syftet med EU:s upphandlingsdirektiv har varit att öppna upp marknaden för konkurrens och motverka favorisering av inhemska leverantörer vid offentlig upphandling.³⁶⁹ Reglerna för upphandling fyller även en viktig roll för att motverka korruption, otillbörlig favorisering samt marknadspåverkan.³⁷⁰ Några av de viktigaste bestämmelserna för att motverka korruption är annonseringsskyldigheten³⁷¹, vissa särskilda förfaranderegler³⁷², effektiva rättsmedel³⁷³ samt uteslutandet av leverantörer vilka tidigare har dömts för brott^{374 375}.

Angående jäv i offentlig upphandling, finns det inga särskilda bestämmelser, men de bestämmelser som reglerar jäv för offentligt anställda återfinns i förvaltningslagen och kommunallagen.³⁷⁶ Av reglerna framgår att en handläggare inte ska handlägga ett ärende där det förekommer en risk för att förtroendet för handläggarens opartiskhet skadas.³⁷⁷ Vid offentlig upphandling kan frågan om jäv bli aktuell i flera fall när det föreligger släkt- eller vänskapsband mellan anställda på den upphandlande myndigheten och hos leverantören, särskilt på mindre orter. Dessutom när upphandlare och beställare utvecklar en vänskapsrelation på grund av avtalsrelationer. Även när tidigare anställda på den upphandlande myndigheten börjar arbeta hos en leverantör till den upphandlande myndigheten, samt när upphandlande myndighet anställer en person som har arbetat hos en nuvarande eller potentiell leverantör, kan det utgöra en jävsituation. KKV menar att det är av vikt att

³⁶⁸ Brå, Rapport 2010:9, *Karteller och korruption - Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, s. 23. (Brå, Rapport 2010:9).

³⁶⁹ Se avsnitt 1.1.

³⁷⁰ Rapport 2013:6, s. 96.

³⁷¹ Se 7 kap. 1 § LOU.

³⁷² Se 9 kap. 7 § LOU.

³⁷³ Se 16 kap. 6 § LOU.

³⁷⁴ Se 10 kap. 1 § LOU.

³⁷⁵ Rapport 2013:6, s. 96-98.

³⁷⁶ Se 11 och 12 §§ förvaltningslagen, samt 6 kap. 24 och 27 §§ kommunallagen.

³⁷⁷ Rapport 2013:6, s. 105.

upphandlande myndighet är uppmärksam gällande risken för jäv och undersöker sådana fall där misstankar om jäv föreligger.³⁷⁸

Användandet av externa konsulter utgör ett särskilt riskområde för otillbörlig påverkan vid offentlig upphandling.³⁷⁹ Konsultjäv regleras varken i LOU eller i upphandlingsdirektiven, dock framgår det av direktiv 2004/18/EG att:

”[i]nnan ett upphandlingsförfarande inleds får den upphandlande myndigheten genom en ”teknisk dialog” söka eller godta råd som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till *hinder för konkurrensen*”³⁸⁰ (författarens kurs.).

Användningen av konsulter i förstudier eller liknande kan således strida mot LOU, under förutsättning att det hindrar konkurrensen i den upphandlingen för vilken studien är ett förberedande led.³⁸¹ Det är dock inte möjligt att nationellt lagstifta om att helt utesluta anbudsgivare, som deltagit i förstudier och liknande, från upphandlingen.³⁸² En undantagslös regel tillåter inte anbudsgivare att visa att denne inte har erhållit någon otillbörlig fördel i den aktuella upphandlingen.³⁸³ En sådan regel är oproportionerlig och går utöver vad som krävs för att tillgodose likabehandlingsprincipen och strider således mot grundprinciperna för offentlig upphandling.³⁸⁴ Vid en offentlig upphandling är det viktigt att ingen anbudsgivare särbehandlas eller att konkurrensen på något sätt snedvrids mellan anbudsgivarna, eftersom det strider mot grundprinciperna.³⁸⁵ Således innebär inte enbart ekonomiska mutor korruption. Även korruption i form av brister i likabehandling, användandet av externa konsulter, jäv, svågerpolitik och vänskapskorruption kan vara lika skadligt för tilltron till offentlig upphandling som ekonomiska mutor.³⁸⁶

³⁷⁸ Rapport 2013:6, s. 105-106.

³⁷⁹ Rapport 2013:6, s. 110.

³⁸⁰ Preambel p. 8, direktiv 2004/18/EG.

³⁸¹ Rapport 2013:6, s. 112.

³⁸² De förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005.

³⁸³ Rapport 2013:6, s. 113.

³⁸⁴ Se de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005, p. 32-34.

³⁸⁵ Se avsnitt 2.3.3-2.3.6 samt de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005, p. 29-31.

³⁸⁶ Rapport 2013:6, s. 87.

4.2.7 Anbudskarteller

Anbudssamarbete och annat samarbete mellan konkurrerande anbudsgivare som innebär att priskonkurrensen mellan leverantörerna upphör eller snedvrids utgör otillåtet samarbete.³⁸⁷ Förbudet återfinns i 2 kap. 1 § KL, där det stadgas att:

”Sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att *hindra, begränsa* eller *snedvrida konkurrensen* på marknaden på ett märkbart sätt är förbjudna, om inte annat följer av denna lag.

Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet” (författarens kurs.).

Avtal som hindrar, begränsar, eller snedvrider konkurrensen är således inte tillåtna. Förbud mot konkurrensbegränsande avtal är viktiga eftersom anbudskarteller kan leda till att den som beställer från en leverantör får betala mer än den borde, för tjänsterna eller varorna, än om inget konkurrensbegränsande avtal fanns.³⁸⁸ Samarbeten mellan två konkurrerande leverantörer är dock i vissa fall tillåtna enligt LOU.³⁸⁹ Två leverantörer som saknar kapacitet att lämna ett eget anbud får samarbeta, eftersom det leder till fler bud i upphandlingen och därmed bidrar till ökad konkurrens. Bedömning av om det är tillåtet med samarbete för konkurrerande leverantörer i en upphandling ska göras i varje enskilt fall.³⁹⁰ I de fall en anbudsgivare samarbetar med annan anbudsgivare, trots att företaget hade kunnat lämna ett eget anbud, strider samarbetet mot konkurrensreglerna.³⁹¹ För att avgöra om ett avtal omfattas av förbudet för samarbete tas hänsyn till det objektiva målet parterna strävar efter att uppnå.³⁹² Även om det anses styrkt att avtalet inte hade något subjektivt syfte att begränsa konkurrensen, och parterna snarare haft som syfte att avhjälpa effekten av

³⁸⁷ Rapport 2013:6, s. 134.

³⁸⁸ Rapport 2013:6, s. 134.

³⁸⁹ Se 11 kap. 12 § LOU.

³⁹⁰ Rapport 2013:6, s. 135.

³⁹¹ Marknadsdomstolen, mål nr 2000:6, dom 2000-11-07, s. 8-9.

³⁹² Mål C-209/07, *Competition Authority*, dom av den 22 juni 1989.

en kris i branschen, är sådana överväganden inte relevanta gällande tillämpningen av förbudet.³⁹³

Offentlig upphandling utgör ett riskområde för anbudskarteller eftersom upphandlingen är väl avgränsad, vilket underlättar för företag att förutse vilka företag som sannolikt kommer att lämna anbud.³⁹⁴ Ett oseriöst företag med avsikten att samarbeta konkurrensbegränsande, vet troligen vilka de andra företagen i upphandlingen är och därmed vilka företag som de bör kontakta.³⁹⁵ Angående kartellbildning finns det vissa typer av marknader där sådana otillåtna samarbeten oftare förekommer. Det rör sig ofta om marknader med få företag, homogena produkter, få nytillträden, höga inträdesbarriärer eller låg innovationsgrad.³⁹⁶ Trots att det föreligger vetskap om vilka marknader som utgör problemmarknader, kan anbudskarteller vara svåra att upptäcka.³⁹⁷ Tecken som tyder på att en anbudskartell kan föreligga är bland annat höga priser, få antal anbud samt anlitage av underleverantörer som även deltog i upphandlingen.³⁹⁸ Höga priser kan innebära att leverantörer lämnar anbud för syns skull, s.k. artighetsanbud, även fast de redan innan upphandlingen har kommit överens om vilket företag som ska vinna.³⁹⁹ Får en upphandlande myndighet in få anbud vid en offentlig upphandling kan det betyda att det finns en marknadsdelningskartell, vilket innebär att leverantörer undviker konkurrens genom att hålla sig inom vissa geografiska områden.⁴⁰⁰ Anlitar vinnande anbudsgivare underleverantörer som förlorade upphandlingen kan det tyda på att en anbudskartell föreligger.⁴⁰¹ Vidare förekommer det även att leverantörer, före anbudslämningen, ingår samarbetsavtal för att dela på det upphandlande uppdraget.⁴⁰²

³⁹³ Se mål C-209/07, *Competition Authority*, dom av den 22 juni 1989, p. 21.

³⁹⁴ Rapport 2013:6, s. 138.

³⁹⁵ Rapport 2013:6, s. 138-139.

³⁹⁶ Rapport 2013:6, s. 139.

³⁹⁷ Rapport 2013:6, s. 148.

³⁹⁸ Rapport 2013:6, s. 148-151.

³⁹⁹ Rapport 2013:6, s. 148.

⁴⁰⁰ Rapport 2013:6, s. 150.

⁴⁰¹ Rapport 2013:6, s. 151.

⁴⁰² Tingsrätten i Stockholm, mål nr T 12305-13, dom 2015-12-18, s. 36.

Sådan förlorargaranti, eller volymdelning, utgör en överträdelse av konkurrensreglerna och är inte tillåtet vid en offentlig upphandling.⁴⁰³

4.3 Sammanfattning av oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare

Oseriös anbudsgivning kan tolkas som ett anbud lämnat av leverantör med syfte att ge denne konkurrensfördelar i offentlig upphandling genom överträdelse av lagar och avtal.⁴⁰⁴ Det som alla typer av oseriösa anbud har gemensamt är att de är svåra att upptäcka, bevisläget är dåligt, de leder till konkurransnedvriden upphandling samt att utredningarna är utdragna och komplicerade.⁴⁰⁵ Bevisläget har dock klarnat sedan Kammarrätten i Göteborg delade bevisbördan mellan parterna. Bevisbördan för anbudets seriositet placerades på anbudsgivaren, medan den upphandlande myndigheten hade att visa att det fanns grund för att ifrågasätta anbudspriset seriositet.⁴⁰⁶ Även KKV delar uppfattningen att anbudsgivaren bör ha bevisbördan, om upphandlande myndighet ifrågasätter anbudets seriositet.⁴⁰⁷ Domarna som meddelades 28 januari år 2016 är de första från HFD där begreppet låga anbud behandlas och blir vägledande för hur reglerna om onormalt låga anbud ska tillämpas, och således även för hur ett anbuds seriositet ska bedömas.⁴⁰⁸ ⁴⁰⁹ Av domarna framgår det tydligt att bevisbördan för seriositeten av ett onormalt lågt anbud är placerad på anbudsgivaren, vilket även framgår av EU-domstolens praxis.⁴¹⁰ Bevisbördan torde även vara placerad på anbudsgivaren när det gäller att bevisa seriositeten av ett anbud oavsett på vilken av de ovan redogjorda grunderna det anses vara ett oseriöst anbud.⁴¹¹

⁴⁰³ Tingsrätten i Stockholm, mål nr T 12305-13, dom 2015-12-18, s. 225.

⁴⁰⁴ Rapport 2013:6, s. 19.

⁴⁰⁵ Rapport 2013:6, s. 10.

⁴⁰⁶ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13, dom 2013-10-18, s. 13.

⁴⁰⁷ Rapport 2013:6, s. 82 - 83.

⁴⁰⁸ <http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/hogsta-forvaltningsdomstolen-provar-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-03-11).

⁴⁰⁹ Se avsnitt 4.2.4.

⁴¹⁰ Se Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28 och Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28 och mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, dom av den 29 mars 2012, p. 28-29.

⁴¹¹ Se avsnitt 4.2.1-4.2.7.

5 Analys

5.1 Inledning

I syfte att besvara de i det inledande avsnittet framställda frågeställningarna kommer i följande kapitel upphandlingsreglernas utveckling och framväxt, inom EU och Sverige, att analyseras. Spekulationer kommer även att föras om hur utvecklingen av upphandlingsreglerna kommer att fortgå i framtiden. Därefter kommer förekomsten av oseriösa anbud och oseriösa leverantörer att konkretiseras samt att det kommer utvärderas om vissa marknader är särskilt drabbade och om vissa leverantörer återkommande använder sig av oseriösa anbud. Sedan analyseras de verktyg offentliga myndigheter har för att förhindra att oseriösa anbud antas. I denna del av analysen kommer även domarna som HFD nyligen meddelade att tolkas samt att det kommer utredas vad innebörden av domarna kan innebära för oseriösa anbud.⁴¹² Avslutningsvis kommer det undersökas hur oseriösa anbud och oseriösa leverantörer påverkar konkurrensen vid offentlig upphandling, innan slutsatserna sammanställs i ett eget avsnitt.⁴¹³

5.2 Upphandlingsreglernas utveckling

De nuvarande svenska upphandlingslagarna införlivar EU-direktiven om offentlig upphandling. Sverige har dock haft regler för hur offentlig upphandling ska gå till redan innan medlemskapet i EU. Sveriges första regler för offentlig upphandling, från tidigt 1900-tal, innehöll bestämmelser om att inhemska varor skulle prioriteras före utländska varor.⁴¹⁴ Det dåvarande syftet att säkerställa affärsmässighet, rättssäkerhet och offentlighet, skärptes under mitten av 1900-talet genom att kravet på inhemska varor togs bort. Åtgärder från EU för att undanröja restriktioner mot mellanstatlig handel påbörjades år 1962. Medlemsstaternas reglering för offentlig upphandling uppmärksammades som ett hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU och i samband med det lades grunden för vad som nu utgör reglerna för offentlig

⁴¹² Se avsnitt 4.2.4.

⁴¹³ Se avsnitt 5.5.

⁴¹⁴ Se avsnitt 3.2.

upphandling inom EU.⁴¹⁵ Sedan Sveriges medlemskap år 1995 följer de svenska lagarna EU:s utveckling av regelverk och år 2004 kom det direktiv som ligger till grund för den nuvarande svenska upphandlingslagen.⁴¹⁶ Enligt *Europa 2020*-strategin, som är EU:s nuvarande tillväxtstrategi, ska offentlig upphandling användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt.⁴¹⁷ Det framgår i *Europa 2020*-strategin att syftet med offentlig upphandling är att säkerställa ett säkert användande av offentliga medel, främja konkurrensen samt garantera att marknaden förblir öppen inom hela EU. Genom denna strategi ska den eftersträlvade smarta och hållbara tillväxten uppnås. År 2014 antogs de nya upphandlingsdirektiven som utgör nästa steg i riktningen för att uppfylla *Europa 2020*-strategins syfte.

Ett av EU:s grundläggande mål är att åstadkomma en inre marknad uppbyggd på fri och icke snedvriden konkurrens samt ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser. För att uppnå detta mål krävs det åtgärder som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids inom EU. Syftet med de nya upphandlingsdirektiven är, förutom att öka förutsebarheten och göra regelverket mindre komplicerat, att gynna effektiv konkurrens. För att säkerställa syftet innehåller de nya upphandlingsdirektiven en ny princip för offentlig upphandling, *konkurrensprincipen*. Sverige hade redan i ÄLOU en bestämmelse för att garantera konkurrens. Av bestämmelsen i ÄLOU framgick att "[u]pphandling ska göras med nyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns".⁴¹⁸ En konkurrensrättslig princip som alltså återfanns i de dåvarande svenska upphandlingsreglerna, men som inte längre återfinns i den nu gällande LOU, som införlivar EU:s upphandlingsdirektiv från år 2004. Konkurrensprincipen som de nya upphandlingsdirektiven innehåller innebär således inte en ny princip för offentlig upphandling i Sverige, utan den utgör snarare en återinförd princip i det svenska regelverket för offentlig upphandling.

⁴¹⁵ Se avsnitt 2.2.2.

⁴¹⁶ Se avsnitt 2.2.4.

⁴¹⁷ Se avsnitt 1.1.

⁴¹⁸ Se avsnitt 3.3.

Det befaras att Sverige inte kommer att införliva det nya upphandlingsdirektivet inom den angivna tidsfristen, vilket inte skulle vara första gången Sverige misslyckas med detta.⁴¹⁹ När direktivet som ligger till grund för nu gällande LOU skulle implementeras var införlivandet även den gången försenat.⁴²⁰ Anledningen till förseningen tycks bland annat vara att lagrådet har riktat kritik mot den nya upphandlingslagen. Om Sverige inte lyckas införliva det nya upphandlingsdirektivet kan det, utöver risken för sanktioner, leda till komplikationer på grund av principen om direkt effekt. Även om den nya lagen inte har trätt i kraft kommer vissa av direktivets bestämmelser att kunna tillämpas tack vare principen. Det medför ett osäkert rättsläge för offentliga upphandlingar eftersom det i varje enskild upphandling kan behöva bedömas vilka av direktivets bestämmelser som ska gälla framför den nuvarande LOU. I media har det skrivits om *ett år av överprövningar* om införlivandet blir försenat till år 2017.⁴²¹ Det osäkra rättsläget skulle kunna innebära att upphandlande myndigheter skjuter upp nödvändiga investeringar på grund av den osäkerhet som råder kring hur överprövningar kommer att bli samt hur bestämmelserna kommer att bedömas. Eftersom offentliga upphandlingar omsätter ca 600 miljarder kronor varje år och således sysselsätter många företag skulle innebörden av att stora upphandlingar skjuts upp bli negativ för välfärden och även för de offentliga organen.

Det får anses tydligt att upphandlingsreglerna utvecklas för att främja konkurrensen vilket är positivt, men även behövligt. Det motiverar leverantörer att minska produktionskostnader, sänka priser men fortfarande bibehålla en hög kvalitet för att kunna vinna den aktuella upphandlingen. Ser man till den historiska utvecklingen av upphandlingsreglerna blir reglerna tydligare och syftar till att gynna konkurrensen och rättvisan på den inre marknaden. Samtidigt är reglerna ämnade till att bevara skattebetalarnas pengar och förtroende, vilket får anses vara en god utveckling av upphandlingsreglerna. EU-samarbetet tillsammans med teknikens utveckling innebär

⁴¹⁹ Se avsnitt 2.2.5.

⁴²⁰ Se mål C-259/07, *Kommissionen mot Sverige*, dom av den 31 januari 2008.

⁴²¹ Se avsnitt 2.2.5 samt <http://upphandling24.se/direkt-effekt-kommer-innebara-ett-provande-ar/> (hämtad 2016-03-12).

även att geografiska gränser *suddas ut* och *krymper världen* med följderna att leverantörer runt hela EU kan bli aktuella för en upphandling. Denna utveckling är positiv utifrån målsättningen av upphandlingsdirektiven, eftersom det ökar konkurrensen och främjar en effektivare marknad, men kan även leda till viss problematik. Medlemsstaternas regelverk överensstämmer inte helt, vilket kan skapa komplikationer vid gränsöverskridande uppdrag. Regelverken måste därför ständigt moderniseras och anpassas för att uppnå en harmonisering mellan medlemsstaterna gällande offentlig upphandling.

5.3 Oseriösa anbuds förekomst inom offentlig upphandling

5.3.1 Identifierandet av oseriösa anbudsgivning

Svårigheten med att konkretisera oseriösa anbud och leverantörer är att de kan förekomma i olika former. Gemensamt för oseriösa anbud är att de är svåra att upptäcka, bevisa och att anbuderna kan snedvrida konkurrensen.⁴²² Att uppmärksamma offentlig upphandling som ett riskområde för oseriösa anbud är viktigt. Särskilt drabbade marknader av oseriösa aktörer är byggbranschen, städtjänster, bemanningsföretag, transport och flyttjänster. Dessa marknader är i högre grad utsatta för oseriösa aktörer än andra, men likafullt marknader där offentliga myndigheter genomför offentliga upphandlingar i större omfattning.⁴²³ Det är inte förenligt med syftet för offentlig upphandling, att det anses som ett problemområde med oegentligheter. Förtroendet för den offentliga sektorn kan ta skada varje gång offentlig upphandling förknippas med oegentligheter. Därav måste identifierandet av oseriösa anbud underlättas. Vidare kan förekomsten av oseriösa leverantörer möjligen bidra till att de leverantörer som avser att vara seriösa antingen lämnar marknaden eller att även de börjar nyttja oseriösa anbud. Sammanfattningsvis kan tolkningen göras att en oseriös anbudsgivning syftar till att ge leverantören konkurrensfördelar genom överträdelse av lagar och avtal i en offentlig upphandling och är således ett

⁴²² Se avsnitt 4.3.

⁴²³ Se avsnitt 4.2.1.

hinder mot en effektiv marknad.⁴²⁴ Överträdelserna kan ske i flera olika former och anbud kan anses oseriösa på varierande grunder vilka analyseras i det följande.

5.3.2 Svartarbete

Den lagöverträdelse som medför störst problem för konkurrensen är *svartarbete*, samt att det är den vanligaste formen av ekonomisk brottslighet. Som det har framförts ovan finns det i nuläget inget som tyder på att offentliga myndigheter skulle vara sämre än privata beställare på att förhindra nyttjandet av svart arbetskraft, men det föreligger dock ett större ansvar på den upphandlande myndigheten.⁴²⁵ Uteslutningsprövningen som upphandlande myndigheter har att använda räcker inte till för att motverka svartarbete eftersom dessa anbudsgivare har en möjlighet att framstå som seriösa vid dessa kontroller. Det problematiska är att offentliga myndigheters verksamhet präglas av saklighet och att upphandlande myndigheterna måste följa regelverket när de utser det vinnande anbudet. Kan den upphandlande myndigheten inte visa att anbudet är att anses som oseriöst på grund av oegentligheter ska anbudet antas. Svartarbete är inte något som enbart drabbar offentlig upphandling utan är ett problem spritt över Sverige och utgör ett svårt problem att åtgärda eftersom det är svårt att upptäcka.

5.3.3 Underleverantörer och utländsk arbetskraft

Två faktorer som komplicerar motarbetandet av oseriösa anbudsgivare är användandet av *underleverantörer* och *utländsk arbetskraft*. Kammarrätten i Stockholm har definierat underleverantör som *varje tredje man, i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivare och myndighet, som är delaktig i upphandlingen*, efter en direktivkonform tolkning.⁴²⁶ Här tillkommer även ett nytt lager av oseriösa leverantörer eftersom huvudleverantören i en offentlig upphandling kan anses vara seriös medan de underleverantörer som huvud-leverantören anlitar inte är det, utan att huvudleverantörer har vetskap om det. Utländsk arbetskraft kan

⁴²⁴ Se avsnitt 4.3.

⁴²⁵ Se avsnitt 4.2.1.

⁴²⁶ Se avsnitt 4.2.2.

möjligen pressa priserna mer, genom att undgå att betala skatt och sociala avgifter i Sverige eller över huvud taget. Det skulle strida mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling att inte godkänna utländska leverantörer som underleverantörer, men kontroller behövs för att motverka att de inte på detta vis skaffar sig konkurrensfördelar genom att undgå att betala skatter och sociala avgifter.⁴²⁷ För att motverka skattefusk och obetalda sociala avgifter bör en skyldighet införas för utländska företag att anmäla till behörig myndighet att de avser att bedriva verksamhet i Sverige. Angående upplysning om underleverantörer får den upphandlande myndigheten begära in information från huvudleverantörer om vilka underleverantörer som kommer anlitas samt hur stor del av kontraktet som de kommer att tilldelas.

I syfte att förhindra oseriösa anbud borde upphandlande myndigheters kontroll utvidgas till att även gälla underleverantörer. Ett sätt att förhindra oseriösa underleverantörer är att säkerställa att underleverantörerna iakttar de principer för offentlig upphandling enligt det nya direktivet som stadgar att aktörer ”iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser”.⁴²⁸ För att säkerställa att underleverantörer följer dessa bestämmelser bör regeln om att upphandlande myndigheter får begära information göras obligatorisk istället för fakultativ och innebära att upphandlande myndighet ska begära information om underleverantörer när huvud-leverantör ämnar att använda sig av tredje part vid fullgörandet av det upphandlande kontraktet. Det är nödvändigt att säkerställa en öppenhet i leverantörskedjan för att motverka oseriösa underleverantörer och underlätta för den upphandlande myndighetens kontroll av dem. Upphandlande myndigheters kontroll skulle även underlättas av ett utökat ansvar för huvudleverantörer angående underleverantörer, vilket torde bidra till att huvud-leverantörerna skulle vara mer noggranna med hur deras underleverantörer förhåller sig.

⁴²⁷ Se avsnitt 4.2.3.

⁴²⁸ Artikel 18.2 direktiv 2014/24/EU.

5.3.4 Onormalt låga anbud samt oärliga anbud

Den kategori av oseriösa anbud som torde vara vanligast är anbud som anses *onormalt låga*. Bestämmelsen om onormalt låga anbud finns även stadgad i LOU för att skydda upphandlande myndigheter genom att de *får* möjligheten att förkasta anbud som inte anses seriösa, men regeln syftar även till att skydda leverantörerna från den upphandlande myndighetens godtycklighet.⁴²⁹ Paragrafen om uteslutande av onormalt låga anbud är fakultativ medan det *kontradiktoriska förfarandet* som även finns stadgat i samma paragraf är tvingande. Om en upphandlande myndighet vill förkasta ett anbud som de anser är onormalt lågt måste de följa det kontradiktoriska förfarande, vilket innebär att de ska erbjuda leverantör möjlighet att visa att anbudet är seriöst menat. Låga anbud, eller för den delen nollbud eller bud med negativa konton, är inte förbjudna i och för sig, utan sådana anbud kan utgöra en del av en medveten strategi i syfte för en leverantör att vinna marknadsandelar. Låga anbud ska eftersträvas av upphandlande myndighet och förkastandet av ett anbud som hade kunnat godtagits strider mot de grundläggande upphandlingsprinciperna. Det finns flera godtagbara skäl till att en leverantör kan nyttja konkurrensfördelar utan att konkurrensen snedvrids och på det viset lämna ett lägre anbud än övriga leverantörer.

Med de nya upphandlings direktiven kommer bestämmelsen om onormalt låga anbud bli obligatorisk istället för fakultativ, samtidigt som ett steg i det kontradiktoriska förfarandet kommer att tas bort.⁴³⁰ Upphandlande myndigheter *ska* alltså med hänsyn till de nya upphandlingsreglerna begära förklaring om ett anbud är att anses som onormalt lågt, samtidigt som leverantörerna tappar ett andra tillfälle att yttra sig över den upphandlande myndighetens skäl för att förkasta anbudet.⁴³¹ Att bestämmelsen om förkastande av onormalt låga anbud blir obligatorisk torde leda till mer överprövningar och processer angående om anbud är onormalt lågt och huruvida det

⁴²⁹ Se avsnitt 4.2.4.

⁴³⁰ Se avsnitt 4.2.4 och även 5.4.

⁴³¹ Se steg 4 i det *kontradiktoriska förfarandet* som finns framställt i avsnitt 4.2.4.

bör anses som seriöst, vilket kan bli problematiskt eftersom oseriösa och onormalt låga anbud rättsligt inte är klarlagt.⁴³²

Angående *oärliga anbud* utgör även de en typ av oseriösa anbud. Att godta sådana anbud strider framförallt mot likabehandlingsprincipen, men hämmar även de anbudsgivare som har lämnat ärliga anbud. Det har i svensk praxis meddelats att ingen skyldighet föreligger för den upphandlande myndighet att kontrollera om uppgifterna i ett anbud stämmer. Är en leverantör medveten om att det inte förekommer någon kontroll av de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget finns det inget som hindrar denne från att svara jakande på alla kraven, utan att räkna med att behöva uppfylla kraven.⁴³³

Att en upphandlande myndighet inte kontrollerar kraven de ställer i förfrågningsunderlaget skulle kunna strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna. EU-domstolen har yttrat att ”upphandlande myndighet som föreskriver ett *upphandlingskriterium*, och *anger* att den varken *ämnar* eller har *möjlighet* att verkligen *kontrollera* att den information som lämnas av anbudsgivaren är korrekt, *åsidosätter* principen om likabehandling” (författarens kurs).⁴³⁴ Det går att ifrågasätta formuleringen från EU-domstolen och användandet av ordet *anger*. Om en upphandlande myndighet således inte *ämnar* eller har *möjlighet* att kontrollera informationen som lämnas av en anbudsgivare men inte *anger* detta, strider det i sådana fall inte mot likabehandlingsprincipen? Det får anses rimligt att det är oförenligt med ett öppet och objektiva upphandlingsförfarande att ha med kriterium som inte går eller *ämnas* att efterhållas från den upphandlande myndigheten, oavsett om den upphandlande myndigheten *anger* eller inte *anger* det.

Noggrannare kontroller från de upphandlande myndigheterna angående kraven de ställer i förfrågningsunderlaget skulle motverka oärliga anbud från leverantörerna.

⁴³² Se avsnitt 5.4.

⁴³³ Se avsnitt 4.2.5.

⁴³⁴ Se mål C-448/01, *EVN AG Wienstrom*, dom av den 4 december 2003, p. 51.

Kontrollerna skulle möjligen bli dyrare men även kunna leda till mindre kostnader efter upphandlingen, eftersom leverantörerna klarar av att uppfylla de upphandlande myndigheternas krav, samtidigt som det skulle gynna konkurrensen. En annan åtgärd för att öka undanröjandet av oärliga anbud skulle kunna vara att införa mer omfattande viten eller andra påföljder vid avtalsbrott av det upphandlade kontraktet. I nuläget är det möjligt att oseriösa leverantörer inte avskräcks tillräckligt av de påföljder som finns och anser att det därför kan vara värt att *snygga till* anbudet för att vinna upphandlingen, istället för att svara ärligt och riskera att förlora upphandlingen. Upphandlande myndigheter måste alltså bli bättre på att skriva tydliga avtal som innehåller sanktioner vid avtalsbrott om en leverantör inte klarar av att uppfylla förpliktelserna i avtalet för att på det viset avskräcka oärliga anbudsgivare.

5.3.5 Korruption och anbudskarteller

Internationellt sett har Sverige en låg nivå av *korruption* i landet.⁴³⁵ Offentlig upphandling har länge internationellt uppmärksammats som ett riskområde för korruption. Definitionen av korruption får anses ha vidgats under den senaste tiden och numera innefattas även svågerpolitik och vänskapskorruption samt annan otillbörlig påverkan och bristande likabehandling, och inte bara penningmutor, otillåtna gåvor och representation, enligt KKV:s beskrivning av korruption.⁴³⁶ Kommunala upphandlingar anses utgöra ett särskilt riskområde för korruption, förmodligen för att det finns en geografisk närhet mellan upphandlare och leverantörer. Vidare kan det finnas ett särskilt intresse att gynna vänner, släktingar eller det lokala näringslivet eftersom personliga relationer kan föreligga. Syftet med upphandlingsreglerna är att motverka favorisering och öppna upp marknaden för konkurrens, vilket förhindras om det förekommer korruption av olika slag. Korruption, oavsett om det är frågan om jäv, svågerpolitik, vänskapspolitik eller ekonomiska mutor, kan vara skadligt för tilltron till den offentliga sektorn. För att motarbeta denna typ av korruption måste upphandlande myndigheter informeras av

⁴³⁵ Se avsnitt 4.2.6.

⁴³⁶ Rapport 2013:6, s. 87.

vad som faktiskt utgör korruption. Utöver det är öppenhet, som offentlig upphandling präglas av, ett bra alternativ för att motverka korruption. Vetskapen av att en utomstående part kommer att granska upphandlingen vid en eventuell överprövning bör vara ett incitament för de inblandade i upphandlingen att inte väga in andra än objektiva grunder vid tilldelandet av avtal.⁴³⁷

Offentlig upphandling anses utgöra ett riskområde för *anbudskarteller* eller andra typer av otillåtet samarbete.⁴³⁸ Gällande anbudskarteller, liksom många av de ovanstående formerna av oseriösa anbud, kan okunskap, dels från upphandlande myndighet, dels från leverantörer, bidra till förekomsten av sådana samarbeten. Samarbete mellan två leverantörer som innebär att priskonkurrensen upphör eller att konkurrensen snedvrids, hindras eller begränsas är att anses som otillåtet samarbete.⁴³⁹ LOU skiljer dock på vad som anses som tillåtet och otillåtet samarbete. Två företag som saknar möjlighet att lämna egna anbud får samarbeta för att därmed bidra till ökad konkurrens, som i sin tur leder till en bättre välfärd. Om offentlig upphandling används som ett verktyg för att säkerställa en rättvis fördelning av offentliga uppdrag där även mindre företag kan vara med och konkurrera på den offentligt finansierade marknaden, används den offentliga sektorn till bidragandet av en ökad konkurrens. Att fler företag deltar i den offentliga upphandlingen bidrar även till att upphandlande myndigheter får mer alternativ och på det viset lättare kan välja det mest fördelaktiga anbudet. För att motarbeta anbudskarteller kan en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget påminna leverantörerna om vikten av att följa konkurrensreglerna samt att misstankar om anbudskarteller kommer att anmälas till KKV. Åtgärden bör dels uppmärksamma leverantörer om att vara noga med att de samarbeten de har är tillåtna samt ha en preventiv effekt genom att skriva in påföljder vid otillåtet samarbete.

⁴³⁷ Rapport 2013:6, s. 97.

⁴³⁸ Se avsnitt 4.2.7.

⁴³⁹ Se 2 kap. 1 § KL.

5.3.6 Sammanfattning

Vilket framgår av det ovannämnda förekommer oseriösa anbud och leverantörer i flera former och på flera olika marknader. Antyder en offentlig myndighet att ett anbud är att anses som oseriöst, ska leverantören i enlighet med det kontradiktoriska förfarandet försöka visa att det är rimligt att anse att anbudet är seriöst, innan det förkastas.⁴⁴⁰ Det är inte ändamålsenligt med de grundläggande upphandlingsprinciperna att i lag införa en allmän definition av vad som utgör oseriösa anbud och en bestämmelse för hur dessa ska hanteras. Eftersom att ingen offentlig upphandling är den andra lik måste anbuden i varje enskilt fall bedömas om de anses vara oseriösa. Onormalt låga anbud finns reglerade i LOU, men till skillnad mot ett anbud som anses vara oseriöst, är onormalt låga anbud inte otillåtna om en leverantör kan motivera varför anbudet är onormalt lågt. Det torde sällan föreligga en situation där ett oseriöst anbud bör vinna en upphandling, således behöver offentliga myndigheter förhindra att sådana anbud antas.

5.4 Möjligheter att förhindra oseriösa anbud

5.4.1 Tilldelningsgrunderna

Upphandlingsreglerna tillgodoser upphandlande myndighet med en del åtgärder för att motarbeta oseriösa anbud och oseriösa leverantörer. Att motverka oseriösa anbud och oseriösa leverantörer utgör inte enbart upphandlande myndigheters intresse utan även övriga leverantörer som är med och konkurrerar om det som är föremål för upphandlingen. Redan vid valet av vilken *tilldelningsgrund* som ska tillämpas på upphandlingen bör tilldelningsgrunden *ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* underlätta undvikandet av att oseriösa anbud blir antagna. Oseriösa anbud är ofta lågt prissatta men brister i kvalitet, av den anledningen passar tilldelningsgrunden *lägsta pris* bättre för oseriösa leverantörer.⁴⁴¹ Att inte välja tilldelningsgrunden som baseras på lägsta pris torde därför underlätta upptäckandet av oseriösa anbud för

⁴⁴⁰ Se avsnitt 4.2.4.

⁴⁴¹ Se avsnitt 3.4.2.

upphandlande myndigheter samt öka chansen att dessa anbud inte blir valda vid offentliga upphandlingar.

Med det nya upphandlingsdirektivet kommer fokus att flyttas från lägsta pris till kvalitet samt att de nya reglerna ska verka för att garantera en rättvis konkurrens.⁴⁴² Enligt det nya upphandlingsdirektivet kommer tilldelningsgrunden fortfarande utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, men bedömas utifrån förhållandet mellan *pris och kvalitet*. Bedömningen ska således göras på grundval av kriterier som kvalitet-, miljö-, och/eller sociala aspekter vilket bör leda till att seriösa leverantörer gynnas framför oseriösa. Enligt Europaparlamentets ledamot, Marc Tarabella, ska de nya upphandlingsreglerna garantera rättvis konkurrens, motverka social dumpning och även innebära slutet för vad han kallar lägsta priset tyranni. Det nya upphandlingsdirektivet får på grund av det ovan beskrivna anses utgöra en förbättring av upphandlande myndigheters möjligheter att förhindra oseriösa anbud. Att öka strävan efter bättre miljö och sociala aspekter samt bättre kvalitet får anses vara ändamålsenligt med upphandlingsreglernas och *Europa 2020*-strategins syfte.

5.4.2 Uteslutningsprövning och leverantörskvalificering

Möjligheten att utesluta leverantör och ställa krav på leverantörs förmåga att leverera utgör två metoder för att förhindra oseriösa leverantörer. I LOU:s kapitel 10 stadgas förfaranden i syfte att avgöra om en leverantör är lämplig för att genomföra ett upphandlingskontrakt.⁴⁴³ *Uteslutningsprövningen* innebär obligatoriska och frivilliga uteslutningsgrunder av en leverantör. Om en upphandlande myndighet *får* kännedom att en leverantör enligt lagakraftvunnen dom begått brott i strid mot EU:s ekonomiska intresse *ska* den upphandlande myndigheten utesluta leverantören. Formuleringen innebär alltså att upphandlande myndighet enbart ska vidta åtgärder när de *får* kännedom om leverantören, det föreligger alltså ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten *att* rutinmässigt eller i de enskilda fallet kontrollera om leverantörerna ska uteslutas.

⁴⁴² Se avsnitt 3.5.

⁴⁴³ Se avsnitt 3.4.3.

Här kan det ifrågasätta hur en upphandlande myndighet *får* kännedom om en leverantör. En offentlig upphandling ska präglas av saklighet och opartiskhet. Utreder inte en upphandlande myndighet själv om uteslutningsgrunder föreligger, utan istället tar till sig informationen via kontaktnät eller andra leverantörer, kan det ifrågasättas om det förfarandet är ändamålsenligt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling.⁴⁴⁴ Det bör anses effektivare och torde inte utgöra en större kostnad, om de upphandlande myndigheterna ålades en skyldighet att åtminstone rutinmässigt genom en objektiv bedömning utreda om leverantör ska uteslutas enligt de obligatoriska grunderna. Angående de *frivilliga* uteslutningsgrunderna finns det inget krav på att upphandlande myndighet ska utesluta leverantör enligt de grunderna.⁴⁴⁵ Emellertid måste upphandlande myndighet beakta grundprinciperna för offentlig upphandling när denna bestämmelse tillämpas, synnerligen likabehandlingsprincipen.⁴⁴⁶ Tillåter en upphandlande myndighet en leverantör som får uteslutas enligt de frivilliga uteslutningsgrunderna kan de inte förhindra en annan leverantör som får uteslutas på samma grund, båda leverantörerna måste i sådana fall tillåtas delta i den offentliga upphandlingen.

Med det nya upphandlingsdirektivet har grunderna för obligatorisk uteslutning av leverantörer vidgats. Utöver att terroristbrott och nyttjandet av människohandel och barnarbete ska innebära uteslutning av leverantör, kan en upphandlande myndighet vara *skyldig* att förkasta anbud som strider mot social-, arbets-, och miljörättsliga regler. Det nya upphandlingsdirektivet tillåter även att leverantör rättar tidigare uteslutningsgrund genom s.k. självsanering. Samtidigt som grunderna för uteslutning vidgats kan, med det nya direktivet, även medlemsstater välja att göra de fakultativa grunderna obligatoriska, vilket får anses göra gränsen mellan obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder mindre tydlig.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Se avsnitt 4.2.5.

⁴⁴⁵ Se 10 kap. 2-3 §§ LOU.

⁴⁴⁶ Se avsnitt 2.3.2.

⁴⁴⁷ Artikel 57, direktiv 2014/24/EU.

Leverantörskvalificering utförs i syfte att identifiera leverantörer med tillräcklig förmåga att tillgodose upphandlande myndigheters behov och utföra det upphandlande uppdraget. Kontrollen av om leverantören är kvalificerad för att utföra de upphandlande uppdragen är fakultativ. Den möjliggör dock för upphandlande myndighet att ställa krav på en lägsta nivå angående leverantörs ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Sådana krav torde förebygga att oärliga leverantörer deltar i en offentlig upphandling.⁴⁴⁸ Upphandlande myndighet måste dock, vid uppställande av kraven på leverantörerna, ha proportionalitetsprincipen i åtanke. Upphandlande myndighet får inte ställa högre krav än vad som är nödvändigt vid just den upphandlingen, eftersom det skulle strida mot principen.⁴⁴⁹ Att göra leverantörskvalificering obligatorisk istället för frivillig skulle möjligen bidra till att leverantörer i större utsträckning försäkras om att de kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och även att de klarar av att utföra det upphandlande uppdraget. I de fall när leverantör har möjlighet att åberopa annan leverantörs kapacitet, borde upphandlande myndigheters leverantörskontroll sträcka sig till den leverantörerna med, i syfte att motverka oseriösa leverantörer i ett tidigt stadiet vid en offentlig upphandling.

5.4.3 Prövning, utvärdering, och överprövning av anbud

Innan upphandlingen är avslutad ska anbuden *kontrolleras* och den upphandlande myndigheten ska säkerställa att anbuden uppfyller de formella kraven samt att anbudet uppfyller de krav på föremål för upphandlingen som uppställts i förfrågningsunderlaget. Även här har en upphandlande myndighet ett verktyg för att förhindra oseriösa anbud från att antas, eftersom att anbud som inte klarar *anbudsprövningen* ska förkastas. Det är således av vikt för både upphandlande myndighet och anbudsgivarna vid upphandlingen att de är noggranna och avsätter den tid samt resurser som upphandlingen kräver. Det är sannolikt att oseriösa anbud skulle kunna förhindras genom att placera *rätt person på rätt plats*. För att förebygga antagandet av oseriösa anbud kan personal som prövar och utvärderar anbud utbildas

⁴⁴⁸ Se avsnitt 5.3.4.

⁴⁴⁹ Se avsnitt 2.3.5.

och upplysas, om vad som utgör ett oseriöst anbud. Att även utbilda och upplysa leverantörer om oseriösa anbud samt eventuella konsekvenser, skulle möjligen bidra till att färre oseriösa leverantörer deltog vid offentliga upphandlingar. Förekomsten av oseriösa anbud kan således bero på kunskapsbrist.⁴⁵⁰

Alla anbud som klarar anbudsprövningen ska sedan genomgå en *anbudsutvärdering* för att upphandlande myndigheten ska bedöma vilket anbud som bäst tillgodoser deras behov. När en upphandlande myndighet fattar ett inköpsbeslut är det, jämfört med privata inköpsbeslut, inskränkta av bestämmelserna i LOU, de grundläggande upphandlingsprinciperna men även och möjligen främst, *förfrågningsunderlagets utformning*.⁴⁵¹ Genom att upphandlande myndighet optimerar förfrågningsunderlaget och gör det klart, precist och otvetydigt ökar den enhetliga tolkningen från leverantörer som deltar i upphandlingen och leder till färre misstolkningar. Att ställa specifika krav i förfrågningsunderlaget kan begränsa leverantörskretsen som deltar och möjligen förhindra oseriösa leverantörer, men påföljden blir även att konkurrensen i den offentliga upphandlingen minskar.⁴⁵²

Som det nämndes ovan är det inte enbart offentliga myndigheter som har ett intresse av att oseriösa anbud och oseriösa leverantörer stoppas, utan även andra leverantörer delar det intresset.⁴⁵³ Det, för övriga leverantörer, viktigaste verktygen för att kunna motverka oseriösa anbud är *avtalsspärren* och *överprövning*. Avtalsspärren startar efter att den upphandlande myndigheten har beslutat vilket anbud som vunnit upphandlingen och spärren möjliggör för de leverantörer som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av anbudet att söka överprövning hos förvaltningsrätten. Överprövningen kan ske i tre former, om upphandlingen, om beslutet av anbud samt överprövning om avtals giltighet. Denna möjlighet är enbart till för leverantörer, men inte enbart de som har deltagit i den offentliga upphandlingen, utan alla potentiella leverantörer som anser sig sig lidit eller kan

⁴⁵⁰ Se avsnitt 5.3.5.

⁴⁵¹ Se avsnitt 3.4.5.

⁴⁵² Se avsnitt 5.5.

⁴⁵³ Se avsnitt 5.4.1.

komma att lida skada på grund av beslutet.⁴⁵⁴ Leverantör behöver inte vänta med att söka överprövning tills efter att upphandlingen är slut, utan kan redan vid det första beslut som fattas i en upphandling söka om överprövning hos förvaltningsrätten. Denna möjlighet ger leverantörer ett bra verktyg för att motarbeta oseriösa anbud och oseriösa leverantörer och får anses vara ändamålsenlig med upphandlingslagarna och de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Det har hittills enbart redogjorts för upphandlande myndigheters och andra leverantörers möjlighet att stoppa oseriösa anbud och oseriösa leverantörer. Det finns även en bestämmelse som skyddar den leverantör vars anbuds seriositet blir ifrågasatt. Det *kontradiktoriska förfarandet* ska ge ifrågasatt leverantör möjlighet att förklara varför anbudet inte är att ses som oseriöst. Det kontradiktoriska förfarandet utgör således ett verktyg för att förhindra att seriösa anbud anses vara oseriösa och förkastas utan att det har förelegat grund för det. Förkastandet av sådana anbud strider mot de upphandlingsrättsliga grundprinciperna.⁴⁵⁵ Bestämmelsen om kontradiktoriskt förfarande återfinns i paragrafen om onormalt låga anbud (som utgör en form av oseriösa anbud), men torde vara gällande oavsett vilken form av oseriöst anbud det handlar om, eftersom att bestämmelsen stadgar möjligheten för leverantör att visa att ett anbud är seriöst menat.

5.4.4 Flyttjänsteupphandlingen och vägunderhållsupphandlingen

I januari år 2016 meddelade HFD två domar gällande uteslutning på grund utav onormalt anbud. Domarna får anses särskilt intressanta eftersom det är första gången HFD prövar begreppet onormalt låga anbud samt att utgången blir olika i de båda domarna.⁴⁵⁶ Vidare är domarna av intresse eftersom HFD bedömer hur det *kontradiktoriska förfarandet* har följts och om ifrågasatt leverantör har lyckats *visa* att anbudet var seriöst menat. I flyttjänsteupphandlingen ansågs anbudet förkastat på rätt grund medan det i vägunderhållsupphandlingen bedömdes det sakna grund att

⁴⁵⁴ Se avsnitt 2.3.1.

⁴⁵⁵ Se avsnitt 5.3.4.

⁴⁵⁶ Se avsnitt 4.2.4.

förkasta anbudet. Avgörande i båda målen får anses vara den förklaring som anbudsgivarna har lämnat till sina anbud. I domarna lade HFD bevisbördan på leverantörerna, som hade att visa att det var *rimligt* att anta att anbudet skulle anses vara seriösa. Det faktum att kommunerna hade förbisett det kontradikatoriska förfarandet lade HFD inte stor vikt vid.

De båda domarna rörde onormalt låga anbud, men får anses ha haft skilda förutsättningar. Det var tydligt att anbudet skulle anses som oseriöst i flyttjänsteupphandlingen eftersom prissättningen utgjorde leveransstrategiskt handlande från anbudsgivarna i den upphandlingen. När HFD avgjorde om anbudet skulle anses som seriösa i vägunderhållsupphandlingen lades det vikt vid att NCC hade god ekonomisk ställning samt att de kunde nyttja stordriftsfördelar. Det kan ifrågasättas hur det hade bedömts om det var ett mindre företag med andra ekonomiska förutsättningar än NCC. Att ett företag har god ekonomi får dock anses kunna styrka ett anbuds seriositet. Det är svårt att i förväg avgöra huruvida en leverantör kan leva upp till ett avtal, särskilt under sådan lång tid som det var frågan om i vägunderhållsupphandlingen.⁴⁵⁷ Har leverantören en god ekonomi och dessutom tillhör de större företagen på marknaden tyder det på att avtalet kommer att efterlevas.

En sakfråga som med säkerhet går att tolka ur domarna är att det är leverantören som har bevisbördan för ett anbuds seriositet. Bevisbördans placering för ett anbuds seriositet har inte varit självklar i Sverige innan, men med domarna från HFD får det bedömas vara klarlagt. Det får anses vara bra att det ligger på leverantören att bevisa seriositet. Med den bevisbördaplaceringen borde leverantörer undvika att lämna oseriösa anbud eftersom de kommer behöva visa att det är *rimligt att anta* att anbudet är seriöst. Det går att ifrågasätta om denna bevisbördaplacering är ändamålsenlig med proportionalitetsprincipen. Att leverantörer i regel alltid har att visa att ett anbud rimligtvis ska anses vara seriös är en relativt tung bevisbörda, vilket blir resultatet om anbudet ska bedömas från fall till fall. Upphandlande myndigheter har stor frihet att avgöra om förklaringen till det låga anbudet, EU-domstolen har uttryckligen gett

⁴⁵⁷ Upphandlingen gällde utförandet av basunderhåll på allmänna vägar i sex år.

upphandlande myndighet rätt att avgöra huruvida en förklaring är godtagbar och ska anses tillräcklig för utvärdering.⁴⁵⁸ Genom den rätten blir bevisbördan möjligen tyngre för leverantören, det vore önskvärt med bestämda riktlinjer för vad en tillräcklig och godtagbar förklaring bör innehålla. Det skulle leda till bättre rättssäkerhet och fram för allt underlätta för leverantörer när de ska förklara sina anbud och bevisa seriositet.

Objektiva kriterium och en objektiv bedömning om vad som är att anses som ett oseriöst anbud hade underlättat för att avgöra vad som egentligen är ett *oseriöst anbud* eller *inte*, istället för att ställning ska behöva tas i det enskilda fallet. Ingen upphandling är den andre lik och som det framgår av EU-domstolens praxis skulle det strida mot reglerna att införa en bestämd variant av onormalt låga anbud, vilket även får anses gälla ett anbuds seriositet.⁴⁵⁹ Av flera anledningar kan ett anbud verka oseriöst men leverantören är seriös i sitt lämnande av anbudet. Som det tidigare nämnts kan det vara för att slå sig in på en ny marknad, dra nytta av andra konkurrens fördelar eller att leverantören använder sig av billigare resurser ifrån hemlandet om leverantören handlar gränsöverskridande. Även om bevisbördan blir tung för leverantören torde det kontradiktoriska förfarandet avhjälpa vid förklarandet av anbudet. Det kontradiktoriska förfarandet erbjuder leverantör två tillfällen att för upphandlande myndigheten förklara anbudet innan anbudet eventuellt förkastas av den upphandlande myndigheten och möjligen överprövas.

Det kan inte anses ändamålsenligt att den upphandlande myndigheten ska ansvara för att bevisa att ett anbud är seriöst. Det är inte helt otänkbart att den upphandlande myndigheten saknar både *kunskap* och *insyn* i både leverantörens verksamhet samt det som upphandlingen berör, vilket skulle innebära att placeringen av bevisbördan för seriositet på den upphandlande myndigheten även det skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Vidare skulle den bevisbördaplaceringen även kunna leda till att upphandlande myndighet inte utnyttjar möjligheten att förhindra att oseriösa

⁴⁵⁸ Se mål C-76/81, *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982, p. 17.

⁴⁵⁹ Se avsnitt 4.2.4.

anbud antas, på grund av att de är osäkerhet för bevisningen. Kammarrätten i Göteborg valde att fördela bevisbördan mellan parterna och fastslog att "[d]en upphandlande myndigheten bör ha bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset är så lågt att det därmed finns grund för att *ifrågasätta dess seriositet*" samt att "[b]evisbördan för att *anbudet är seriöst* bör ligga på anbudsgivaren" (författarens kurs.).⁴⁶⁰

En delad bevisbörda får, under förutsättningarna för oseriösa anbud, anses vara en bra lösning. Leverantör bär bevisbördan för att ett ifrågasatt anbud ska anses vara seriöst vilket torde leda till ökad förutsebarhet när den med förmodligen bäst insyn ska bevisa anbudets seriositet. Att upphandlande myndigheter har att bevisa att omständigheterna är sådana att det finns grund att ifrågasätta seriositeten innebär att upphandlande myndigheter inte kan missbruka ifrågasättandet av anbud, samtidigt som leverantörer skyddas mot den upphandlande myndighetens godtycklighet. Vidare följer det här upplägget med bevisbördans placering den, *inte konsekventa*, regeln *den som påstår något har bevisbördan för sitt påstående*.

Att NCC i vägunderhållsupphandlingen angav negativa konton i sitt anbud bör kunna ifrågasättas om det anses förenligt med den nya konkurrensprincipen.⁴⁶¹ Anledningen till att anbudet ansågs som seriöst var för att NCC hade förklarat att de bland annat hade god ekonomisk ställning samt möjlighet att dra nytta av stordriftsfördelar. Att lämna onormalt låga anbud för att ta nya marknadsandelar anses inte strida mot de upphandlingsrättsliga grundprinciperna.⁴⁶² Att däremot lämna sådana anbud på grund av ekonomisk ställning eller använda sig av möjligheten att dra nytta av stordriftsfördelar, kan tyda på otillbörlig konkurrens eller missbruk av dominerande ställning. Tillämpning av underprissättning i syfte att stänga ute nya konkurrenter från marknaden, eller att slå ut befintliga konkurrenter från marknaden kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Otillbörlig konkurrens och missbruk av

⁴⁶⁰ Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13, dom 2013-10-18, s. 13.

⁴⁶¹ Se avsnitt 2.4.3.

⁴⁶² Se avsnitt 4.2.4.

dominerande ställning kommer inte att behandlas vidare i denna uppsats, men problematiken kan vara av värde att uppmärksamma ändå.

Anledningen till att HFD inte dömde hårdare kring underlåtenheten av att följa det kontradiktoriska förfarandet kan ifrågasättas. Förvisso menade HFD att anbudsgivarna hade fått möjlighet att förklara sina anbud vid flera tillfällen, men detta faktum torde saknas betydelse. Kontradiktoriska förfarandet är bestämmelsen som finns stadgad i upphandlingsreglerna och är till för att skydda leverantörer från upphandlande myndighets godtycklighet. Det torde vara irrelevant att leverantörer erbjöds tillfälle att förklara sina anbud vid ett senare tillfälle när kommunerna likväl i sitt agerande hade stridit mot bestämmelserna i LOU.⁴⁶³ Underlåtelser att följa bestämmelser i LOU ska leda till att upphandlingen görs om eller får avslutas först när rättelse har gjorts.⁴⁶⁴ Det förutsätter att leverantör har lidit eller kan komma att lida skada, vilket inte nödvändigtvis behöver vara fallet i de här två domarna, men i vilket fall som helst borde HFD ha utrett kommunernas underlåtelsethet noggrannare.

5.4.5 Sammanfattning

För att svara på den första frågeställningen, *är det möjligt att förhindra att oseriösa anbud antas*, går det att konstatera att offentliga myndigheter och även andra leverantörer har verktyg att förhindra oseriösa anbud. Det går även att konstatera att anbud som anses oseriösa har möjlighet att visa motsatsen genom det kontradiktoriska förfarandet. Problematiken med oseriösa anbud är att de sällan är lätta att upptäcka samt att grundprinciperna för offentlig upphandling ständigt måste beaktas när anbud förkastas. Vidare ska offentliga myndigheter eftersträva låga anbud. Gränsen mellan vad som kan framstå som ett oseriöst eller onormalt lågt anbud jämfört med det anbud som faktiskt erbjuder bästa förhållandet mellan pris och kvalitet kan vara svår att dra. Det nya direktivet torde innebära en förbättring eftersom kvalitet kommer få en större roll vid offentliga upphandlingar. Även om ett anbud är lägre än andra anbud kan det innebära att det leder till ökade ekonomiska

⁴⁶³ Se 12 kap. 3 § 3 st. LOU.

⁴⁶⁴ Se 16 kap. 6 § LOU.

kostnader till påföljd av sämre kvalitet. Att utöka upphandlande myndigheters kontrollansvar torde även det leda till en kostnadsmässig ökning, men likaså i längden leda till att offentliga upphandlingars kvalitet ökar och förbättras och på det viset bidra till att den offentliga sektorn bevarar skattebetalarnas pengar.

Om en upphandlande myndighet ingår avtal med en leverantör som inte klarar av att leverera i enlighet med avtalet kan det leda till en kostnadsökning eftersom upphandlande myndighet får anskaffa det som var föremål för upphandlingen på annat håll. Att upphandlande myndigheter följaktligen i offentliga upphandlingar strävar efter en bättre kvalitet i stället för lågt pris bör innebära att färre oseriösa anbud kommer att antas. Med de nya HFD domarna får även bevisbördans placering anses klarlagd. Även om det i dagsläget inte är ett optimalt rättsläge angående oseriösa anbud, får en delad bevisbörda, där den upphandlande myndigheten ska visa att seriositeten kan ifrågasättas och leverantören ska visa att anbudet är seriöst, anses vara den bästa lösningen. Önskvärt hade varit att fler domar från HFD rörande anbuds seriositet och oseriösa leverantörer över lag avgörs samt att fall med mer likartade förutsättningar än de domar som meddelades i januari år 2016 behandlas av HFD.

5.5 Oseriösa anbuds påverkan på konkurrensen

Den offentliga marknaden ska vara opartisk och öppen samt innehålla sund konkurrens. Att oseriösa anbud och oseriösa anbudsgivare förekommer vid offentlig upphandling får anses klarlagt enligt det ovan framförda⁴⁶⁵ En oseriös anbudsgivare torde sällan vara intresserad av att konkurrera på lika villkor och utgör därför ett hot mot en effektiv marknad. Offentlig upphandling har ingen skyldighet att skapa konkurrens, men i de svenska upphandlingsreglerna har det sedan länge funnits en skyldighet att nyttja den befintliga konkurrensen på marknaden, vilket framgår av ÄLOU:s huvudregel. Det stadgades där att "[u]pphandling skall göras med *utnyttjandet av de konkurrensmöjligheter som finns*" (författarens kurs).⁴⁶⁶ Att tillåta oseriösa leverantörer att agera inom offentlig upphandling är skadligt för marknaden.

⁴⁶⁵ Se avsnitt 5.

⁴⁶⁶ Se 1 kap. 4 § ÄLOU.

En marknad med hög och ärlig konkurrens bidrar till bättre kvalitet och bättre priser för köparen, som vid offentliga affärer är skattebetalarna. Ovan framgår det att anbudsgivare som ämnar att vara oseriösa inte sällan byter bransch när de motarbetas i en viss bransch. Det är därför av vikt att motverka oseriösa leverantörer i offentlig upphandling i allmänhet och i de s.k. problembanscher i synnerhet.⁴⁶⁷

Även om det inte föreligger någon skyldighet för offentlig upphandling att skapa konkurrens finns det inget som hindrar att offentliga upphandlingar faktiskt används till det syftet. Med det nya upphandlingsdirektivet kommer regler som stadgar att upphandlande myndighet får, och ibland, ska, dela upp större kontrakt i mindre delar, för att kunna anta anbud från fler leverantörer.⁴⁶⁸ Att nyttja den offentliga sektorn för att gynna mindre företag får anses förenligt med offentlig upphandling och framför allt *Europa 2020*-strategin. Genom att vid offentlig upphandling dela upp större kontrakt i fler mindre delar kan man säga att offentlig upphandling skapar konkurrens. Att dela upp större kontrakt på flera mindre företag torde även bidra till en ökad effektivisering av att tillbjuda små och medelstora företag tillträde till marknaden.⁴⁶⁹

Det är i normalfallet sunt för en marknad att ha flera aktörer än några få som styr hela marknaden. En marknad med få aktörer brukar resultera i höga kostnader för köpare på den marknaden. När miljö- och sociala krav prioriteras i offentliga upphandlingar kan det leda till färre anbudsgivare vilket i sin tur leder till minskad konkurrens.⁴⁷⁰ All konkurrens är dock inte sund konkurrens och det är mer fördelaktigt att eftersträva en konkurrens där miljö- och sociala krav är höga, än en konkurrens mellan en massa oseriösa leverantörer. Leverantörer som handlar oärligt eller, på något annat vis nyttjar osund konkurrens samt snedvrider konkurrensen på marknaden, kan antagligen lämna förmånligare anbud, vilket gör det svårare för seriösa leverantörer att konkurrera med dessa vid en offentlig upphandling.

⁴⁶⁷ Avsnitt 4.2.1.

⁴⁶⁸ Se avsnitt 3.5.

⁴⁶⁹ Preamble p. 59, direktiv 2014/24/EU.

⁴⁷⁰ Se avsnitt 5.4.3.

Med det nya direktivet och tilldelningskriteriet *förhållandet mellan pris och kvalitet*, torde konkurrensen vid offentlig upphandling gynnas. Att eftersträva det lägsta priset kan, som ovan framställts, dels leda till upphandlingar med sämre kvalitet men även att leverantörer pressar anbuden tills gränsen mellan vinst och kostnad är marginell, för att vinna upphandlingen. Det kan innebära att offentliga upphandlingar får en massa anbud som inte klarar av att leverera till det upphandlande kontraktet, vilket i sin tur skulle leda till extra kostnader för den upphandlande myndigheten.

Oseriösa leverantörer kan, särskilt om övriga leverantörer är medvetna om förekomsten av dessa, tvinga eller skrämman bort seriösa leverantörer från en upphandling. En marknad med några få, oseriösa leverantörer vore dåligt för den offentliga sektorn. Det ligger i en säljares natur att vilja tjäna mycket på det säljaren tillhandahåller och av den anledningen erfordras att marknaden präglas av god konkurrens för att, inom offentliga upphandlingar hålla priserna nere samtidigt som nivån på det som upphandlas hålls högt. För att besvara den andra frågeställningen, *hur påverkar oseriösa anbud konkurrensen vid offentlig upphandling*, går det att konstatera att oseriösa anbud påverkar konkurrensen negativt vid offentliga upphandlingar.

Oavsett om det är frågan om otillbörligt nyttjande av *svartarbete, underleverantörer, utländsk arbetskraft* eller *anbud som är låga eller oärliga* samt *korruption mellan myndighet och leverantör* eller *anbudskarteller*, utgör alla dessa former tillvägagångssätt för att snedvrیدا konkurrensen på den offentliga marknaden. Det är således av vikt, som det framgår i avsnitt 5.4, att motverka dessa oseriösa aktörer för att uppnå en sund konkurrens vid offentlig upphandling och på bästa sätt tillvarata skattebetalarnas pengar.

6 Slutsats

Ett anbud eller en leverantör kan vara oseriös på olika grunder. I uppsatsen har försökts utröna om det är möjligt att förhindra att oseriösa anbud antas, samt hur oseriösa anbud påverkar konkurrensen, vid offentliga upphandlingar. För att det ska vara möjligt att förhindra oseriösa anbud behöver det klargöras vilka anbud som utgör oseriösa anbud. Att göra en allmän kategori av vilka anbud som utgör oseriösa anbud är komplicerat, men kan även strida mot de upphandlingsrättsliga principerna. Det är mer förenligt med upphandlingsprinciper att istället göra en tolkning av vad som skulle kunna utgöra en oseriös anbudsgivning.

Om en leverantör lämnar ett anbud i syfte att ge leverantören konkurrensfördelar genom överträdelse av lagar och avtal utgör det anbudet ett oseriöst anbud. Gemensamt för olika former av oseriösa anbud är att de är svåra att upptäcka, det är ett svårt bevisläge samt att de leder till konkurrensnedvridning. En bedömning måste göras från fall till fall, eftersom att en leverantör kan ha en godtagbar förklaring till varför anbudet är utformat som det är. Enbart för att ett anbud förmodas vara oseriöst innebär inte per automatik att det är det. Förkastandet av ett anbud som inte skulle ha förkastat strider mot upphandlingsreglerna. Av den anledning är det kontradiktoriska förfarandet viktigt, varigenom leverantör erbjuds en rätt att förklara sitt anbud.

Oseriösa anbud påverkar konkurrensen vid offentlig upphandling negativt. Varje gång det i media uppmärksammas om oegentligheter vid offentlig upphandling skadas förtroendet för den offentliga sektorn. Eftersom offentlig upphandling utgör ett riskområde för oseriösa anbud och oseriösa leverantörer är det av vikt att motarbeta dessa anbud för att eftersträva en sund konkurrens. Sund konkurrens leder till lägre priser och högre kvalitet vilket är något som bör strävas efter att uppnå vid en offentlig upphandling. Marknader med seriösa leverantörer är mer attraktiv för andra seriösa leverantörer, medan en oseriös marknad avskräcker seriösa leverantörer, vilket i längden blir skadligt för de upphandlande myndigheterna.

Sedan HFD meddelade domarna i flyttjänsteupphandlingen och vägunderhållsupphandlingen får placeringen av bevisbördan för seriositet anses vara utredd. I domarna var det leverantörerna som skulle visa att anbudet var seriöst. Bevisfrågan är svår, för höga krav på upphandlande myndighet kan bidra till att de avstår från att påkalla oseriösa anbud, vilket kan leda till sämre upphandlingar. Om det ställs för höga krav på leverantörerna kan det leda till att de avstår från att delta i offentliga upphandlingar, vilket leder till sämre konkurrens och i sin tur till sämre upphandlingar.

Bevisbördan ska vara förenlig med proportionalitetsprincipen, att lägga bevisbördan på en part kan anses vara betungande. Därför kan slutsatsen dras att en delad bevisbörda mellan upphandlande myndighet och leverantör vore det mest förenliga med upphandlingsprinciperna. Innebörden blir att upphandlande myndighet ska visa att grund finns för att ifrågasätta seriositet, medan leverantör bär bevisbördan för att ett anbud ska anses som seriöst. Genom den delade bevisbördan skyddas leverantörerna från den upphandlande myndighetens godtycklighet samt att leverantören, som har bäst insyn och kunskap, har att visa att deras anbud är seriöst. Att leverantör ska visa att anbudet är seriöst får även anses vara i överensstämmelse med det nya upphandlingsdirektivets bestämmelse om anbudens seriositet, där det framgår att ”när det ingivna beviset inte på ett tillfredställande sätt förklarar”⁴⁷¹ som således tyder på att det är som leverantör ska lämna bevis som förklarar.

För att öka förhindrandet av att oseriösa anbud antas borde upphandlande myndigheters kontroller utökas. Det kan förvisso leda till ökade kostnader av kontrollerna, men bör i slutändan leda till bättre upphandlingar. Många av bestämmelserna i LOU som skulle kunna förhindra oseriösa anbud, är i dagsläget fakultativa. Samtidigt föreligger det inget krav på att upphandlande myndigheter ska ta reda på de omständigheter som obligatoriskt innebär uteslutning, utan endast utesluta om det kommer till deras vetskap. I syfte att motarbeta oseriösa anbud borde bestämmelserna i 10 och 11 kap. LOU skärpas, vilket antagligen skulle leda till att

⁴⁷¹ Artikel 67, direktiv 2014/24/EU.

färre oseriösa anbud antogs. Högre krav på de upphandlande myndigheterna skulle även kunna lätta på bevisbördan för leverantörer.

Det nya upphandlingsdirektivet gör det möjligt för medlemsstaterna att göra de fakultativa grunderna vid uteslutning av leverantörer obligatoriska, vilket skulle vara bra för att kunna upptäcka oseriösa leverantörer i ett tidigt skede. Vidare skulle striktare åtgärder för de leverantörer som använder sig av oseriösa anbud förhindra att de leverantörerna deltar vid offentliga upphandlingar. Eftersom att okunskap, både från upphandlande myndighet och från leverantörer, möjligen kan bidra till förekomsten av oseriösa anbud bör reglerna kontinuerligt utvecklas i syfte att förenklas och moderniseras, samt att ett mål om att förbättra kunskapen hos båda parter bör sättas upp inom den offentliga sektorn.

Det nya upphandlingsdirektivet möjliggör för upphandlande myndigheter att prioritera miljö, kvalitet och sociala aspekter samt att använda tilldelningsgrunden *förhållandet mellan pris och kvalitet* när det utser det vinnande anbudet vid en offentlig upphandling. Det får anses omöjligt att uppnå en perfekt marknad utan oseriösa aktörer, men ändå någonting som är av vikt att sträva efter för att uppfylla EU:s mål om en inre marknad utan handelshinder mellan medlemsstaterna, i syfte att öka det ekonomiska väståndet.

Offentlig upphandling utgör en stor del av samhällsekonomin och ska enligt *Europa 2020*-strategin användas som ett instrument för att uppnå smart och hållbar tillväxt samt säkerställa ett effektivt användande av offentliga medel. Det är av vikt att värna om offentlig upphandling och säkerställa att marknaden innefattar sund konkurrens. Den nya tilldelningsgrunden kommer förhoppningsvis leda till en minskad prisjakt och bättre upphandlingar och på det viset även ökar förhindrandet av förekomsten av oseriösa anbud.

7 Källförteckning

EU-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

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

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

Rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

Offentligt tryck

COM-Dokument

COM/1985/0310 FINAL	Completing the internal market: White paper from the Commission to the European council 1985.
COM/2010/2020 FINAL	Europa 2020 En strategi för smart och hållbartillväxt för alla.

COM/2011/896/FINAL

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH
RÅDETS DIREKTIV om offentlig
upphandling.

Propositioner

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

Regeringens proposition 1992/93:88 - Om offentlig upphandling.

Statens offentliga utredningar

SOU 2014:51, *Nya regler om upphandling*.

SOU 2013:12, *Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling*.

SOU 2011:73, *På jakt efter den goda affären - analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*.

SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*.

Departementsserien

Ds 2014:25, *Nya regler om upphandling*.

Rättsfall

EU-domstolen

De förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005.

De förenade målen C-147/06, *SECAP*, och C-148/06, *Santorso*, dom av den 15 maj 2008.

De förenade målen C-285/99, *Lombardini*, och C-286/99, *Mantovani*, dom av den 27 november 2001.

Mål C-243/89, *Stora Bältbron*, dom av den 22 juni 1993.

Mål C-31/87, *Beentjes*, dom av den 20 september 1988.

Mål C-92/00, *Hospital Ingenieure*, dom av den 18 juni 2002.

Mål C-448/01, *EVN AG Wienstrom*, dom av den 4 december 2003.

Mål C-368/10, *Max Havelaar*, dom av den 10 maj 2012.

Mål C-210/03, *Swedish Match*, dom av den 14 december 2004.

Mål C-120/78, *Cassis de Dijon*, dom av den 20 februari 1979.

Mål C-380/98, *University of Cambridge*, dom av den 3 oktober 2000.

Mål C-94/12, *Swm Costruzioni*, dom av den 10 oktober 2013.

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

Mål C-176/98, *Holst Italia Spa*, dom av den 2 december 1999.

Mål C-87/94, *Vallonska Bussarna*, dom av den 22 april 1994.

Mål C-19/00, *SIAC Construction*, dom av den 18 oktober 2001.

Mål C-328/96, *Kommissionen mot Österrike*, dom av den 28 oktober 1999.

Mål C-244/02, *Kauppatalo Hansel*, dom av den 16 oktober 2003.

Mål C-14/83, *von Colson*, dom av den 10 april 1984.

Mål C-91/08, *Wall AG*, dom av den 13 april 2010.

Mål C-76/81, *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982.

Mål C-103/88, *Fratelli Costanzo*, dom av den 22 juni 1989.

Mål C-209/07, *Competition Authority*, dom av den 20 november 2008.

Mål C-26/62, *Van Gend en Loos*, dom av den 5 februari 1963.

Mål C-76/97, *Tögel*, dom av den 24 september 1998.

Mål C-234/14, *Ostas celtnieks*, dom av den 14 januari 2016.

Mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko*, dom av den 29 mars 2012.

Mål C-259/07, *Kommissionen mot Sverige*, dom av den 31 januari 2008.

Svenska domstolar

Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6159-14 och mål nr 6160-14, dom 2016-01-28, Eskilstuna kommun mot Rexab Flytt & Tungtransport AB och Västerås Flyttningsbyrå AB.

Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 6579-14 och mål nr 6578-14, dom 2016-01-28, NCC Roads AB mot Trafikverket.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1165-14 och mål nr 1166-14, dom 2014-10-29, Eskilstuna kommun mot Rexab Flytt & Tungtransport AB och Västerås Flyttningsbyrå AB.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2092-14 och mål nr 2091-14, dom 2014-11-26, NCC Roads AB mot Trafikverket.

Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 1388-14 och mål nr 1387-14, dom 2014-07-08, NCC Roads AB mot Trafikverket.

Förvaltningsrätten i Linköping, mål nr 1204-14 och mål nr 1205-14, dom 2014-04-11, Eskilstuna kommun mot Rexab Flytt & Tungtransport AB och Västerås Flyttningsbyrå AB.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13, dom 2013-10-18, Göteborgs Stads Upphandlings AB mot Byggram Entreprenad AB, Erlandsson Bygg i Väst AB, Rune Adielsson Byggnads AB och Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 704-15, dom 2015-07-06, Consid AB och Consid S5 AB mot Domstolsverket.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 981-11, dom 2011-06-10, Ljungby Budservice mot Ljungby kommun.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 567-14, dom 2014-04-07, Söderberg & Partners Insurance Consulting AB mot Landstinget Dalarna, Landstinget Sörmland, Landstinget i Värmland, Landstinget Västmanland och Örebro läns landsting.

Marknadsdomstolen, mål nr 2000:6, dom 2000-11-07, Västerbottens Taxi AB och Delägare och anslutna transportörer i Västerbottens Taxi AB mot Konkurrensverket.

Tingsrätten i Stockholm, mål nr T 12305-13, dom 2015-12-18, Konkurrensverket mot Aleris, Capio och Hjärtkärlgruppen.

Litteratur

Böcker

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Bovis, Christopher, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006.

Bovis, Christopher, *EU public procurement law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 3., [rev.] uppl., Jure, Stockholm, 2014.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3., [utök.] uppl., Jure, Stockholm, 2013.

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Piper, Catharina och Willquist, Henrik, *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, Version den 30 juni 2014 (andra upplagan). Publicerad i Zeteo i juli 2015. (www.zeteo.wolterskluwer.se) (hämtad 2016-02-14).

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: LOU och LUF*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010.

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012.

Rapporter och artiklar

Almega, *Svart eller vitt - Hur upptäcker jag ett oseriöst företag*, Almega 2008.

Arbetsmiljöverket, *Förstudie om det fortsatta arbetet med utländska företag och arbetstagare*, Arbetsmiljöverket 2012.

Brå, *Karteller och korruption - Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, Rapport 2010:9, Brottsförebyggande rådet 2010.

Ekobrottsmyndigheten, *Rapport om den ekonomiska brottsligheten*, Ekobrottsmyndigheten 2010.

Konkurrensverket, *Karteller och korruption - Otillåten påverkan mot offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2009:9, Konkurrensverket 2009.

Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling - Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, Konkurrensverket 2013.

Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling - Statistik om upphandlingar som genomförts under 2011*, Konkurrensverkets rapportserie 2012:6, Konkurrensverket 2012.

Konkurrensverket, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1 av Karl Lundvall och Kristian Pedersen för Konkurrensverket, Konkurrensverket 2011.

LO-distriktet i Stockholms län, *Upphandlingsindex Stockholms län 2013 - En granskning av Stockholmskommunernas rutiner för inköp och upphandling*, LO, Stockholm, 2013.

LO, *Vinnare och förlorare - Om konkurrens med arbetskraftskostnader inom EU*, Rapport av Claes-Mikael Jonsson för LO, 2013.

Transparency international Sverige, *Korruption i kommuner och landsting*, Rapport 2012:2, Transparency international Sverige 2012.

Yttranden

NOU:s dnr 2005/0088-29

Yttrande i Kammarrättens i Stockholm mål nr 1903-05. Yttrandet rör främst proportionalitetsprincipens tillämpning vid offentlig upphandling.

NOU:s dnr 70/97-26

Beslut vid nämndsammanträde 27 augusti 1997.

Lagrådets remissvar

Nytt regelverk om upphandling, 2016-02-15.

Övriga källor

www.karnov.se (hämtad 2016-03-11).

http://www.dagenssamhalle.se/debatt/sluta-gynna-oserioesa-foeretagare-vid-upphandlingar-5490?quicktabs_2=1 (hämtad 2015-11-16).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/?uri=URISERV:xy0027> (hämtad 2015-11-26).

<http://howtocrackanut.blogspot.se/2014/01/principle-of-competition-finally.html> (hämtad 2015-12-14).

<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20140110IPR32386/New-EU-procurement-rules-to-ensure-better-quality-and-value-for-money> (hämtad 2016-01-25).

<http://upphandling24.se/eu-stoppt-for-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-01-25).

<http://upphandling24.se/ska-det-vara-tillatet-att-ljuga-sig-till-kontrakt/> (hämtad 2016-02-13).

<http://skl.se/ekonomijuridikstatistik/juridik/upphandlingkonkurrens/upphandlingochkonkurrens/nyatroskelvardenforoffentligupphandling.2947.html> (<http://korta.nu/UGd>) (hämtad 2015-12-14).

<http://www.konkurrensverket.se/nyheter/stoppa-svartarbete-och-korruption-vid-offentlig-upphandling/> (hämtad 2016-01-29).

<http://www.dn.se/debatt/inget-tyder-pa-att-sverige-blivit-ett-mer-korrupt-land/> (hämtad 2016-02-13).

<http://upphandling24.se/ardalan-shekarabi-nya-lou-kommer-forst-2017/> (hämtad 2016-03-04).

<http://upphandling24.se/lagradet-kritisk-mot-nya-lou/> (hämtad 2016-03-04).

<http://upphandling24.se/oerhort-osakert-rattslage/> (hämtad 2016-03-04).

<http://upphandling24.se/direkt-effekt-kommer-innebara-ett-provande-ar/> (hämtad 2016-03-04).

<http://upphandling24.se/finansdepartementet-bekraftar-risken-for-eu-boter/> (hämtad 2016-03-04).

<http://upphandling24.se/gar-det-begransa-tillatna-bevismedel-for-att-aberopa-annans-kapacitet/> (hämtad 2016-03-09).

<http://upphandling24.se/hfd-reder-ut-begreppen-kring-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-03-09).

<http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/hogsta-forvaltningsdomstolen-provar-onormalt-laga-anbud/> (hämtad 2016-03-11).

<http://www.offentligaaffarer.se/2016/03/03/overdriven-oro-over-direkt-effekt/> (hämtad 2016-03-19).