

Konkurrensrätt eller den nya upphandlingsrättsliga

EU-advokaten **Robert Moldén** lade i september 2021 fram sin doktorsavhandling i konkurrens- och upphandlingsrätt, "Competition Law or the New Competition Principle of Public Procurement Law – Which is the more suitable legal instrument for making public procurement more pro-competitive", vid Handelshögskolan i Stockholm. Här sammanfattar han avhandlingen med fokus på hur den nya allmänna konkurrensprincipen kan utnyttjas som rättslig grund för advokater som företräder leverantörer respektive upphandlande myndigheter i överprövningsprocesser.

1. Inledning

"En guidad rundtur genom Bryssel och EU:s konkurrensrätt" – så löd titeln på min första artikel för tidskriften Advokaten som publicerades i nr 6/1999. Då skrev jag som nybliven konkurrensrättsjurist på den belgiska advokatfirman Van Bael & Bellis efter att nyligen ha avslutat min konkurrensrättsutbildning vid College of Europe i Brygge och vid EU-kommissionens generaldirektorat för konkurrens i Bryssel.

Nästan 23 år senare är det nu dags för min andra artikel i Advokaten. Idén till denna artikel kläcktes i samband med ett seminarium som anordnades av Upphandlingsrättsliga föreningen¹ den 9 december 2021. Vid seminariet kommenterade advokat Eva-Maj Mühlenbock och doktoranden Dagne Sabockis min doktorsavhandling i konkurrens- och upphandlingsrätt som jag lade fram vid Handelshögskolan i Stockholm i höstas. Tanken med denna artikel är att följa upplägget vid seminariet och lyfta fram några

PRESENTATION

Robert Moldén är EU-advokat vid Front Advokater i Göteborg och har nyligen lagt fram sin doktorsavhandling i konkurrens- och upphandlingsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm. Han undervisar i konkurrens- och upphandlingsrätt vid Roms universitets internationella masterprogram i public procurement management (masterprocurement.eu) och har tidigare tjänstgjort som jurist på Konkurrensverket samt som adjungerad domare vid Kammarrätten i Göteborg.



av de viktigaste resultaten från min forskning med fokus på frågor som har stor praktisk betydelse för advokater och övriga jurister som jobbar med överprövning av offentlig upphandling i mål där grunden för talan är att upphandlingen utformats på ett konkurrenssnedvridande sätt.

För en mer övergripande presentation av upphandlingsregelverket

hänvisar jag till Kristoffer Sällfors välskrivna artikel "Upphandlingslagstiftningen är väl lämpad för sitt syfte" som publicerades i Advokaten nr 6/2021 under Praktisk juridik.²

För företag som verkar på en konkurrensutsatt marknad sätts företagets försäljningspriser av marknaden och det är svårt att höja priset utan att förlora kunder. Nyckeln till god lönsamhet är i många fall att få konkurrensfördelar genom att försöka hålla nere inköpskostnaderna. Ett exempel på inköpsfunktionens stora strategiska betydelse för konkurrensutsatta företag är det tyska bilföretaget Volkswagen, där en av företagets elva styrelseplatser är vikt åt just företagets inköpschef.³

För den som är inköpschef i ett stort företag som Volkswagen är det av stor strategisk betydelse att upprätthålla effektiv konkurrens bland företagets underleverantörer för att så på sikt kunna upprätthålla företagets egen konkurrenskraft. Ett exempel på verktyg för att upprätthålla effektiv konkurrens mellan

¹ uhrf.se.

² advokaten.se/Tidningsnummer/new-page/nr-6-2021-argang-87/upphandlingslagstiftningen--ar-val-lampad-for-sitt-syfte/.

³ volkswagenag.com/en/group/executive-bodies.html.

konkurrensprincipen

ett företags leverantörer är att tillämpa så kallad dual sourcing, det vill säga att säkerställa att företaget aldrig blir beroende av en enda leverantör.⁴

Ju bättre ett företag lyckas med att upprätthålla effektiv konkurrens bland sina underleverantörer, desto bättre inköpsvillkor kommer företaget att kunna få på sikt, vilket leder till ökad lönsamhet och konkurrenskraft. Det finns därför starka marknadskrafter som ger ett tyskt bilföretag ekonomiska incitament att behandla till exempel en svensk underleverantör lika väl som en tysk underleverantör. Om däremot till exempel den tyska polismyndigheten ska upphandla polisbilar finns det inga marknadskrafter som skulle ge tyska staten ekonomiska incitament för att inte favorisera tyskproducerade bilar och på så vis gynna inhemsk sysselsättning. En poäng med EU:s upphandlingsregelverk är att ersätta de ekonomiska incitamenten med juridiska incitament för att förmå en upphandlande myn-

dighet att agera som ett konkurrensutsatt företag, till exempel genom att behandla leverantörer lika, oberoende av om leverantören är ett inhemskt eller utländskt företag.

Sedan Nämnden för offentlig upphandling (NOU) införlivades i Konkurrensverket år 2007 ansvarar Konkurrensverket för tillsyn av både konkurrens- och upphandlingsreglerna. Konkurrensverkets uppgift är att arbeta för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna samt att verka för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.⁵

När Konkurrensverket verkar för effektiv konkurrens inom offentlig upphandling kan verket välja mellan att tillämpa konkurrensreglerna och upphandlingsreglerna. Den grundläggande forskningsfrågan för min doktorsavhandling har varit huruvida det är konkurrensrätten eller den nya upphandlingsrättsliga konkurrensprincipen som är det bästa verktyget för att göra offentlig upp-

handling mer konkurrensfrämjande.

Vad gäller konkurrensrätten fann jag att den är väl lämpad vad gäller att motverka konkurrensbegränsande samarbete mellan anbudsgivare i form av bland annat anbudskarteller och konkurrensbegränsande informationsutbyte. Om en viss konkurrensnedvridning däremot härrör från upphandlande myndigheters agerande fann jag däremot att konkurrensrätten inte utgör ett lämpligt verktyg, bland annat av följande anledningar.

Ett grundläggande problem är att upphandlande myndigheters agerande ofta är helt undantaget från EU:s och svensk konkurrensrätt. För att konkurrensrätten ska vara tillämplig på en viss verksamhet krävs det att verksamheten är av ekonomisk natur. Att sälja varor och tjänster på en marknad utgör alltid ekonomisk verksamhet. Att köpa varor och tjänster utgör däremot inte alltid ekonomisk verksamhet. EU-domstolen har i *FENIN-målet*⁶ från 2006 och *SELEX-målet*⁷ från 2009



ETT GRUNDLÄGGANDE PROBLEM ÄR ATT UPPHANDLANDE MYNDIGHETERS AGERANDE OFTA ÄR HELT UNDTAGET FRÅN EU:S OCH SVENSK KONKURRENSRÄTT.

4 Se Giancarlo Spagnolo, "Public Procurement as a Policy Tool", i rapporten *The Cost of Different Goals of Public Procurement* som publicerades av Konkurrensverket 2012, s. 29, fotnot 5.

5 Se Konkurrensverkets webbplats (konkurrensverket.se/om-oss/uppdrag/#anchor0).

6 EU-domstolens dom den 11 juli 2006 i mål C-205/03 P, *FENIN* mot kommissionen (curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?sessionid=F6CEE82B92E3D84F16DDD6672AB59A02?text=&docid=56460&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2039633), punkt 26.

7 EU-domstolens dom den 26 mars 2009 i mål C-113/07 P, *SELEX* mot kommissionen (curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73630&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2040501), punkt 102.





AV CENTRAL BETYDELSE FÖR UPPHANDLINGSRÄTTEN ÄR DE FEM ETABLERADE GRUNDLÄGGANDE UPPHANDLINGSPRINCIPERNA

slagit fast att bara sådana inköp som sedermera används för ekonomisk verksamhet utgör ekonomisk verksamhet. Detta innebär att konkurrensrätten överhuvudtaget inte är tillämplig om till exempel Försvarmakten eller domstolsväsendet genomför upphandlingar, medan konkurrensrätten är tillämplig om till exempel ett kommunalt bostadsbolag genomför en upphandling. En annan svårighet med att tillämpa konkurrensreglerna är att om en upphandlande myndighet utformar en upphandling på ett konkurrensnedvridande sätt utgör det i regel inte konkurrensbegränsande samarbete utan ensidigt agerande som bara kan strida mot konkurrensrätten om den upphandlande myndigheten skulle anses ha en dominerande ställning på en viss inköpsmarknad, vilket är väldigt svårt att påvisa i praktiken. Av utrymmesskäl kommer jag i denna artikel därför inte att utveckla de konkurrensrättsliga frågorna utan hänvisar i denna del i stället till min doktorsavhandling som kan laddas ner kostnadsfritt från Handelshögskolans bibliotek.⁸ Fokus för denna artikel ligger helt på den nya upphandlingsrättsliga konkurrensprincipen.

2. Den nya allmänna konkurrensprincipen – principiellt mycket intressant men av begränsad praktisk betydelse på grund av krav på konkurrensbegränsande syfte

Av central betydelse för upphandlingsrätten är de fem etablerade grundläggande upphandlingsprin-

ciperna: Likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, transparensprincipen, principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen. Dessa principer återfinns i 4 kap. 1 § i 2017 års lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)⁹ som har följande lydelse: ”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.”

Från och med januari 2017 innehåller LOU även vad som jag anser är en ny allmän konkurrensprincip som implementerar vad som följer av artikel 18.1 andra stycket i 2014 års upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.¹⁰ Den nya allmänna konkurrensprincipen återfinns i 4 kap. 2 § LOU som har följande lydelse: ”En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otilbörligt sätt.”

I den ledande LOU-kommentaren skriver Helena Rosén Andersson och Eva-Maj Mühlenbock m.fl. att ”den gängse uppfattningen har varit att regelverket om offentlig upphandling syftar till att motverka hinder mot fri rörlighet och att det ska främja sund konkurrens. Enligt denna uppfattning tar myndigheternas skyldighet sikte på att undvika åtgärder som snedvrider konkur-

rens, inte på att aktivt vidta åtgärder som skapar konkurrens”.¹¹

Vad gäller konkurrensprincipens innebörd hänvisar Helena Rosén Andersson och Eva-Maj Mühlenbock m.fl. till min tidigare forskning på området: ”I doktrinen har dock framförts uppfattningen att det finns en konkurrensprincip – som går utöver de allmänna principerna ... – och att denna princip ålägger myndigheterna en skyldighet att aktivt säkerställa att upphandlingen är konkurrensskapande, se Moldén, Public Procurement and competition law from a Swedish perspective – some proposals for better interaction, Europarättslig Tidskrift, Nr 4/2012 s 598 ff.”

Helena Rosén Andersson och Eva-Maj Mühlenbock m.fl. anför även följande: ”En underlåtelse att uppfylla denna skyldighet att skapa konkurrens skulle därmed innebära en överträdelse av upphandlingsreglerna på motsvarande sätt som en överträdelse av transparensprincipen eller likabehandlingsprincipen.” Författarna anför att Kammarrätten i Stockholm i sin dom i *Familjebostäder-målet*¹² från 2011 gav uttryck för konkurrensprincipen genom att konstatera följande: ”LOU ska tolkas och tillämpas i enlighet med upphandlingsdirektivets syfte och lydelse samt EU-domstolens praxis. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas upp för icke snedvriden konkurrens. LOU och EU-direktiven om offentlig upphandling

8 hhs.se/contentassets/6eccbc8946884fd196536e27a4f9f0cf/sse-phd-diss_2021_robort_molden.pdf.

9 rkrattsbaser.gov.se/sfst?bet=2016:1145.

10 eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024.

11 Helena Rosén Andersson och Eva-Maj Mühlenbock m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar (Norstedts Gula Bibliotek, tredje upplagan 2020), s. 282.

12 Kammarrätten i Stockholms dom den 2 februari 2011 i mål nr 6528-10, Familjebostäder mot Berendsen Textil Service, s. 4.

syftar till att upphandlingen ska ske med tillvaratagande av de konkurrensmöjligheter som finns på bästa sätt. Bestämmelserna syftar både till att tillvarata konkurrensen i den enskilda upphandlingen och till att utveckla en effektiv konkurrens.”

Den kanske viktigaste domen för att förstå konkurrensens betydelse för upphandlingsregelverket är nog EU-domstolens dom i *Stora Bältbron-målet*¹³ från 1993. Målet rörde en offentlig upphandling relaterad till bygget av bron över Stora Bält i Danmark. En av de grunder som åberopades av klaganden vid överprövningen var att den upphandlande myndigheten hade valt att förhandla med en leverantör som inte uppfyllde vissa ska-krav i upphandlingen som hade en påverkan på anbudsgivarnas prissättning och därmed bröt mot likabehandlingsprincipen. Detta är en rättslig grund som idag är väldigt vanlig vid överprövning av offentlig upphandling. Problemet för klaganden var dock att det inte fanns någon likabehandlingsprincip inskriven i då gällande upphandlingsdirektiv.

EU-domstolen anförde att ”även om direktivet inte uttryckligen nämner principen om likabehandling av anbudsgivarna, kvarstår likväl att skyldigheten att respektera denna princip är central i direktivet, som enligt det nionde beaktandet i ingressen bland annat *syftar till att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentliga upphandlingskontrakt* för bygg- och anläggningsarbeten och som ... anger kriterier för urval och tilldelning i avsikt

att garantera en sådan konkurrens” (min markering).

Jag anser att EU-domstolens dom i *Stora Bältbron-målet* är mycket betydelsefull för att förstå interaktionen mellan principen om likabehandling och konkurrens. Domen visar att ur ett historiskt perspektiv var det kravet på konkurrens som kom först inom EU:s upphandlingsrätt och först därefter kravet på likabehandling. Detta talar för att likabehandling av anbudsgivare inte är det övergripande målet för EU:s upphandlingsrätt. Det övergripande målet är att främja konkurrens inom den gemensamma marknaden och det är för att främja effektiv och sund konkurrens som alla anbudsgivare måste behandlas lika.

Det är vidare viktigt att notera att likabehandlingsprincipen härleddes från en bestämmelse om konkurrens i en av direktivets beaktandesatser och inte från någon av artiklarna. Detta belyser den stora betydelse som rättskälla beaktandesatserna har inom EU-rätten, vilket vi har anledning till att återkomma till i avsnitt 3 nedan rörande den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen. Det kan med fog hävdas att beaktandesatserna har en ännu starkare ställning inom EU-rätten än förarbetena har inom svensk rätt.

Ur ett svenskt perspektiv är det intressant att notera hur Högsta förvaltningsdomstolen på senare år allt mer har lyft fram konkurrensens betydelse för upphandlingsrätten. Högsta förvaltningsdomstolen har i *Lappset-målet*¹⁴ från 2019 slagit fast att syftet med upphand-

lingsregelverket är ”att främja konkurrensen och den fria rörligheten inom EU genom att säkerställa att upphandlande myndigheter agerar på ett öppet, marknadsmässigt och icke-diskriminerande sätt”. Högsta förvaltningsdomstolen har i *TheAndersson Bygg och Måleri-målet*¹⁵ även anförts att upphandlingsregelverkets syfte är att ”säkerställa sund konkurrens mellan leverantörer”. Förvaltningsrätten i Stockholm fann i sin dom i *Carballos-målet*¹⁶ från 2018 att det finns en ny konkurrensprincip i 2017 års LOU. Förvaltningsrätten konstaterade att det inte visats att den upphandlande myndigheten ”genom att anta anbud från bolag inom samma concern har agerat i strid med konkurrensprincipen” eftersom sökanden inte hade visat att ”upphandlingen har utformats i syfte att begränsa konkurrensen”. Förvaltningsrättens dom bekräftades av Kammarrätten i Stockholms och Högsta förvaltningsrättens beslut att inte lämna prövningstillstånd.¹⁷

För att en upphandling ska anses strida mot den allmänna konkurrensprincipen räcker det enligt ordalydelsen i 4 kap. 2 § LOU inte att upphandlingens utformning resulterar i en konkurrensnedvridning, utan det krävs att upphandlingen utformas i syfte att begränsa konkurrensen. Det råder viss oklarhet i vad detta krav på konkurrensbegränsande syfte egentligen innebär. I min avhandling drog jag därför slutsatsen att den nya allmänna konkurrensprincipen visserligen är väldigt principiellt intressant men är mycket svår att tillämpa i praktiken – så



JAG ANSER ATT EU-DOMSTOLENS DOM I STORA BÄLTBRON-MÅLET ÄR MYCKET BETYDELSEFULL FÖR ATT FÖRSTÅ INTERAKTIONEN MELLAN PRINCIPEN OM LIKABEHANDLING OCH KONKURRENS.

13 EU-domstolens dom den 22 juni 1993 i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989CJ0243&from=SV), punkt 33.

14 Högsta förvaltningsdomstolens dom den 6 december 2019 i HFD 2019 ref. 58, Lappset Sweden AB mot Falköpings kommun (domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstaforvaltningsdomstolen/2019/referat/hfd-2019-ref.-58.pdf).

15 Högsta förvaltningsdomstolens dom den 25 juni 2018 i HFD 2018 ref. 50, TheAndersson Bygg och Måleri mot Campus Roslagen AB m.fl. (domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstaforvaltningsdomstolen/avgoranden-2008-2018/2018/hfd-2018-ref.-50.pdf).

16 Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 3 juli 2018 i mål nr 23148-17, Carballos Klinik AB mot Stockholms läns landsting, s. 9 (information.konkurrensverket.se/beslut/1_20180704121548_23148-17.pdf). Artikel författaren var tillsammans med kollegan Johan Lidén ombud för sökanden.

17 Kammarrätten i Stockholms beslut den 24 juli 2018 i mål nr 5670-18, Carballos Klinik AB mot Stockholms läns landsting (information.konkurrensverket.se/beslut/1_20190124151605_5670-18.pdf) samt Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 19 augusti 2018 i mål nr 4206-18, Carballos Klinik AB mot Stockholms läns landsting (information.konkurrensverket.se/beslut/1_20190124151704_4206-18.pdf).



DÄREMOT FRAMGICK DET I FÖRARBETENA MYCKET TYDLIGT ATT DET VID TILLÄMPNING AV DEN RAMAVTALSRELATERADE KONKURRENSPRINCIPEN SAKNADE BETYDELSE HURUVIDA EN UPPHANDLANDE MYNDIGHET HAFT SOM SYFTE ATT SNEDVRIDA KONKURRENSEN [...]

länge inte EU-domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen har lämnat vägledning om hur konkurrensbegränsande syfte ska tolkas. Det är därför ur ett praktiskt perspektiv bättre att fokusera på den redan sedan tidigare etablerade ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen där EU-rätten inte ställer upp något krav på konkurrensnedvridande syfte utan det är tillräckligt med att påvisa konkurrensbegränsande resultat.

3. Den alltjämt gällande ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen – undagömd i lagstiftningen, men med stor praktisk betydelse då det är tillräckligt att påvisa konkurrensbegränsande resultat istället för konkurrensbegränsande syfte

Den rättsliga grunden för den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen skapades redan i 2004 års upphandlingsdirektiv 2004/18/EG.¹⁸ Artikel 32.2 reglerade följande avseende konkurrensaspekter på ramavtal: ”Ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet. En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.” Första meningen behandlar specifikt frågan om för långa ramavtal, medan den andra meningen ger uttryck för den övergripande ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen som berör bland annat för stora ramavtal.

Den första meningen – relaterad till för långa ramavtal – implementerades genom 5 kap. 3 § i 2008 års LOU¹⁹ som hade följande lydelse:

”Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.” Anledningen till att bestämmelsen om att ramavtal inte får användas på ett konkurrensbegränsande sätt inte fördes in i 2008 års LOU var att Lagrådet ansåg att denna skyldighet redan följde av de etablerade fem upphandlingsrättsliga principerna.

Däremot framgick det i förarbetena mycket tydligt att det vid tillämpning av den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen saknade betydelse huruvida en upphandlande myndighet haft som syfte att snedvrida konkurrensen, enligt följande uttalande: ”Av artikel 32.2 [i 2004 års direktiv] framgår att en upphandlande myndighet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Härmed avses inte den upphandlande myndighetens syfte med att använda ramavtal utan den effekt som kan konstateras. Den upphandlande myndigheten måste således överväga hur ramavtalet skall utformas för att uppnå konkurrens. Det kan av det skälet exempelvis vara olämpligt att teckna centrala ramavtal med få leverantörer för samtliga myndigheters räkning, vilket kan medföra att monopolliknande situationer uppstår.”²⁰

Konkurrensverket gjorde i sitt yttrande av den 30 maj 2012 i *SKI-målet* rörande en upphandling av skrivare och kopieringsmaskiner²¹ följande bedömning:

”Generalklausulen i artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG om att ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids, får enligt Konkurrensverkets mening

utgöra en motvikt till de risker för negativa effekter på konkurrensen som upphandlingar av ramavtal i vissa fall typiskt sett kan innebära. Förekomsten av generalklausulen får anses inskräpa vikten av att de grundläggande principerna iakttas vid ramavtalsupphandlingar.

Konkurrensverket delar emellertid inte Lagrådets och regeringens bedömning att generalklausulen i artikel 32.2 femte stycket endast reglerar vad som redan följer av de grundläggande principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § [i 2008 års] LOU.

Enligt Konkurrensverkets mening torde generalklausulen i 32.2 femte stycket istället få tolkas så att det – utöver vad som redan följer av de grundläggande principerna för offentlig upphandling – också ställs andra och mer långtgående krav på den upphandlande myndighetens agerande vid upphandlingar av ramavtal [min markering]. Att unionslagstiftaren föreskrivit en sådan ordning kan anses förenligt med de inneboende risker för negativa effekter på konkurrensen som upphandlingar av ramavtal i vissa fall typiskt sett kan medföra.

... I sådana fall kan det bli aktuellt för domstolen att ge generalklausulen i artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG direkt effekt, eftersom den inte har genomförts i LOU och det saknas bestämmelser i lagen som kan tolkas i enlighet med generalklausulens ordalydelse och syfte.”

Stöd för Konkurrensverkets syn att den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen hade direkt effekt kan hämtas från Kammarrätten i Göteborg som i sin dom i *Tigérs-målet*²² från 2014 konstaterade att ”otillbörlig och konkurrensnedvridande an-

18 eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018.

19 riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20071091-om-offentlig-upphandling_sfs-2007-1091.

20 Prop. 2006/07:128, s. 172.

21 Dnr 285/2012, p. 33–36.

22 Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 mars 2014 i mål nr 4816-13, Arvika kommun mot Tigérs Plattsättning m.fl., s. 3.

vändning av ramavtal är förbjuden (art. 32.2 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG)."

I samband med att EU antog ett nytt upphandlingsdirektiv år 2014 flyttades bestämmelsen om den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen från att vara placerad i en artikel till att vara placerad i en beaktandesats. I 2004 års direktiv fanns bestämmelsen om att "en upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids" i artikel 32.2. I 2014 års direktiv hade bestämmelsen om att "ramavtal bör inte användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids" flyttats till beaktandesats 61. Med beaktande av den starka ställning som beaktandesatser har vid tolkning av innebörden i ett direktiv (se analysen av EU-domstolens dom i Stora Bältbron-målet i avsnitt 2 ovan) fann jag i min avhandling att den ändrade placeringen från artikel till beaktandesats inte innebär någon ändring i sak vad gäller den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen.

Helena Rosén Andersson och Eva-Maj Mühlenbock m.fl. kommer till samma slutsats med följande motivering: "De grundläggande principerna för genomförande av en upphandling, vilka anges i 4 kap. 1-3 §§, gäller även vid upphandling av ramavtal. I artikel 32.2 femte stycket i 2004 års direktiv, fanns en särskild generalklausul där det fastslogs att en upphandlande myndighet inte fick använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindrades, begränsades eller snedvreds. Någon motsvarande ge-

neralklausul för just ramavtal finns inte i direktivet. Däremot finns en konkurrensprincip reglerad bland de övriga grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i artikel 18 i direktivet och som har genomförts i LOU genom bestämmelsen i 4 kap. 2 §. Konkurrensprincipen innebär att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Innebörden av konkurrensprincipen redovisas i kommentaren till 4 kap. 2 §. Vidare finns konkurrensprincipen inskriven i direktivets beaktandesatser 60 och 61. ... Eftersom det dessutom anges i direktivets beaktandesats 60 att ramavtalen i stort sett ska behållas oförändrade, är det alltså viktigt att den upphandlande myndigheten utformar ramavtalet med beaktande av de grundläggande principerna för upphandlingar. Detta gäller såväl den upphandlande myndighetens syfte med att använda ramavtal som den faktiska effekten av ett sådant ramavtal. Omfattande centrala ramavtal riskerar att verka konkurrensbegränsande, eftersom endast ett fåtal leverantörer kan antas ha kapacitet att leverera den avtalade volymen, se Moldén, Public Procurement and Competition Law from a Swedish Perspective – Some Proposals for Better Interaction, *Europarättslig Tidskrift* Nr 4/2012, s. 557 ff.²³

En av de viktigaste slutsatserna i min avhandling är därför att ordalydelsen i nuvarande bestämmelse i 4 kap. 2 § LOU är missvisande eftersom den ger intrycket att det finns ett krav på att påvisa konkurrensbegränsande syfte för att ingripa med stöd av konkurrensprincipen vid alla typer av upphandlingar, det vill säga även vid upphandling av

ramavtal, trots att det tydligt följer av EU-rätten och svenska förarbeten att det inte finns något krav på att påvisa konkurrensbegränsande syfte för att tillämpa den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen. I stället räcker det att konstatera att en ramavtalsupphandling har utformats på ett konkurrensbegränsande sätt som rättslig grund för att en förvaltningsrätt ska kunna förordna om att en upphandling av ramavtal ska göras om. Ett av de viktigaste förslagen i min doktorsavhandling är därför att det införs en ny 2 a § i LOU:s sjunde kapitel om ramavtal med följande lydelse: "En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids."

4. Högsta förvaltningsdomstolen bör gå från en formalistisk till en konkurrensfrämjande och effektbaserad analysmetod – en förutsättning för att kunna tillämpa den EU-rättsliga konkurrensprincipen i praktiken

Under 2001 genomförde Migrationsverket en upphandling av IT-tjänster. Företaget Sonera Juxto AB begärde överprövning av tilldelningsbeslutet. Både Länsrätten i Östergötlands län och Kammarrätten i Jönköping bedömde att upphandlingen hade genomförts i strid med LOU. I sin dom i *Migrationsverks-målet*²⁴ från 2002 instämde Regeringsrätten i underinstansernas bedömning att upphandlingsdokumenten samt utvärderingsmodellen hade vissa brister och inte var optimalt utformade. Tvärtemot underinstanserna fann Regeringsrätten att bristerna inte var tillräckligt allvarliga för att kunna anses strida mot LOU och anförde följande mo-



I SAMBAND MED ATT EU ANTOG ETT NYTT UPPHANDLINGS-DIREKTIV ÅR 2014 FLYTTADES BESTÄMMELEN OM DEN RAMAVTALSRELATERADE KONKURRENSPRINCIPEN FRÅN ATT VARA PLACERAD I EN ARTIKEL TILL ATT VARA PLACERAD I EN BEAKTANDESATS.

23 Helena Rosén Andersson och Eva-Maj Mühlenbock m.fl. *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar* (Norstedts Gula Bibliotek, tredje upplagan 2020), s. 418–419.

24 Regeringsrättens dom den 13 juni 2002 i RÅ 2002 ref. 50, Sonera Juxto AB mot Migrationsverket (lagen.nu/dom/ra/2002:50).



EN AV DE VIKTIGASTE SLUTSATSERNA I MIN DOKTORSAVHANDLING ÄR ATT HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS BEDÖMNING I FRÖLUNDA EL FAKTISKT STRIDER MOT EU-RÄTTEN.

tivering: ”De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.”

Den 15 februari 2013 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen sin dom i *Frölunda El-målet*²⁵ och anförde följande om överprövningsprocessen: ”Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU.”

I sin dom den 16 april 2019 i *OneMed-målet*²⁶ sammanfattade Kammarrätten i Göteborg de två nyss nämnda prejudikaten på följande sätt: ”Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet [i Migrationsverks-målet] uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet [i Frölunda El-målet] uttalat att överprövningen inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande myndigheten har handlat formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i lagen om offentlig upphandling.”

Som jag har fört fram ovan innebär den nya allmänna konkurrensprincipen att en förvaltnings-

domstol kan förordna om att en upphandling ska göras om i de fall den upphandlande myndigheten har utformat upphandlingen med ett konkurrensbegränsande syfte. Är det fråga om ett ramavtal räcker det däremot för förvaltningsrätten att konstatera att upphandlingen har utformats på ett sätt som får ett konkurrensbegränsande eller konkurrensnedvridande resultat. Hur går denna uppgift – att bedöma huruvida upphandlingen har ett konkurrensbegränsande resultat – att förena med Högsta förvaltningsdomstolens uttalande i Frölunda El, enligt vilken överprövningen inte får ta sikte på upphandlingens materiella resultat? En av de viktigaste slutsatserna i min doktorsavhandling är att Högsta förvaltningsdomstolens bedömning i Frölunda El faktiskt strider mot EU-rätten. För att kunna bedöma huruvida en upphandling strider mot den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen krävs det ju att förvaltningsrätten gör en bedömning av just det materiella resultatet av ramavtalsupphandlingen. Jag anser därför att det är viktigt att Högsta förvaltningsdomstolen, så fort den får tillfälle, meddelar ett nytt prejudikat för att förtydliga att den formalistiska metod som Högsta förvaltningsdomstolen tidigare har förordat i Migrationsverks-målet och Frölunda El-målet inte längre utgör uttryck för gällande rätt.

5. Den nya allmänna respektive ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen som verktyg för advokater som företräder leverantörer vid överprövning av offentlig upphandling

Ett mycket intressant exempel för

hur konkurrensprincipen framgångsrikt kan åberopas av advokater och andra jurister vid överprövning av upphandling är Regeringsrättens dom i *Älvsborgs-målet*²⁷ från 1997. Länsarbetsnämnden i Älvsborgs län hade genomfört en upphandling av vissa utbildningstjänster. Upphandlingsdokumenten innehöll ett krav på alla anbudsgivare att avslöja anbudsgivarnas egna kostnader för att tillhandahålla tjänsterna i fråga. Regeringsrätten gjorde följande bedömning: ”Vad gäller nu ifrågavarande krav på kostnadsspecifikation har såväl NOU som Konkurrensverket uttalat att kravet får anses vara konkurrensbegränsande. Regeringsrätten delar denna uppfattning och finner mot den bakgrunden att det inte är förenligt med bestämmelserna i 1 kap. 4 § [1993 års] LOU att i förfrågningsunderlaget begära en kostnadsspecifikation av det aktuella slaget av leverantörerna. Regeringsrätten godtar underinstansernas bedömning att detta är ett förhållande som bör medföra att upphandlingen ... görs om.”

Ett annat intressant exempel är följande. Kronobergs län genomförde en offentlig upphandling av tandvårdstjänster med en ursprunglig avtalstid om tre år, med en förlängningsoption som innebar att maximal avtalstid skulle bli sex år. Tandvårdstjänsterna skulle utföras i tio olika geografiska områden och endast anbud som omfattade samtliga områden skulle accepteras. Regeringsrätten gjorde i sin dom i *Barntandvårds-målet*²⁸ från 1999 följande bedömning: ”Ett av de viktigaste inslagen i EG:s reglering av upphandling är att upphandlingen skall ske på marknadens villkor och att det är marknaden som kan

25 Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i HFD 2013 ref. 5, Frölunda El & Tele AB mot Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstaforvaltningsdomstolen/avgoranden-2008-2018/2013/hfd-2013-ref.-5.pdf).

26 Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 april 2019 i mål nr 4707-18, OneMed Sverige AB mot Region Halland (information.konkurrensverket.se/beslut/1_20190502110136_4707-18.pdf), s. 4.

27 Regeringsrättens dom den 19 juni 1997 i RÅ 1997 ref. 40 (lagen.nu/dom/ra/1997:40).

28 Regeringsrättens dom den 12 januari 1999 i RÅ 1999 not 1.

ge de billigaste och bästa villkoren. Det får inte uppkomma en snedvriden konkurrens, vilket framgår av kravet på att upphandlingen skall genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. ... Regeringsrätten finner att i realiteten endast Kronobergstandvård AB haft möjlighet att inkomma med ett anbud i enlighet med förfrågan. Enligt Regeringsrättens mening har landstinget, genom att kräva ett anbud för hela den aktuella tandvården, brutit mot bestämmelsen i 1 kap. 4 § [i 1993 års] LOU om att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och genomföras affärsmässigt. Några bärande skäl för att inte acceptera anbud även på delar av den aktuella tandvården har inte anförts.”

Båda dessa prejudikat byggde på den äldre svenska konkurrensprincipen som var knuten till den dåvarande grundläggande LOU-principen om affärsmässighet och som reglerades av 1 kap. 4 § i 1993 års LOU²⁹ som hade följande lydelse: ”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.” Innebörden av den äldre svenska konkurrensprincipen i 1993 års LOU har beskrivits mycket väl av Michael Slavicek, NOU:s dåvarande chefsjurist, i Europarättslig tidskrift nr 1 2002 (s. 17–18) enligt följande: ”LOU betecknas ofta som

ett komplement till konkurrenslagstiftningen. Det är en sanning med modifikation. En konkurrenskraftig och väl fungerande marknad är givetvis en förutsättning för att få in bra anbud. Upphandlande enheter skall dock inte skapa en väl fungerande konkurrens, utan endast upp-söka den konkurrens som finns.”

Trots att den äldre svenska konkurrensprincipen upphävdes redan i samband med införandet av 2008 års LOU kan den fortfarande antas ha visst kvardröjande inflytande på hur även den nya EU-rättsliga konkurrensprincipen i vissa fall ges en för snäv innebörd vid svenska domstolar, som det följande exemplet illustrerar.

Kommunförbundet Skåne genomförde en offentlig upphandling av vårdhemstjänster. Björkviks Vårdhem AB anförde bland annat att upphandlingen stred mot LOU eftersom en mycket stor geografisk yta omfattades av ramavtalet. Detta skulle enligt Björkviks Vårdhem AB leda till en minskad konkurrens på lång sikt. Kammarrätten i Göteborg anförde i sin dom i *Björkviks Vårdhem-målet*³⁰ från 2009 följande: ”Vad slutligen gäller Björkviks invändning att upphandlingen till följd av sin storlek (geografiska omfattning) på sikt leder till konkurrensbegränsning gör kammarrätten följande bedömning. Enligt 1 kap. 9 § [i 2008 års] LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas. *Effektiv konkurrens på både kort och lång sikt får anses vara ett av syftena bakom upp-*

handlingsrätten. Att omfattningen av en upphandling kan medföra att företag som inte tilldelats kontrakt riskerar att slås ut, vilket i sin tur kan leda till minskad konkurrens i framtiden, är dock enligt kammarrättens mening inte en sådan omständighet som innebär att upphandlingen genomförts på ett sätt som strider mot nämnda principer.” (Min markering.)

Enligt den äldre svenska konkurrensprincipen behövde upphandlande myndigheter enbart passivt upp-söka den konkurrens som fanns på marknaden och förvaltningsrätten beaktade bara effekterna på den aktuella upphandlingen. Hur den aktuella upphandlingen skulle påverka konkurrensen på längre sikt inför kommande upphandlingar var ingenting som förvaltningsrätten fick ta i beaktande vid tillämpningen av den äldre svenska konkurrensprincipen som var kopplad till principen om affärsmässighet.

Den nya EU-rättsliga konkurrensprincipen har däremot en betydligt större räckvidd. Den inbegriper sådant som redan tidigare omfattades av den äldre svenska konkurrensprincipen. Dessutom ålägger principen den upphandlande myndigheten att aktivt ta ansvar för effektiv konkurrens, inte bara relaterad till aktuell upphandling utan även vad gäller effekten på konkurrensen vid framtida upphandlingar. Ett bra exempel är mycket stora ramavtalsupphandlingar som den i Björkviks Vårdhem-målet där de negativa effekterna av hur upphandlingen utformats i regel inte uppstår redan i samband med aktuell upphandling utan kan antas uppstå först längre fram vid nästkommande upphandlingar.



ENLIGT DEN ÄLDRE SVENSKA KONKURRENSPRINCIPEN BEHÖVDE UPPHANDLANDE MYNDIGHETER ENBART PASSIVT UPPSÖKA DEN KONKURRENS SOM FANNS PÅ MARKNADEN OCH FÖRVALTNINGSRÄTTEN BEAKTADE BARA EFFEKTERNA PÅ DEN AKTUELLA UPPHANDLINGEN.

29 riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19921528-om-offentlig-upphandling_sfs-1992-1528.

30 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6411-08, Björkviks Vårdhem AB mot Kommunförbundet Skåne, s. 13. Artikelförfattaren tjänstgjorde som en av de tre domare som dömde i målet.



I SIN DOM I SODEXO-MÅLET FRÅN 2016 SLOG HÖGSTA FÖRVALTNINGS-DOMSTOLEN FAST ATT DET I PRINCIP ALDRIG ÄR MÖJLIGT FÖR EN UPPHANDLANDE MYNDIGHET ATT BORTSE FRÅN ETT SKA-KRAV UTAN ATT BRYTA MOT LIKABEHANDLINGS-PRINCIPEN.

I detta sammanhang är det intressant att notera att Konkursverket har lyft fram just denna typsituation som ett exempel där den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen skulle kunna användas av advokater och andra jurister i ett överprövningsmål där frågan är huruvida upphandlingens utformning är konkurrensbegränsande. Konkursverket skrev i sitt yttrande av den 30 maj 2012 i SKI-målet rörande en upphandling av skrivare och kopieringsmaskiner³¹ följande i denna del: ”Exempelvis skulle mycket stora ramavtal som – utan sakligt godtagbara skäl – stänger ute andra leverantörer än de allra största, eller som allvarligt kan skada konkurrensen genom att den eller de leverantörer som inte antas i ramavtalet riskerar att helt försvinna från den aktuella marknaden, kunna bli föremål för ingripande av allmän förvaltningsdomstol med stöd av artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/18/EG, även om de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § [i 2008 års] LOU inte har överträtts i upphandlingen.”

6. Den nya allmänna konkurrensprincipen som verktyg för advokater som företräder upphandlande myndigheter vid överprövning av offentlig upphandling

Nacka kommun genomförde en offentlig upphandling rörande skolkökstjänster. Ett av ska-kraven innebar att anbudet skulle innehålla uppgifter om den totala mängden av en viss fettsort som ingick i menyn under en fyraveckorsperiod. Sodexos anbud innehöll inte uppgiften i fråga och Nacka kommun förkastade därför anbudet, varpå Sodexo begär-

de överprövning. Inför Högsta förvaltningsdomstolen argumenterade Sodexo att det enkelt var möjligt för den upphandlande myndigheten att med utgångspunkt i de uppgifter om andra fettsorter som Sodexo lämnat själv räkna fram uppgiften om den aktuella fettsort som saknades. Sodexo anförde även att det inte skulle få någon egentlig konkurrensfördel om företagets anbud skulle godkännas och att det därför skulle vara förenligt med likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen att acceptera anbudet. I sin dom i *Sodexo-målet*³² från 2016 slog Högsta förvaltningsdomstolen fast att det i princip aldrig är möjligt för en upphandlande myndighet att bortse från ett ska-krav utan att bryta mot likabehandlingsprincipen.

Jag anser att Högsta förvaltningsdomstolens dom i *Sodexo-målet* ligger i linje med den formalistiska syn som slagits fast i Migrationsverks- och Frölunda El-målen som jag redogjort för i avsnitt 4 ovan och som jag anser inte är förenlig med den EU-rättsliga konkurrensprincipen. Låt oss därför titta på två fall där jag anser att domstolarna har hanterat frågan om bristande ska-kravuppfyllelse på ett sätt som bättre stämmer överens med den nya konkurrensprincipens krav.

Norrbottnens läns landsting genomförde en upphandling rörande vissa laboratorietjänster. Ett av ska-kraven innebar att viss information skulle lämnas i ett separat dokument. Kontraktet tilldelades Abbot Scandinavia AB som inte hade lämnat informationen i fråga i ett separat dokument, varpå företaget Roche Diagnostics Scandinavia AB begärde överprövning. En av frå-

gorna som Kammarrätten i Sundsvall hade att ta ställning till var huruvida Norrbottens läns landstings vägran att förkasta anbudet utgjorde ett brott mot likabehandlingsprincipen. Kammarrätten fann i sin dom i *Roche-målet*³³ att ska-kravet trots sin ordalydelse inte utgjorde ett obligatoriskt krav, utan bara ett ordningskrav.

Helsingborgs och Landskronas kommuner genomförde en upphandling av möbler. Upphandlingsdokumenten innehöll ett ska-krav på att en viss typ av bord skulle ha en längd på ungefär 2,4 m. Kinnarps, som vann upphandlingen, hade i sitt anbud med ett bord som hade en längd på 2,0 m. Funkab AB begärde överprövning och argumenterade att det stred mot likabehandlingsprincipen att inte förkasta Kinnarps anbud. Kammarrätten i Göteborg konstaterade i sin dom i *Funkab-målet*³⁴ att det av Kinnarps offererade bordet var 17 procent kortare än den begärda ungefärliga längden på 2,4 m. Kammarrätten fann att det förelåg ett brott mot likabehandlingsprincipen och anförde att det skulle vara betydligt dyrare att tillverka ett bord med en längd på 2,4 m jämfört med 2,0 m. Om kammarrätten hade tillämpat en formalistisk metod vad gäller likabehandlingsprincipen skulle det inte haft någon betydelse om det hade varit betydligt dyrare att tillverka ett bord med en längd på 2,4 m istället för 2,0 m. Men kammarrätten valde att tillämpa en effektiviserad metod, där det är av stor betydelse huruvida det innebär en materiell konkurrensfördel att få offerera ett bord som är kortare än de bord som offereras av de konkurrerande anbudsgivarna.

I många överprövningar byg-

31 Dnr 285/2012, p. 33–36.

32 Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2016 ref. 37, Sodexo AB mot Nacka kommun (domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstaforvaltningsdomstolen/avgoranden-2008-2018/2016/hfd-2016-ref.-37.pdf).

33 Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 september 2016 i mål nr 1125-16, Norrbottens läns landsting mot Roche Diagnostics Scandinavia AB.

34 Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 april 2009 i mål nr 7822-7823-08, Funkab AB mot Helsingborgs stad och Landskrona kommun. Artikelförfattaren tjänstgjorde som en av de tre domare som dömde i målet.

ger en klagande sin talan på att den upphandlande myndigheten borde ha förkastat den vinnande anbudsgivarens anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyllt ett ska-krav, även om det egentligen handlar mer om ett ordningskrav där ska-kravet inte innebär någon egentlig konkurrensfördel eller nackdel för någon av anbudsgivarna. Jag anser att det i sådana fall finns goda skäl för advokater och andra jurister som företräder upphandlande myndigheter att åberopa den nya konkurrensprincipen. Om det övergripande syftet med upphandlingsregelverket är effektiv konkurrens så bör denna omständighet beaktas vid tolkningen av likabehandlingsprincipen. Att en upphandlande myndighet till exempel tvingas förkasta ett konkurrenskraftigt anbud bara för att en anbudsgivare av misstag utelämnat en viss uppgift som lätt kan härledas från andra uppgifter i anbudet som i Sodexo-målet är svårt att förena med konkurrensprincipens värnande av effektiv konkurrens vid offentlig upphandling.

7. Konkurrensverket bör få tillbaka sin befogenhet att ingripa mot konkurrensbegränsande upphandlingar som strider mot den nya konkurrensprincipen

Som tillsynsmyndighet över offentlig upphandling har Konkurrensverket långtgående befogenheter att ingripa mot otillåtna direktupphandlingar genom att hos förvaltningsrätten begära att upphandlingsskadeavgift ska dömas ut. Mot bakgrund av den ökade betydelsen av sund konkurrens i 2017 års LOU är det relevant att fråga sig vilken beslutanderätt som Konkurrensver-

ket har – om någon – att ingripa mot andra konkurrensnedvridande brott mot LOU än just otillåtna direktupphandlingar.

I detta avseende bör Högsta förvaltningsdomstolens dom i målet rörande Konkurrensverkets beslutanderätt³⁵ från 2018 uppmärksammas. Konkurrensverket genomförde en utredning om huruvida ett antal kommuner hade brutit mot upphandlingsreglerna när de hade köpt vissa avfallshanterings tjänster från ett bolag de ägde tillsammans. Konkurrensverket antog ett beslut enligt vilket köpen stred mot LOU eftersom de så kallade Teckal-kriterierna för in-houseköp inte var uppfyllda enligt Konkurrensverkets uppfattning. Högsta förvaltningsdomstolen fann med hänvisning till uttalanden i förarbetena³⁶ att Konkurrensverket saknade behörighet att meddela beslut med innebörden att ett visst agerande ska anses strida mot LOU. Högsta förvaltningsdomstolen upphävde därför Konkurrensverkets beslut.

Om det övergripande syftet med LOU är att främja effektiv och sund konkurrens har den samma övergripande syfte som konkurrenslagen. Vad gäller konkurrensrätten tillämpas den i mycket hög utsträckning genom så kallad public enforcement, det vill säga genom ingripanden från EU-kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter såsom Konkurrensverket, och i väldigt liten utsträckning genom så kallad private enforcement, som sker genom att företag går till domstol. Vad gäller tillämpningen av upphandlingsrätten är det tvärtom så att den helt domineras av private enforcement, det vill säga genom de flera tusen överprövningspro-

cesser som företag initierar varje år vid Sveriges förvaltningsrätter. Den public enforcement som utövas av EU-kommissionen är väldigt begränsad och nationella tillsynsmyndigheter såsom Konkurrensverket är huvudsakligen hänvisade till att beivra enbart otillåtna direktupphandlingar.

Mot denna bakgrund är det mycket intressant att notera att Konkurrensverket tidigare faktiskt haft befogenhet att ingripa mot upphandlingar som utformats på ett konkurrensbegränsande sätt. Rättslig grund var 3 § i 1994 års lag om ingripande mot otillbörligt beteende vid upphandling³⁷ som hade följande lydelse i detta avseende: ”Marknadsdomstolen får efter ansökan förbjuda en enhet att vid genomförande av upphandling i anbudskonkurrens tillämpa ett visst beteende avseende upphandling som vid en samlad bedömning är att anse som otillbörligt på grund av att ... beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.”

Lagen upphörde att gälla år 2008. En av de viktigaste slutsatserna i min doktorsavhandling är att lagstiftaren bör återinföra en liknande befogenhet för Konkurrensverket att ingripa mot upphandlingar som utformas på ett konkurrensbegränsande sätt. En lagteknisk möjlighet skulle kunna vara att ge Konkurrensverket behörighet att hos förvaltningsrätt begära överprövning av en upphandling i de fall Konkurrensverket anser att den upphandlande myndigheten har brutit mot den allmänna eller ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen.

Jur. dr Robert Moldén

EU-advokat



MOT DENNA BAKGRUND ÄR DET MYCKET INTRESSANT ATT NOTERA ATT KONKURRENSVERKET TIDIGARE FAKTISKT HAFT BEFOGENHET ATT INGRIPA MOT UPPHANDLINGAR SOM UTFORMATS PÅ ETT KONKURRENSBEGRENSANDE SÄTT.

35 Högsta förvaltningsdomstolens dom den 10 december 2018 i HFD 2018 ref. 71 (domstol.se/globalassets/filer/domstol/hogstaforvaltningsdomstolen/avgoranden-2008-2018/2018/hfd-2018-ref.-71.pdf).

36 Prop. 2009/10:180 s. 218.

37 Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende vid upphandling (LIU) (riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/_sfs-1994-615). Artikel författaren tjänstgjorde från 2006 till 2011 på Konkurrensverkets dåvarande konkurrensavdelning 3 som ansvarade för att tillämpa LIU till dess att lagen upphävdes år 2008.