

De upphandlingsrättsliga principerna – en genomgång av grundläggande förutsättningar för all offentlig upphandling.



Linus Nilsson / Jurist
Lni@nordialaw.com
0724-02 87 69

I 4 kap. 1 § Lag om offentlig upphandling ("LOU") anges att en upphandlande myndighet 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. Bestämmelsen, som har sitt ursprung i EU-rätten, anger de fem upphandlingsrättsliga principerna och utgör utgångspunkten för alla bestämmelser i LOU. De upphandlingsrättsliga principerna syftar särskilt till att säkerställa att samtliga leverantörer kan konkurrera på lika villkor för att därigenom upprätthålla den fria rörligheten av varor och tjänster på EU:s inre marknad.

Bestämmelsen är tillämplig i upphandlingens samtliga faser och innebär bl.a. att krav och villkor måste vara utformade på sådant sätt att de inte strider mot någon av principerna. Eftersom principerna ligger till grund för hela upphandlingsförfarandet samt även andra, mer detaljerade bestämmelser i LOU, är de av väsentlig betydelse. I sammanhanget kan även poängteras att de flesta domstolsavgöranden i någon form avser en prövning av principerna.

Icke-diskriminering

Principen innebär ett förbud mot både direkt och indirekt diskriminering på grund av nationalitet eller att en leverantör är etablerad i viss medlemsstat. En svensk upphandlande myndighet får inte ställa krav som i praktiken endast svenska leverantörer kan uppfylla. Som utgångspunkt får det inte heller ställas upp olika krav på svenska och utländska leverantörer, under förutsättning att detta inte är motiverat. Sannolikt är det dock tillåtet att ställa krav på olika metoder för att visa att ett krav är uppfyllt så länge det faktiska kravet är lika.

Likabehandling

Principen, som är en av de mest tillämpade, innebär att samtliga leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt och utan ovidkommande hänsyn. Ett annat sätt att uttrycka detta är att lika situationer ska behandlas lika och olika situationer ska behandlas olika. Principen om likabehandling

aktualiseras i ett flertal olika situationer och på ett varierande sätt, dels i fråga om själva förfarandet, dels i hantering av anbud och anbudsgivare. Följande kan dock vara bra att känna till;

- Myndigheten får, som utgångspunkt, inte efterge eller bortse från obligatoriska krav som angetts i upphandlingsdokumenten.
- Enligt praxis från Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") är möjligheten att acceptera brister i anbud eller anbudsansökningar begränsad. Om ett anbud inte uppfyller samtliga krav i upphandlingsdokumentet är myndigheten förhindrad att utvärdera och pröva anbudet.
- Samtliga leverantörer ska få del av all information om upphandlingen samtidigt och på samma sätt. Exempelvis ska frågor i upphandlingen samt svar från myndigheten finnas tillgänglig och lämnas till alla leverantörer samtidigt.
- En upphandlings genomförandetid måste vara skälig och väl avvägd utifrån upphandlingens art, komplexitet och omfattning för att även andra än befintliga leverantörer ska ges en reell möjlighet att tilldelas kontraktet. Vad som utgör skälig genomförandetid kan dock variera och HFD har prövat detta i två fall. I det ena fallet ansågs ca 4-5 månader vara förenligt med LOU medan 16-23 dagar bedömdes otillåtet.
- Hänsyn kan även behöva tas till leverantörers olika förutsättningar, exempelvis bör det inte vara tillåtet att ställa upp ett krav på lång erfarenhet mot både väletablerade leverantörer och nystartade företag. Ett nystartat företag ska inte gå miste om möjligheten att uppfylla krav genom anlitande av underleverantörer.
- Vid anbudsutvärderingen ska myndigheten ta hänsyn till samtliga tilldelningskriterier. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan i stället avser anbudsgivarens lämplighet att utföra uppdraget anses strida mot de grundläggande principerna.

Öppenhet och förutsebarhet

Principen, som även kallas transparensprincipen, är avgörande för att leverantörer ska behandlas på ett

likvärdigt sätt och kan därför sägas vara en följd av likabehandlingsprincipen. EU-domstolen har bl.a. uttalat att principen om likabehandling innebär en skyldighet att lämna insyn i upphandlingen. En grundläggande del i transparensprincipen är därför att upphandlingar annonseras och att uppgifter om upphandlingsförfarandet inte får hemlighållas (för uppgifter i anbud finns dock bestämmelser om sekretess).

EU-domstolen har uttalat att transparensprincipens syfte är att motverka favorisering och godtycke (jfr C-27/15 Pippo Pizzo). Detta har uttryckts på så sätt att upphandlingens dokument, bestämmelser, krav och villkor ska formuleras på ett klart, precist och entydigt sätt. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av upphandlingsdokumenten samt tolka dem på samma sätt samtidigt som myndigheten, på ett effektivt sätt, ska kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingens krav och villkor.

Principen om transparens aktualiseras ofta i samband med utvärderingen av anbud. På motsvarande sätt som angetts ovan måste även upphandlingens utvärderingsmodell vara utformad på ett klart, tydligt och entydigt sätt. Detta innebär bl.a. att upphandlingen måste innehålla tilldelningskriterier som syftar och leder till att den valda grunden för tilldelning får genomslag. Inom ramen för tilldelningskriterierna måste det även gå att utläsa vad det är som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen, dels för att anbudsgivarna ska kunna förstå innebörden av kriteriet, dels för att det i efterhand ska vara möjligt att kontrollera att utvärderingen gjorts korrekt.

Proportionalitet

Principen om proportionalitet innebär att samtliga krav som ställs i upphandlingen måste stå i rimlig proportion till de mål och syfte som eftersträvas. Innebörden härav är att upphandlingens krav och villkor ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och kraven får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta. Av praxis från EU-domstolen framgår att prövningen av denna princip, som ska utgå från förutsättningarna i varje enskild upphandling, ska göras i tre steg;

1. Är myndighetens åtgärd lämplig och effektiv för att uppnå det eftersträlvade syftet?
2. Är åtgärden i 1 nödvändig för att uppnå syftet eller finns det mindre ingripande alternativ?
3. Om det saknas skäl att ifrågasätta ett krav enligt 1-2 ska det avslutningsvis bedömas om åtgärdens negativa effekt är oproportionerlig eller överdriven jämfört med eftersträvat syfte.

Sammanfattningsvis ger principen uttryck för att alltför långtgående krav som saknar tydlig och affärsmässig koppling till kontraktets föremål sannolikt strider mot principen om proportionalitet. En myndighet bör därför inte ställa upp andra krav/villkor än sådana som har betydelse och som innebär att det bedöms rimligt att förkasta ett anbud som inte uppfyller ifrågavarande krav.

Ömsesidigt erkännande

Principen, som är ett utflöde av friheten att tillhandahålla tjänster på den inre marknaden, innebär bl.a. att intyg och certifikat som utfärdas av behöriga myndigheter i ett EU-medlemsland ska godtas i övriga medlemsländer. Frågor som prövats av EU-domstolen är bl.a. tillåtligheten för yrkesgrupper att utöva sina yrken i annan medlemsstat än det där viss titel, examen m.m. har förvärvats.

4 kap. 2 § LOU – ”konkurrensprincipen”

Utöver vad som följer av de upphandlingsrättsliga principerna får en upphandling inte heller utformas i syfte att undandras från regelverkets tillämpning eller begränsa konkurrensen så att en eller flera leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Bestämmelsen är ett uttryck för den s.k. konkurrensprincipen.

Den gängse uppfattningen har varit att upphandlingslagstiftningen syftar till att motverka hinder mot fri rörlighet samt att främja en sund konkurrens. Av EU-rätten kan bl.a. utläsas att en upphandling inte får utformas i syfte att på ett ”konstgjort” sätt begränsa konkurrensen. Likväl råder viss osäkerhet om hur bestämmelsen ska tillämpas. En uppfattning är att myndighetens skyldighet enbart är att undvika åtgärder som snedvrider konkurrens. Emellertid har framförts åsikter om att myndigheten aktivt måste säkerställa att upphandlingen är konkurrensskapande.

På sätt som redovisats i tidigare inlägg ligger det i allas intresse att upphandlingar utformas på ett sätt som aktivt främjar konkurrens och i övrigt är förenlig med de upphandlingsrättsliga principerna. Sammanfattningsvis bör myndigheter därför, så långt det är möjligt, tillämpa bestämmelsen i 4 kap. 2 § LOU på sådant sätt. Utöver att det minskar risken för att upphandlingar utformas och genomförs i strid med LOU ökar också förutsättningarna för att förfarandet leder till ett lyckat resultat och att det eftersträlvade syftet med upphandlingen uppnås.

Linus Nilsson

Jurist

Advokatfirman NORDIA