

UPPHANDLINGSBLOGGEN #6 2021-07-16

Upphandling är mer än bara LOU – en översiktlig genomgång av vissa andra lagar på upphandlingsområdet.

LOU är det regelverk som vanligtvis hamnar i fokus när man tänker på offentlig upphandling. Detta är inte konstigt eftersom lagen har det bredaste tillämpningsområdet och i praktiken oftast tillämpas i svenska upphandlingar. Andra delar av upphandlingsområdet som inte alltid får lika mycket uppmärksamhet är;

- upphandling inom försörjningssektorerna (*LUF*)
- upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (*LUFs*)
- upphandling av koncessioner (*LUK*)
- valfrihetssystem (*LOV*)

Inledningsvis ska framhållas att det finns ytterligare regelverk som har betydelse på upphandlingsområdet. I detta inlägg ges dock en översiktlig genomgång av ovan angivna lagar där vissa skillnader och olikheter i förhållande till LOU redovisas.

LUF

Lagen gäller vid upphandling som genomförs av en upphandlande enhet för verksamhet inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster. LUF är således verksamhetsstyrd, vilket innebär att det är själva verksamheten som omfattas av lagen. En myndighet/enhet kan därför vara skyldig att upphandla enligt både LOU och LUF. Avgörande för om upphandlingen ska genomföras enligt LUF är för vilken del av verksamheten som kontraktet är avsett. Om ett och samma kontrakt avser mer än en verksamhet ska den lagen som gäller för verksamheten som kontraktet huvudsakligen rör tillämpas.

LUF och LOU är de upphandlingslagar som till sin karaktär uppvisar störst likheter. Vissa olikheter föreligger dock, även om de inte ska överdrivas. Utöver vad som redovisats om lagens tillämpningsområde kan skillnaden sammanfattas med att reglerna i LUF generellt är mer flexibla än i LOU. Bl.a. kan nämnas att;

N O R D I A

SWEDEN • NORWAY • DENMARK • FINLAND • LAW



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

- Förhandlat förfarande med föregående annonsering alltid får användas i LUF medan särskilda förutsättningar krävs i LOU.
- LUF innehåller inte några bestämmelser om hur förhandlingarna ska gå till eller vad de får omfatta (jfr 6 kap. 8 § LOU). Den upphandlande enheten måste dock följa de upphandlingsrättsliga principerna. Eftersom bestämmelsen i LOU i praktiken ger uttryck för dessa principer är det en rimlig utgångspunkt att LOU kan tjäna som ledning samtidigt som myndigheten kan utgå från att det som är tillåtet enligt LOU också är det enligt LUF.
- Enligt LUF är den upphandlande enheten inte begränsad att använda vissa i lagen uppräknade specifika kvalificeringskrav för leverantören. Den upphandlande enheten är med andra ord fri att ställa de krav som anses lämpliga i detta avseende, så länge dessa inte strider mot de upphandlingsrättsliga principerna. Enligt LOU får kvalificeringskrav enbart avse behörighet att utföra yrkesverksamhet, ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Sådana krav får användas även vid upphandling enligt LUF men den upphandlande enheten är inte tvungen att göra det. Om sådana kvalificeringskrav används ska de dock tillämpas i enlighet med vad som gäller i LOU.
- Lagen saknar detaljerade bestämmelser om hur tilldelning av kontrakt som grundas på ramavtal ska gå till. Enligt LUF krävs endast att det anges objektiva regler och kriterier för tilldelning i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Till skillnad mot LOU är det inte heller, i något fall, obligatoriskt att använda förnyad konkurrensutsättning.

LUFs

Lagen gäller vid upphandling av militär utrustning, utrustning av känslig karaktär samt byggtreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till sådan utrustning eller

andra byggentreprenader och tjänster som är avsedda för militära syften. LUFSS har alltid företräde framför andra upphandlingslagar. Om en del av ett kontrakt omfattas av LUFSS ska lagen tillämpas på upphandlingen i sin helhet.

På grund av att det som upphandlas enligt LUFSS oftast kan antas vara av känslig karaktär har det införts särskilda regler till skydd för den information som lämnas eller efterfrågas under en upphandling. I hög grad innehåller lagen dock bestämmelser som motsvarar vad som gäller enligt LOU och LUF, framförallt avseende själva förfarandet och överprövning m.m. En skillnad är dock att upphandling inte kan genomföras med tillämpning av öppet förfarande. I lagen regleras endast selektivt och förhandlat förfarande, med eller utan föregående annonsering, samt konkurrenspräglad dialog som möjliga förfaranden.

LUK

Lagen är tillämplig vid upphandling av bygg- och tjänstekoncessioner. Koncessioner avviker från vad som är gängse i upphandlingssammanhang. En skillnad är ersättningsformen; vid koncessionsupphandling utgår ersättning till den som tilldelats koncessionen genom en rätt att ta betalt för nyttjandet av resultat av koncessionen. En ytterligare förutsättning som måste vara uppfylld för att ett kontrakt ska anses utgöra en koncession, och därmed falla under lagens tillämpningsområde är att verksamhetsrisken, avseende efterfrågan och utbud, övergår på koncessionsinnehavaren. Något förenklat kan koncession uttryckas på så sätt att den som tilldelas kontraktet uppför en byggentreprenad eller tillhandahåller en tjänst för den upphandlande myndighetens räkning men att koncessionsinnehavaren därefter får betalt av användarna.

Generellt har avsikten varit att skapa större flexibilitet och frihet vid upphandlingar av koncessioner då de ofta kännetecknas av långsiktiga och komplicerade arrangemang där koncessionsinnehavare bär det ansvar som annars ligger på den upphandlande myndigheten eller enheten. Bl.a. innehåller LUK inte några definierade förfaranden, vilket innebär

att myndigheten eller enheten är fri att själv organisera förfarandet vid upphandlingen. I likhet med övriga upphandlingslagar finns dock regler om annonsering, kommunikation och dokumentation m.m. Samtliga upphandlingsrättsliga principer ska därtill följas.

En koncessions löptid måste vara tidsbegränsad. Vid löptid överstigande fem får den maximala löptiden dock inte vara längre än vad som rimligen kan förväntas gå åt för att kompensera koncessionshavaren för gjorda investeringar tillsammans med avkastning på investerat kapital. Vid beräkningen ska hänsyn även tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Såväl inledande investeringar som investeringar under koncessionens löptid ska beaktas.

LOV

Lagen innehåller regler om vad som gäller då en upphandlande myndighet vill konkurrensutsätta sin verksamhet genom att inrätta ett valfrihetssystem för tjänster inom hälsovård och socialtjänster. Exempel på sådant som omfattas av LOV är äldreomsorg, öppenvård och jobbsökningstjänster m.m. Enligt LOV ska samtliga de krav och villkor som ställs på en leverantör fastställas i ett förfrågningsunderlag. Ersättningen ska vara lika för alla leverantörer som utför samma tjänst.

Annonsering om valfrihetssystemet ska ske löpande. Alla leverantörer som uppfyller förfrågningsunderlagets krav och lämnar in en ansökan till myndigheten ska godkännas. Kontrakt ingås löpande med flera leverantörer och brukaren väljer utförare bland de som är anslutna till valfrihetssystemet.

Sökande som inte godkänts kan ansöka om rättelse av den upphandlande myndighetens beslut. En myndighet som inte följt bestämmelserna i LOV ska i vissa fall även ersätta leverantör som förorsakats skada.

Linus Nilsson
Jurist
Advokatfirman NORDIA