

---

# UPPHANDLINGSKRÖNIKA

## – DEN NYA GRÖNBOKEN

---

Kristian Pedersen\*

---

### 1. INLEDNING

Påståendet att upphandlingsområdet är i ständig förändring kan möjligen framstå som en klyscha, men faktum är att den svenska lagstiftaren knappt hunnit implementera det nya rättsmedelsdirektivets<sup>1</sup> bestämmelser och de sista återstående frivilliga bestämmelserna i procedurdirektiven<sup>2</sup> innan det återigen är dags att påbörja en översyn av regelverket.

Europeiska kommissionen publicerade den 27 januari i år en grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad.<sup>3</sup> I och med att grönboken publicerades inleddes det samråd som kommer att pågå till och med den 18 april i år, och som enligt den ansvarige kommissionären har följande syfte.

”Vi behöver förtydliga upphandlingsreglerna för att göra livet lättare både för myndigheter och för företag som lämnar anbud i Europa. Småföretags tillträde till upphandlingsmarknader, minskad byråkrati och främjande av gränsöverskridande upphandling i Europa är saker som kommer att belysas under samrådet. Min ambition är också att se till att offentlig upphandling kan bidra till sysselsättning, innovation och miljöskydd.”<sup>4</sup>

---

\* Advokat och delägare, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

<sup>1</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>2</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster respektive Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

<sup>3</sup> Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig.

<sup>4</sup> Uttalanden av Michel Barnier, kommissionär för inre marknaden och tjänster, i det pressmeddelande som åtföljde grönboken, IP/11/88.

Parallellt med samrådet arbetar kommissionen även med en utvärdering av effekterna av och kostnadseffektiviteten i upphandlingsdirektivens bestämmelser. Som en nationell parallell till arbetet på den gemensamma europeiska nivån har också Upphandlingsutredningen 2010 påbörjat sitt arbete med att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv i syfte att utreda om upphandlingsreglerna i tillräcklig utsträckning möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att göra goda ekonomiska affärer samt att se över systemet för insamling av upphandlingsstatistik och vilka uppgifter som ska samlas in.<sup>5</sup>

För den som upplever att bläcket knappt torkat på de senaste lagändringarna kan det dock möjligen upplevas som en tröst att det sannolikt kommer att dröja länge innan det arbete som nu pågår kommer att utmynna i konkreta ändringar i de svenska upphandlingslagarna, och detta gäller inte minst det arbete som kommissionen påbörjat i och med publiceringen av grönboken. För att ge något slags referensram kan i sammanhanget nämnas att det den förra gången en översyn av den europeiska upphandlingslagstiftningen genomfördes dröjde omkring åtta år från det att den då aktuella grönboken<sup>6</sup> publicerades till dess att nya upphandlingsdirektiv antogs och därefter ytterligare omkring fyra år innan direktivens bestämmelser resulterade i nya svenska upphandlingslagar.

Jag kommer i denna krönika att redogöra för den nya grönboken.

## 2. FRÅGESTÄLLNINGAR SOM BEHANDLAS I GRÖNBOKEN

I grönboken behandlas ett 20-tal olika frågeställningar och kommissionen ställer totalt 114 frågor (i vissa fall med delfrågor) på dessa. Frågeställningarna är indelade i sex områden enligt följande.

- Vad handlar de offentliga upphandlingsreglerna om?
- Att förbättra de upphandlande myndigheternas verktygslåda
- En mer tillgänglig europeisk upphandlingsmarknad
- Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar
- Garantera sunda förfaranden
- Tillträde till EU-marknaden för leverantörer från tredjeländer

---

<sup>5</sup> Fi 2010:06, dir. 2010:86. Se även [www.upphandlingsutredningen.se](http://www.upphandlingsutredningen.se).

<sup>6</sup> Grönbok – Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden, KOM(96) 583.

I det följande kommer jag att översiktligt behandla dessa områden och en del av de mer betydelsefulla frågeställningar som behandlas inom ramen för respektive område.

### 3. OMRÅDEN SOM BEHANDLAS I GRÖNBOKEN

#### 3.1 Vad handlar de offentliga upphandlingsreglerna om?

Under den måhända retoriska rubrikfrågan om vad upphandlingsreglerna handlar om konstateras bl.a. att syftet i grunden är att reglera upphandlande myndigheters inköpsverksamhet, men att tillämpningsområdet för direktiven inte uttryckligen begränsas till inköp som täcker den upphandlande myndighetens specifika behov och att detta har föranlett en diskussion om huruvida direktiven är tillämpliga i situationer där offentliga myndigheter ingår avtal som fastställer rättsligt bindande skyldigheter för ändamål som inte är direkt kopplade till deras egna inköpsbehov. Den naturliga frågan som ställs är därför om direktivens tillämpningsområde bör begränsas till inköpsverksamhet.

Vidare behandlas frågan om vad offentlig upphandling är, dvs. upphandlingsdirektivens materiella tillämpningsområde med avseende på bl.a. definitionerna av olika kontraktstyper, uppdelningen i A- och B-tjänster, de tillämpliga tröskelvärdena och särskilda undantag.

En annan frågeställning som behandlas är vilka organisationer som bör omfattas av upphandlingsdirektiven. Av de frågor som ställs framgår tydligt att kommissionen har olika syn på vilket utrymme för förändringar av regelverket som finns i å ena sidan den klassiska sektorn och å andra sidan i försörjningssektorerna. Medan frågan som ställs om den klassiska sektorn är begränsad till om det finns behov av förtydliganden och uppdateringar är de frågor som ställs om försörjningssektorerna betydligt öppnare. Som exempel på detta kan nämnas att en av frågorna är om det fortfarande (överhuvudtaget) behövs upphandlingsregler på EU-nivå för försörjningssektorerna.

#### 3.2 Att förbättra de upphandlande myndigheternas verktyglåda

Ett av de principiellt mest betydelsefulla områdena är det som behandlas under rubriken Att förbättra de upphandlande myndigheternas verktyglåda, och inleds med den till synes enkla frågan om huruvida den nuvarande detaljnivån i EU:s upphandlingsregler är lämplig. Denna fråga, som i grunden handlar om vilken handlingsfrihet som de upphandlande myndigheterna bör ha, har dock i praktiken visat sig svår att erhålla samstämmiga svar på. Många anser i och för sig att detaljeringsgraden är för hög och att det finns utrymme för förenklingar. I praktiken har dock exempelvis de regelförenklingsprojekt som hittills lanserats

på nationell nivå i Sverige, och som främst rört bestämmelserna utanför det direktivstyrda området,<sup>7</sup> stupat på att representanter för upphandlande myndigheter och representanter för leverantörer inte kunnat enas om vilka förenklingar som bör genomföras, vad som är att betrakta som en förenkling och, inte minst viktigt, för vem som regelverket bör förenklas. Resultatet har därför blivit att den befintliga detaljeringsgraden blivit den minsta gemensamma nämnare som parterna kunnat enas om. Därmed inte sagt att den höga detaljeringsgraden i sig nödvändigtvis är av ondo. Det finns i och för sig exempel på bestämmelser som fått sin utformning mer av historiska än av sakligt motiverade skäl och vissa ologiska skillnader i behandlingen av likartade situationer, men samtidigt är det enligt min mening svårt att identifiera bestämmelser i upphandlingslagstiftningen som inte kan härledas direkt till, och därför motiveras med hänsynen till, någon av de grundläggande principer som för svenskt vidkommande framgår av 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF.

Inom ramen för det aktuella området ställs också en rad relativt öppna frågor om huruvida de nuvarande förfarandena är adekvata och om hur förfarandena bör "[...] förbättras för att lätta administrativa bördor/minska transaktionskostnader och förfarandenas tidsutdräkt, men samtidigt garantera att upphandlande myndigheter får mesta möjliga valuta för pengarna." Bland de frågor som bör nämnas särskilt återfinns dels frågan om huruvida ökade möjligheter till förhandlingar bör införas, dels frågan om det i större utsträckning bör vara möjligt att beakta omständigheter som rör anbudsgivaren, snarare än anbudsgivarens erbjudande avseende föremålet för upphandlingen, inom ramen för anbudsutvärderingen. Den första av dessa frågor kan betraktas som en "klassiker", såtillvida att upphandlande myndigheter i den klassiska sektorn under mycket lång tid önskat sig större förhandlingsmöjligheter och inte sällan avundsjukt sneglat på de upphandlande enheterna i försörjningssektorerna, vilka har betydligt större möjligheter att använda förhandlade förfaranden. Den andra frågan är ett resultat av utvecklingen i EU-domstolens praxis de senare åren rörande det som brukar kallas för sammanblandningsproblematik.<sup>8</sup>

Andra frågeställningar som bör nämnas är möjligheterna för upphandlande myndigheter att samarbeta (med eller utan upphandling), behovet av verktyg för samordnade inköp/gemensam upphandling och hantering av problem som

<sup>7</sup> 15 kap. LOU respektive 15 kap. LUF.

<sup>8</sup> Med sammanblandningsproblematik avses, något förenklat, de svårigheter som ofta föreligger med att göra klar åtskillnad mellan omständigheter som rör anbudsgivarna, och som primärt – och i vissa fall endast – får beaktas inom ramen för leverantörskvalificeringen, och omständigheter rörande anbudsgivarnas erbjudande med avseende på föremålet för upphandlingen, som ska utvärderas inom ramen för anbudsutvärderingen. För mer detaljerade redogörelser för sammanblandningsproblematik se ERT 2009 s. 174 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, Jure förlag AB, 2011, avsnitt 22.4.

rör fullgörande av kontrakt, exempelvis väsentliga förändringar i upphandlade kontrakt, ett ämne som behandlats i en tidigare upphandlingskrönika.<sup>9</sup>

### 3.3 En mer tillgänglig europeisk upphandlingsmarknad

Under rubriken En mer tillgänglig europeisk upphandlingsmarknad behandlas frågor som rör små, medelstora och nystartade företags möjligheter att delta i offentliga upphandlingar. Flertalet frågor som ställs inom detta område kan, något förenklat, sägas syfta till att utreda om det vore lämpligt att i större utsträckning använda offentlig upphandling som ett verktyg för att främja utvecklingen av små och medelstora företag, och hur detta i så fall bör göras.

En annan frågeställning som behandlas inom området är om nuvarande bestämmelser i EU:s upphandlings- och konkurrenslagstiftning, ett starkare skydd mot konkurrensbegränsande metoder i samband med upphandlingar bör införas i upphandlingslagstiftningen.

### 3.4 Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar

Området Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar inleds med konstaterandet att upphandlande myndigheter "[...] kan i betydande grad bidra till de strategiska målen för Europa 2020<sup>10</sup> genom att man utnyttjar sina inköp så att varor och tjänster produceras med ett högre 'samhällsvärde' genom att de främjar innovation, är miljöanpassade och motverkar klimatförändringarna, minskar energiförbrukningen, ökar sysselsättningen och förbättrar folkhälsan och sociala förhållanden samt främjar jämställdhet och missgynnade gruppers delaktighet." Samtidigt framhåller dock kommissionen också att politiska överväganden vid offentlig upphandling bör göras på ett sådant sätt att man inte skapar orimlig extra administration för de upphandlande myndigheterna eller snedvrider konkurrensen på upphandlingsmarknaderna. Redan inledningsvis konstateras med andra ord att det kan finnas en målkonflikt mellan de olika syften som offentlig upphandling kan användas för och det grundläggande syftet, dvs. att skapa förutsättningar för effektiva offentliga inköp på lika och rättvisa villkor för alla leverantörer.

I grönboken konstateras att det finns två sätt att utnyttja offentlig upphandling för att uppnå de politiska målen för Europa 2020. Dels kan upphandlande myndigheter ges möjlighet att beakta dessa mål inom ramen för upphandlings-

---

<sup>9</sup> ERT 2008 s. 1119.

<sup>10</sup> Meddelande från kommissionen av den 3 mars 2010 – Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla KOM(2010) 2020 slutlig.

lagstiftningen ("hur man ska köpa in"), dels kan upphandlande myndigheter åläggas obligatoriska krav eller ges incitament för att styra besluten om vilka varor och tjänster som bör upphandlas ("vad man ska köpa in"). Hittills har inriktningen varit att lagstiftaren främst reglerat "hur man ska köpa in", och upphandlande myndigheter har i huvudsak själva fått formulera sina behov, och föremålen för upphandling, dvs. "vad man ska köpa in". På senare tid har dock tendensen varit att i allt större utsträckning reglera inte bara hur utan även vad upphandlande myndigheter ska upphandla.<sup>11</sup>

De frågor som ställs inom området är indelade i två huvudsakliga delområden i enlighet med de två metoder som nämnts ovan, dvs. hur man ska köpa in respektive vad man ska köpa in. De frågor som rör hur man ska köpa in är av utpräglat upphandlingsteknisk natur och rör främst utformningen av de förfrågningsunderlag som används, i synnerhet med avseende på hur tekniska specifikationer kan, får och bör utformas. De frågor som rör vad man ska köpa in är däremot mer inriktade på frågan om huruvida det överhuvudtaget är lämpligt att reglera vad som ska köpas in – bl.a. om detta i så fall är något som bör föreskrivas i större omfattning, vilket handlingsutrymme de upphandlande myndigheterna bör ha, hur man säkerställer tillräcklig konkurrens och hur man undviker ökad administrativ börda, särskilt för småföretag.

Övriga frågor som behandlas inom området och som bör nämnas är om och i så fall hur man bör främja och stimulera innovation genom offentlig upphandling och hur upphandling av sociala tjänster bör regleras.

### 3.5 Garantera sunda förfaranden

Inom området Garantera sunda förfaranden behandlas fyra frågeställningar. Den första av dessa gäller förebyggande av intressekonflikter vid offentlig upphandling och mer specifikt om det behövs en EU-definition av vad som utgör intressekonflikt vid offentlig upphandling och om det finns ett behov av skydd på EU-nivå för att effektivt förebygga, identifiera och komma till rätta med situationer där intressekonflikt råder.

Den andra frågeställningen gäller hur favorisering och bestickning kan förebyggas, och de frågor som ställs syftar dels till att identifiera vilka riskområden som finns, dels till att identifiera vilka av riskerna som bör åtgärdas genom införande av upphandlingsrättsliga bestämmelser och vilka instrument som kan skapas för att motverka organiserad brottslighet vid offentlig upphandling.

---

<sup>11</sup> Ett exempel på detta är den lag om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster som väntas t.ex. träda i kraft den 1 juli 2011. Se lagrådsremissen Miljökrav vid upphandling av bilar och vissa Kollektivtrafiktjänster, som överlämnades till lagrådet den 3 mars 2011. Som påpekas i grönboken finns det dock även en stor mängd sektorspecifik lagstiftning som reglerar eller påverkar vad upphandlande myndigheter får upphandla.

Den tredje frågeställningen gäller uteslutning av oseriösa anbudsgivare och de frågor som ställs i denna del rör huvudsakligen uteslutningsgrunderna och tillämpningen av dessa, dels upphandlande myndigheters informationshantering med avseende på frågor som rör uteslutning av oseriösa anbudsgivare.

Den fjärde frågeställningen gäller undvikande av orättvisa fördelar och frågan om huruvida det bör finnas särskilda regler på EU-nivå för att åtgärda problemet med att vissa anbudsgivare kan ha fördelar därför att de tidigare har deltagit i utformningen av det projekt som upphandlingen gäller, dvs. det som ofta brukar kallas för ”konsultjäv”.

### 3.6 Tillträde till EU-marknaden för leverantörer från tredjeländer

Det sista, och också minsta, området som behandlas i grönboken rör frågan om tillträde till EU-marknaden för leverantörer från tredjeländer. De frågor som ställs inom detta område rör artiklarna 58 och 59 i försörjningsdirektivet, vilka i Sverige motsvaras av bestämmelserna i 14 kap. LUF, och som saknar motsvarighet i LOU. Dessa bestämmelser innebär, i korthet, att en upphandlande enhet vid upphandling av varor i vissa fall får och i andra fall är skyldig att gynna anbud som lämnats av leverantörer från länder som slutit avtal med EU, vilka ger företag från EU jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i dessa länder.<sup>12</sup>

## 4. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Det kan konstateras att kommissionen i grönboken ställer ett antal relativt ”öppna” frågor och därigenom visar stor öppenhet för nytänkande och nya förslag. Samtidigt finns det dock vissa begränsningar för vad som kan tillåtas bli resultatet av den översyn av den europeiska upphandlingslagstiftningen, vilken initierats i och med grönboken.

En sådan begränsning som uttryckligen nämns i grönboken är att eventuella ändringar i lagstiftningen måste vara förenliga med EU:s internationella åtaganden, däribland det s.k. GPA-avtalet. Detta gäller särskilt tröskelvärdena för tillämpning av upphandlingsdirektiven, definitionerna av vad som utgör upphandling och de organisationer som omfattas av direktiven samt vissa procedurfrågor, rörande t.ex. fastställande av tekniska specifikationer och tidsfrister.

En annan begränsning är att lagstiftningen, även efter eventuella ändringar, måste vara förenlig med de grundläggande principer som framgår av EUF-för-

---

<sup>12</sup> Se Pedersen, *Upphandlingsgrunder*, Jure Förlag AB 2011, kapitel 28.

draget och EU-domstolens rättspraxis. Detta innebär bl.a. att det finns skyddsvärda intressen som unionslagstiftaren inte kan ge avkall på.

Ytterligare en omständighet som måhända inte i formell mening utgör en begränsning för vad översynen av den europeiska upphandlingslagstiftningen kan utmynna i, men som säkerligen ändå kommer att påverka resultatet är att det finns områden som kommissionen inte ställer frågor om och frågeställningar som överhuvudtaget inte behandlas i grönboken.

Det är naturligtvis svårt att sia om vad samrådet om grönboken kommer att utmynna i, och sannolikt kommer det att dröja innan vi får se resultat i form av konkreta förslag till ändringar i upphandlingsdirektiven (eller kanske till och med förslag till nya upphandlingsdirektiv). En första fingervisning kommer dock att finnas i de yttranden över grönboken som kommer att offentliggöras efter att samrådet avslutats. För den som vill hålla sig ajour finns det därför all anledning att ta del av de inkomna yttrandena, och den som vill påverka innehållet i framtidens upphandlingslagstiftning bör naturligtvis ta tillfället i akt att, senast den 18 april, delge kommissionen sina synpunkter på grönboken.