

# Jäv i offentlig upphandling

Sveriges genomförande av jävsreglerna i 2014 års upphandlingsdirektiv

Jennifer Vestin

Juridiska institutionen  
Examensarbete 30 hp.  
Inriktning: Offentlig rätt  
Juristprogrammet (270 hp)  
Höstterminen 2018  
Grupphandledare: Andrea Sundstrand  
Engelsk titel: Conflicts of interest in public procurement



# Abstract

Year 2014 the European Union adopted a new Public Procurement Directive and a new Procurement by Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sector Directive. The purposes of the establishment of the directives were to provide a more modernized public procurement regulation. The Member States were required to implement the directives within two years. Compared to the older directives the new ones include rules on conflicts of interest. The risk of corruption in public procurement is high, and some contributing factors could be that the contractors are not equal and the that total procurement per years amounts up to a substantial part of the global economy. In year 2017 the directives were implemented by Sweden in The Public Procurement Act and The Act on Public Procurement in the Utilities Sectors. However, the legislator decided not to fully regulate conflicts of interest since they believed that Sweden already fulfilled the requirements through other statutes. The legislator referred to the Administrative Procedure Act and the Local Government Act. One issue is that these statutes are not applicable to all procuring authorities and entities. Both municipally, state owned and private companies fall outside the scopes of the statutes, which raises concerns whether or not the directives are implemented correctly. The legislator is under the perception that the general principle of equal treatment solves the problem with lack of legislation. The European Union, on the other hand, has a different view. With regard to the adoption of new public procurement directives the European Union stated that the principle of equal treatment should be supplemented by legislation to be guaranteed its impact. Since Sweden decided to only partly legislate what was regulated in the directives they cannot be considered implemented correctly.

# Innehållsförteckning

Förkortningar.....	5
<b>1 Inledning .....</b>	<b>6</b>
1.1 Ämnet .....	6
1.2 Syfte och frågeställningar.....	7
1.3 Avgränsningar .....	7
1.4 Metod och material .....	9
1.4.1 Rättsdogmatisk metod .....	9
1.4.2 EU-rättslig metod .....	10
1.4.3 Material .....	11
1.5 Disposition.....	11
<b>2 Om upphandling och jäv .....</b>	<b>13</b>
2.1 Allmänt om upphandlingsprocessen.....	13
2.2 Definition av jäv vid offentlig upphandling.....	14
2.3 Korruption i Sverige .....	15
2.4 Risken för korruption vid offentlig upphandling .....	17
<b>3 EU-rätt och offentlig upphandling.....</b>	<b>19</b>
3.1 Historia .....	19
3.2 Grundläggande EU-rättsliga principer .....	19
3.2.1 Likabehandlingsprincipen.....	19
3.2.2 Principen om icke-diskriminering .....	20
3.2.3 Proportionalitetsprincipen .....	20
3.2.4 Principen om öppenhet .....	21
3.2.5 Principen om ömsesidigt erkännande .....	21
3.3 LOU och LUF-direktivet.....	22
3.3.1 Grunden till nya upphandlingsdirektiv .....	22
3.3.2 Tillämpningsområden.....	23
3.3.3 Sunda förfaranden .....	24
3.3.4 Dubbel medverkan .....	25
3.3.5 Utgångspunkter för genomförande .....	26
3.4 Sammanfattning.....	28
<b>4 Sveriges genomförande av jävsreglerna.....</b>	<b>29</b>
4.1 Inledning .....	29
4.2 LOU .....	29
4.3 LUF.....	31
4.4 FL och KL .....	32
4.5 Statliga, kommunala och privata bolag .....	34
4.5.1 Allmänt .....	34
4.5.2 Likabehandlingsprincipen.....	34
4.5.3 Interna bestämmelser .....	36
4.5.4 Särskilt om privata bolag .....	37
4.6 Lagstiftarens inställning .....	38
4.7 Sammanfattning .....	39
<b>5 Alternativ till förändring .....</b>	<b>41</b>
5.1 Inledning.....	41
5.2 Eventuell förändring i jävslagstiftningen .....	41
5.3 Eventuell förändring i BrB .....	43
5.4 Eventuellt utökad tillsyn.....	45

5.5 Sammanfattning .....	47
<b>6 Sammanfattande slutsatser .....</b>	<b>48</b>
Källförteckning.....	51

# Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FL	förvaltningslag (2017:900)
IT	Informationsteknik
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk tidskrift
KKV	Konkurrensverket
KL	kommunallag (2017:725)
LOU	lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF	lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUF-direktivet	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
LUK	lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform
SOU	Statens offentliga utredningar
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift
ÄLOU	lag (2007:1091) om offentlig upphandling
ÄLUF	lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

# 1 Inledning

## 1.1 Ämnet

Det som kommer behandlas i examensarbetet är jävsproblematiken vid offentlig upphandling. Mer specifikt kommer det utredas huruvida EU:s upphandlingsdirektiv, LOU- och LUF-direktivet, faktiskt kan anses vara genomförda på ett riktigt sätt i Sverige. En av EU:s utgångspunkter med direktiven var att främja sunda förhållanden vid offentlig upphandling. För att motverka osunda förhållanden har bestämmelser om bl.a. jäv antagits.<sup>1</sup> För att genomföra direktiven infördes i Sverige år 2017 en ny lag om offentlig upphandling, LOU, och en ny lag om upphandling i försörjningssektorerna, LUF. De nya lagarna saknar fulltäckande jävsbestämmelser men lagstiftaren anser att det kompenseras med bestämmelser i KL och FL. Problemet med en sådan hänvisning är dock att dessa regelverk inte kan tillämpas på alla upphandlingsorgan. Vissa kommunala och statliga bolag som omfattas av upphandlingsskyldigheten i LOU, samt vissa privata bolag som omfattas av LUF faller utanför vilket påverkar rättssäkerheten. Det finns således eventuellt en lucka i lagen som skapar osäkerhet kring hur jäv ska behandlas hos sådana bolag. Rättssäkerheten påverkas ytterligare då en sådan lucka medför att EU-rätten till viss del underordnas den nationella. Att lagstiftningen är bristfällig och inte precis utformad väcker funderingar kring om den är tillräcklig för att komma till rätta med jävsproblematiken.

Ett ytterligare problem med lagstiftarens hänvisning till KL och FL är det faktum att jävsreglerna där endast omfattar jäv hos de upphandlande myndigheterna. Eventuellt jäv hos andra aktörer i upphandlingsförfarandet, såsom leverantörer, faller utanför vilket medför att regleringen ser olika ut beroende på typ av jäv. Den reglering som finns är således inte enhetlig vilket dels kan skapa förvirring hos användaren, då regelverket blir svåröverskådligt, och dels skapa ett osäkert rättsläge där förutsebarheten kan ifrågasättas. Det råder en osäkerhet huruvida de svenska reglerna om jäv i offentlig upphandling är i linje med EU:s direktiv. Offentlig upphandling omsätter omkring 600 miljarder kronor per år varför det bör vara av nationellt intresse att utforma en effektiv reglering.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Se artikel 24 i direktiv 2014/24/EU och artikel 42 i direktiv 2014/25/EU.

<sup>2</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2017, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5 och Konkurrensverket rapport 2017:11, s. 28.

Den reglering som finns kommer utredas och appliceras på tre olika typer av jäv. Både jäv hos de upphandlande myndigheterna och enheterna, leverantörsjäv och konsultjäv kommer att behandlas. Det är både det klassiska, LOU-direktivet, och försörjningsdirektivet, LUF-direktivet, som är fokusområden för studien. Det klassiska direktivet tar sikte på upphandling inom den klassiska sektorn, dvs. de allmänna sektorerna för den offentliga verksamheten. De upphandlande aktörerna är således staten, landstinget, kommunerna samt de bolag som står under offentlig kontroll. Försörjningsdirektivet tar istället sikte på upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. verksamheter på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.<sup>3</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med arbetet är att utreda om LOU- och LUF-direktivet kan anses vara genomförda i Sverige på ett fullständigt och korrekt sätt när det kommer till frågan om jäv.

De frågor som kommer besvaras är följande:

- Hur ser regleringen kring jäv ut i LOU- och LUF-direktivet?
- Hur har Sverige genomfört direktiven avseende kraven på reglering av jäv?
- Hur står sig den svenska lagstiftningen i förhållande till direktiven?
- Är jävsproblematiken tillräckligt reglerad eller behövs en förändring?

För att besvara frågeställningarna kommer den reglering som finns att appliceras på upphandlaren, konsulten samt leverantören.

## 1.3 Avgränsningar

I samband med EU:s antagande av LOU- och LUF-direktivet antogs ett tredje upphandlingsdirektiv om tilldelning av koncessioner men då det varken tar sikte på den klassiska eller försörjningssektorn kommer det inte nämnas närmare.<sup>4</sup> Till följd av antagandet av det tredje upphandlingsdirektivet infördes LUK som en ny upphandlingslag i Sverige. Då den helt och

---

<sup>3</sup> Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure, Stockholm, 2012, s. 64.

<sup>4</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 3.

hållet bygger på upphandlingsdirektivet om tilldelning av koncessioner kommer även den lämnas utan avseende i arbetet.<sup>5</sup>

Vidare kommer arbetet inte lägga något fokus på jäv vid direktupphandlingar, det vill säga sådana som understiger tröskelvärdet och därmed inte omfattas av direktiven.<sup>6</sup> Det faller utanför syftet att redogöra för sådana upphandlingar då upphandlingsdirektiven utgör grunden för arbetet. Uppsatsen blir dock inte helt irrelevant för direkta upphandlingar i och med att de grundläggande EU-rättsliga principerna ändå ska beaktas.<sup>7</sup>

Något större fokus kommer heller inte läggas på de uteslutningsgrunder för jäv som finns. Arbetet tar endast sikte på jäv vid olika steg i upphandlingsprocessen. Jävsfrågorna kommer alltså inte studeras på personnivå och det kommer inte undersökas om reglerna ter sig annorlunda beroende på relation. Endast i begränsad omfattning för att kort belysa skillnader i den lagstiftning som i dag finns kommer det nämnas.

Slutligen kommer någon detaljerad genomgång av upphandlingsförfarandet inte att göras. Det saknar relevans för examensarbetet att gå in på t.ex. olika typer av förfaranden vid tilldelning av kontrakt. För att ge en bakgrund till hur upphandlingsprocessen ser ut kommer upphandlingsprocessen endast att beskrivas översiktligt. Någon heltäckande historisk återblick gällande hur rättsläget har sett ut och utvecklats kommer heller inte att ges. Både EU-rättslig reglering och svensk reglering som var aktuell innan Sveriges inträdande i EU kommer uteslutas, då det inte är intressant för frågan huruvida upphandlingsdirektiven är genomförda.

---

<sup>5</sup> Prop. 2015/16:195, s. 3. Se även Konkurrensverket, EU:s nya upphandlingsdirektiv, januari 2014, (<http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/eus-nya-upphandlingsdirektiv/>) Hämtad 2018-09-18.

<sup>6</sup> Se dom av den 21 februari 2008, *kommissionen / Italien*, C-412/04, EU:C:2008:102, punkt 65. Se även Konkurrensverket, Direktupphandling, 2018-01-09, (<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/direktupphandling/>) Hämtad 2018-09-18.

<sup>7</sup> Se skäl 1 i direktiv 2014/24/EU och skäl 2 i direktiv 2014/25/EU. Se även Konkurrensverket, Grundläggande principer för offentlig upphandling, 2017-10-05, (<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/>) Hämtad 2018-09-18.



## 1.4 Metod och material

### 1.4.1 Rättsdogmatisk metod

En av de metoder som kommer användas under examensarbetets gång är den rättsdogmatiska. Arbetet har ett rättsvetenskapligt syfte, då det avser att fastställa gällande rätt, *de lege lata*, och då det är oklart argumentera för hur gällande rätt borde vara, *de lege ferenda*.<sup>8</sup> Metoden har sin utgångspunkt i rättskällevärdelsen, vilket innebär att gällande rätt och dess innehåll ska fastställas med hjälp av de olika rättskällorna. Metoden kan alltså användas för att klargöra hur en rättsregel ska förstås i ett visst konkret sammanhang. Den svenska rättsordningen har sin grund i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och juridisk doktrin.<sup>9</sup> Rättskällevärdelsen innebär vidare att de presenterade rättskällorna ska delas upp och rangordnas efter tyngd. En rättskälla ska, bör eller får beaktas i den juridiska argumentationen. Till de rättskällor som ska beaktas hänförs lagstiftning och andra föreskrifter. Rättskällor som istället bör beaktas består av bl.a. förarbeten och prejudikat. De rättskällor som slutligen får beaktas är doktrin.<sup>10</sup> Hierarkiskt sett är lagstiftning överordnad resterande rättskällor. Vidare är rättspraxis från prejudikatinstanserna överordnade förarbeten och doktrin, men de två senare kan i god utsträckning användas för att styrka argument och underlätta tolkning av exempelvis lagar.<sup>11</sup> En rättsvetare som använder en rättsdogmatisk metod kan medverka till utvecklingen av gällande rätt. För att de argument som läggs fram i ett rättsdogmatiskt arbete ska vara i linje med ett *de lege lata*-perspektiv måste de härröra från samma rättskällor som domstolen har att använda vid sin rättstillämpning.<sup>12</sup> Anledningen till att det ser ut på föreskrivet sätt beror på att det är i domstol som det bedöms hur rättsreglerna bör uppfattas.<sup>13</sup>

För att komma fram till om jävsreglerna i LOU- och LUF-direktivet är genomförda i Sverige måste rättskällorna studeras, analyseras och värderas med hänsyn till deras hierarkiska ord-

---

<sup>8</sup> Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 7 u. Iusté, Uppsala, 2014, s. 203 f.

<sup>9</sup> Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21. Se även Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 8.

<sup>10</sup> Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis, Bergholz, Gunnar, *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Nordstedts Juridik, Stockholm, 1990, s. 122 f.

<sup>11</sup> Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 28.

<sup>12</sup> Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen*, SvJT 2002 s. 254.

<sup>13</sup> Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 7 u. Iusté, Uppsala, 2014, s. 203 f.

ning. Vilka rättskällor som kommer att beaktas samt hur de kommer användas återfinns under avsnitt 1.4.3.

### *1.4.2 EU-rättslig metod*

I och med att det är LOU- och LUF-direktivet som ligger till grund för den problematik som arbetet ska behandla kommer även den EU-rättsliga metoden användas. Metoden avser att tolka de EU-rättsliga källor som EU-domstolen har utvecklat.<sup>14</sup> EU-rätten är en autonom rättsordning som står ovanför medlemsstaternas nationella. Det finns en rad olika typer av EU-rättslig metod men den som kommer användas är den rättsdogmatiska. Skillnaden från vad som presenterats i föregående avsnitt är att det är en annan rättsordning som studeras. Något som kännetecknar denna metod är den ändamålsinriktade tolkningen som EU-domstolen ofta använder sig av. EU-domstolen förutsätter att de unionsrättsliga bestämmelserna är påtänkta att ha en ändamålsenlig verkan i medlemsstaterna, användningen av denna tolkningsmetod medför således att de avsedda effekterna med bestämmelserna uppnås.<sup>15</sup> EU-rätten har främst utvecklats genom praxis från självständiga domstolar. Rättssystemet har vidare grundats på ett samarbete och kompromisser mellan medlemsstaterna vilket har bidragit till att utformningen av de lagregler som finns är kortfattade och generella. Till följd av de allmänt hållna lagtexterna har det för domstolarna funnits ett behov att fylla ut luckor i takt med samhällsutvecklingen. EU-rätten består till stor del av oskriven rätt varför de allmänna rättsprinciperna har fått stor tyngd.<sup>16</sup> Att stor vikt läggs på just oskriven rätt gör att EU-rätten skiljer sig avsevärt från den svenska i och med att den svenska rättspositivistiska uppfattningen avvisar sådan rätt.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u. Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 34 ff.

<sup>15</sup> Se närmare Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u, Wolters Kluwer, 2018, s. 195 ff.

<sup>16</sup> Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u. Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 49 f.

<sup>17</sup> Bernitz, Ulf, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2010/11, s. 822.

### 1.4.3 Material

Det material som kommer användas är först och främst LOU- och LUF-direktivet och förarbeten därtill. Även förarbeten till tidigare upphandlingsdirektiv har relevans och kommer att användas. Det EU-rättsliga materialet kommer att analyseras i förhållande till de svenska rättskällorna för att komma till en slutsats om direktiven är genomförda gällande jävsreglerna. Den lagstiftning som är av betydelse är främst LOU, LUF, KL och FL. Även BrB får betydelse när det förs en diskussion kring jävsreglernas genomslag samt dess konsekvenser.

För att styrka analysen kommer hjälp hämtas ur förarbeten, praxis samt juridisk doktrin. Det kommer läggas särskild vikt i de förarbeten som finns i och med att det är nödvändigt att förstå hur både EU och den svenska lagstiftaren har tänkt när de antagit direktiven samt infört nya upphandlingslagar. Genom att förstå EU:s tanke bakom direktiven kan det bedömas hur väl Sverige har uppnått syftet. Vidare blir det relevant att granska den svenska lagstiftarens argument, för att se om de håller i förhållande till EU:s ändamål. För att argumenten som läggs fram i examensarbetet ska få tyngd kommer stor vikt även att läggas på doktrin och praxis. Gällande praxis är det främst domar från EU-domstolen och kammarrätten som kommer att vara relevanta. Anledningen till att praxis från varken Högsta domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen tas upp är att det inte finns någon vägledning att hämta i dagsläget. Även om praxis från kammarrätten inte är prejudicerande kan det användas för att styrka argument.

Allt material kommer kritiskt granskas innan en slutsats presenteras. Trots att det rör sig om ett arbete om fastställande av gällande rätt kommer effekterna av rätten vävas in. För att kunna studera huruvida EU:s tänkta syften har uppnåtts krävs att analysen sträcker sig till att även studera konsekvenserna av genomförandet av direktiven i Sverige.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en grundläggande presentation av vad som kommer att behandlas i arbetet. För att skapa en grund för läsaren att stå på kommer först och främst processen vid offentlig upphandling översiktligt presenteras. För att läsaren ska vara på det klara med vad som åsyftas med jäv i offentlig upphandling reds begreppet därefter ut och definieras. Efter det följer en allmän redogörelse kring korruption i Sverige som sedan leder över till ett avsnitt som

behandlar risken för korruption och jäv vid offentlig upphandling. Avsikten är att få läsaren att förstå omfattningen av problemet och visa på att det är ett faktiskt samhällsproblem. När grunderna är klarlagda följer det egentliga stoffet som är fördelat i tre delar. Första delen tar sikte på EU-rätten där det först redogörs lite kort för den historiska utvecklingen. Därefter följer en genomgång av de EU-rättsliga principerna som är aktuella vid offentlig upphandling samt en redogörelse för LOU- och LUF-direktivet. Andra delen fokuserar vidare på Sveriges genomförande av direktiven. Där presenteras vilken väg Sverige har gått och hur intressekonflikter har reglerats i offentlig upphandling. När både den EU-rättsliga och nationella rätten har dissekerats följer en tredje del som analyserar alternativa vägar för genomförande av direktiven samt eventuella åtgärder för att förbättra graden av genomförande. Uppsatsen avslutas sedan med några sammanfattande slutsatser.

Dispositionen är uppbyggd på ett kronologiskt sätt där syftet är att skapa en röd tråd så att det för läsaren blir enklare att ta till sig materialet. Dispositionen följer processens gång då det startar med EU:s antagande av direktivet som går över till Sveriges genomförande som sedan avslutar i en analys om vad som kunde gjorts annorlunda.

## 2 Om upphandling och jäv

### 2.1 Allmänt om upphandlingsprocessen

Startpunkten och grunden för en offentlig upphandling är att ett behov identifieras. Steg två blir därefter att analysera behovet och komma fram till en lösning för att tillgodose det. I steg tre planeras och förbereds upphandlingen och det är även här som upphandlingsdokumenten utformas. I samband med det brukar även en beräkning av upphandlingens förväntade totala värde göras för att avgöra om upphandlingen ligger under eller över tröskelvärdet. Att göra en sådan beräkning är viktigt i och med att det är olika regler som faller in beroende på vilken sida av tröskelvärdet upphandlingens värde landar på.<sup>18</sup>

Innan en faktisk upphandling kommer till stånd ska den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela en anbudsgivare upphandlingskontraktet. Det finns flera typer av förfaranden för tilldelning vilka ställs upp i 6 kap. 1 § i både LOU och LUF. Gemensamt för alla förfaranden är att den upphandlande myndigheten eller enheten ska annonsera upphandlingen, vilket framgår av 10 kap. 1 § LOU och LUF. Att en upphandling annonseras innebär att den upphandlande parten, genom en anbudsinfordran, informerar om sin avsikt att tilldela kontrakt eller ramavtal. Med anbudsinfordran ska, enligt 11 kap. LOU och LUF, en tidsfrist följa som anbudsgivarna har att beakta. Under tidsfristen ska enligt 12 kap. 10 § LOU och LUF den upphandlande myndigheten eller enheten förvara anbuderna oöppnade. När fristen löpt ut har upphandlaren att utse det vinnande anbudet. Upphandlingen ska tilldelas den leverantör vars anbud är det mest ekonomiskt fördelaktiga. I genomsnitt, beräknat på statistik från upphandlingar under år 2017, inkommer 4,1 anbud per annonserad upphandling.<sup>19</sup> För att avgöra vilken anbud som är det bästa utifrån en ekonomisk synvinkel ska de värderas utifrån förhållandet mellan kvalitet och pris. För att i sin tur avgöra hur ett sådant förhållande ser ut ska hän-

---

<sup>18</sup> Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – en introduktion, juli 2014, s. 10.

<sup>19</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverkets rapport 2018:9, s. 10.

syn tas till kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter och sociala aspekter vilka är kopplade till det som ska upphandlas.<sup>20</sup> När en anbudsgivare har tilldelats upphandlingen följer avtalsperioden där det offentliga kontraktet tar form.<sup>21</sup>

## 2.2 Definition av jäv vid offentlig upphandling

Jäv kan sägas vara en typ av korruption och i korthet innebär det att en intressekonflikt uppstår.<sup>22</sup> De som omfattas av begreppet är både personer hos den upphandlande myndigheten eller enheten, inklusive konsulter, och anställda hos leverantören. Begreppet innebär att det ska föreligga ett finansiellt, ekonomiskt eller personligt intresse som, antingen direkt eller indirekt, kan äventyra synen på opartiskhet.<sup>23</sup>

Att en jävssituation uppstår hos den som upphandlar innebär att den upphandlande myndigheten eller enheter i fråga handlat partiskt. Det kan till exempel vara att upphandlaren valt ett anbud på felaktig grund och därmed inte tagit hänsyn till den process som ska följas enligt 6 kap. LOU eller LUF. De upphandlande myndigheterna och enheterna är särskilda riskgrupper för förekommande av jäv, i och med att det är här som upphandlingen utförs och den vinnande anbudsgivaren utses. Upphandlare har vidare ofta goda kunskaper kring hur lagstiftningen på området ser ut och det är därför möjligt att de vet hur en jävssituation på bästa sätt kan döljas.<sup>24</sup>

Det finns risk att en jävssituation uppkommer även på leverantörsnivå. Den praktiska innebörden om en sådan situation uppstår, är att leverantören får en otillbörlig fördel. En anledning till att jävssituationer uppkommer på den här nivån kan t.ex. vara att en leverantör är ekonomiskt beroende av den offentliga kunden för att överleva, vilket kan innebära att större risker är beredda att tas.<sup>25</sup> Ett annat exempel på leverantörsjäv är om det föreligger en vänskapsrelation mellan en anställd hos den upphandlande myndigheten eller enheten och någon

---

<sup>20</sup> Prop. 2015/16:195, s. 782 f.

<sup>21</sup> Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – en introduktion, juli 2014, s. 10.

<sup>22</sup> Upphandlingsmyndigheten, Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?, Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 4 (2017), s. 9.

<sup>23</sup> Engström, Mikael, Korruption i offentlig upphandling, UrT 2016, s. 324.

<sup>24</sup> Upphandlingsmyndigheten, Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?, s. 10.

<sup>25</sup> Ibid, s. 9.

person hos leverantören. Tilldelas en vän ett upphandlingskontrakt rubbas förtroendet för upphandlarens opartiskhet, oavsett om den som tilldelas kontraktet faktiskt haft det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.<sup>26</sup> Det kan ifrågasättas om det verkligen är möjligt med ett rent leverantörsjäv i och med att jäv sällan uppstår ensidigt. Gällande jäv på grund av en vänskapsrelation är det i princip omöjligt. I många fall bör ett leverantörsjäv uppstå i samband med ett jäv hos upphandlaren. Det har dock ingen egentlig praktisk betydelse då följderna blir att upphandlingen får göras om oavsett grund för jäv. Uppdagat ett leverantörsjäv slår det visserligen hårdare i och med att det, enligt 13 kap. LOU och LUF, även leder till uteslutning.

Konsultjäv är en tredje typ av jäv som kan uppstå vid en situation då en person både har medverkat som konsult under förberedelsefasen och senare även som anbudsgivare i upphandlingsfasen.<sup>27</sup> Följderna blir att personen i fråga eventuellt får information som övriga anbudsgivare inte får. Vidare har en person som först medverkat under förberedelsefasen en möjlighet att påverka utformningen av upphandlingen, vilket i sin tur kan medföra otillbörliga fördelar, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.<sup>28</sup> Som huvudregel tillåter LOU och LUF dubbel medverkan. Konsulter kan bl.a. anlitas som tekniska experter, för marknadsanalyser eller som sakkunniga vid anbudsutvärderingen.<sup>29</sup> Uteslutning får dock ske om den dubbla medverkan medför en snedvridning av konkurrensen och rubbning av likabehandlingsprincipen. För att undvika att sådan snedvridning uppstår, har det i 4 kap. 8 § LOU och 4 kap. 7 § LUF införts en skyldighet att informera övriga potentiella leverantörer om de upplysningar som har lämnats och som har relevans för upphandlingen.

## 2.3 Korruption i Sverige

I Sverige har korruption historiskt sett definierats i begränsade juridiska termer med fokus på främst mutbrott. En sådan definition bör anses vara förlegad, då en bredare definition stämmer mer överens med verkligheten. Sverige är enligt mätningar ett lågkorrupt land och med en alltför inskränkt definition av vad som avses med korruption finns risk att viktiga aspekter av

---

<sup>26</sup> Prop. 2016/17:180, s. 93.

<sup>27</sup> Upphandlingsmyndigheten, Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?, s. 25.

<sup>28</sup> Levinsohn, Martin, Myrbäck, Magnus, När föreligger så kallat konsultjäv enligt nya LOU?, Anbud24, 2017-03-22, (<https://anbud24.se/nar-foreligger-sa-kallat-konsultjav-enligt-nya-lou/>) Hämtad 2018-10-11.

<sup>29</sup> Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, rapport 2013:6, s. 110.

korruptionsproblemet inte uppmärksammas. Korruption bör i dagens situation i stället definieras i termer av favorisering och maktmissbruk. En bredare definition är viktig i och med att en offentlig makthavare kan handla partiskt även då någon muta inte är inblandad.<sup>30</sup>

Korruption är ett hot för samhället i och med att det skapar en snedvridning i likabehandlingen och rubbar rättssäkerheten. Korruption är skadligt både för konkurrensen och för konsumenterna då det kan förvärra överträdelser av konkurrens- och upphandlingsreglerna.<sup>31</sup> Inget land är immunt mot korruption utan det uppdagas mer eller mindre överallt.<sup>32</sup> Korruption förknippas ofta med fattiga utvecklingsländer med låg BNP. Kopplingen mellan offentlig upphandling och BNP är dock inte speciellt stark utan risken för korruption är snarare beroende av andra faktorer, såsom bransch, storlek på kontrakt, anbudsprocedur och affärskultur.<sup>33</sup> Vad som vidare gör korruption möjligt är ett lands samhällsstruktur. Faktorer som reglering, monopol, krav på tillstånd, koncessioner för utvinning av naturtillgångar och upphandling spelar in.<sup>34</sup>

Sverige är inte undantaget korruption utan det finns flera studier som tyder på att det kan vara ett betydligt mer utbrett fenomen än vad som tidigare förmodats.<sup>35</sup> I en mätning från år 2017 gjord av Transparency International, som är en internationell rörelse som arbetar emot korruption, rankades Sverige som det sjätte minst korrupta landet utav 180 stycken. Även då det kan förstås som lågt placerade sig Sverige sist utav de skandinaviska länderna.<sup>36</sup> Att utländska mätningar har rankat Sverige som ett land med mycket låg risk för korruption får anses vara en bidragande orsak till att det okritiskt antagits att korruption inte är något större problem i Sverige. Vad som egentligen endast går att utläsa från de resultat som presenterats i sådana mätningar är att läget i Sverige är bättre än i många andra länder.<sup>37</sup> Även KKV har kritiserat

---

<sup>30</sup> Regeringskansliet, Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska, 2013:2, s. 9 f.

<sup>31</sup> Konkurrensverket, Korruption som begränsar konkurrensen, rapport 2018:10, s. 10.

<sup>32</sup> KOM (2014) 38 slutlig av den 3 februari 2014, s. 2.

<sup>33</sup> Upphandlingsmyndigheten, Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?, s. 9.

<sup>34</sup> Sandgren, Claes, Att bekämpa korruption – ett rättsligt perspektiv, JT 2007/08, s. 284.

<sup>35</sup> Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, rapport 2013:6, s. 88.

<sup>36</sup> Transparency International, Corruption perceptions index 2017, [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2017](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017) hämtad 2018-12-22.

<sup>37</sup> Regeringskansliet, Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska, 2013:2, s. 28.



sådan typ av indexmätning då det endast visar att Sverige har en ledande placering internationellt och inte problemets utbredning i Sverige.<sup>38</sup> En ytterligare rimlig anledning till att vi i Sverige inte tidigare förstått bredden av korruptionen får anses vara den före detta snäva begreppsdefinitionen. Med ett utökat tillämpningsområde faller fler situationer in under begreppet. Några säkra siffror kring omfattningen av korruption vid offentlig upphandling i Sverige finns dock inte utan det råder stor osäkerhet. Vidare syns inte all typ av korruption vilket innebär att det är svårt att mäta och få en rättvis bild.<sup>39</sup>

## 2.4 Risken för korruption vid offentlig upphandling

Offentlig upphandling är ett riskområde för illojala affärsmetoder som jäv då det bl.a. innebär en nära samverkan mellan den privata och offentliga sektorn.<sup>40</sup> En ytterligare anledning till att upphandlingar kan locka till ett korrupt beteende är det faktum att den årliga omsättningen ligger på omkring 600 miljarder kronor. Jäv i offentlig upphandling skadar allmänhetens förtroende för den offentliga förvaltningen och kan leda till ett kallare samhälle där vi inte vågar lita på våra medmänniskor.<sup>41</sup>

Även då det är svårt att genom mätningar få fram en rättvis bild av hur utbrett fenomen korruption i offentlig upphandling faktiskt är, får de rapporter som finns anses vara vägledande. Under de senaste åren har ett antal rapporter och undersökningar sammanställts om korruptionssituationen i Sverige, där offentliga upphandlingar varit ett återkommande riskområde.<sup>42</sup> Riskerna har ansetts särskilt stora inom kommunala upphandlingar. Ett av skälen kan vara att det ofta finns en geografisk närhet mellan upphandlare och leverantör inom de svenska kommunerna. Det kan därmed finnas ett intresse av att gynna det lokala näringslivet eller vänner och släktingar, genom tilldelning av avtal eftersom det kan finnas personliga relationer mellan kommunala tjänstemän och leverantörer. En annan orsak till det ökade riskområdet på kommunal nivå är att en stor del av den svenska offentliga verksamheten utförs där.<sup>43</sup> Av alla

---

<sup>38</sup> Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, rapport 2013:6, s. 89.

<sup>39</sup> Konkurrensverket, Korruption som begränsar konkurrensen, rapport 2018:10, s. 7.

<sup>40</sup> KOM (2011) 15 slutlig av den 27 januari 2011, s. 49.

<sup>41</sup> Upphandlingsmyndigheten, Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?, s. 9 och 13.

<sup>42</sup> Ibid, s. 91.

<sup>43</sup> Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, rapport 2013:6, s. 94.

upphandlingar som annonserades år 2017 var 69 procent på kommunal nivå, där kommuner stod för 47 procent och kommunala, tillsammans med privata, bolag för 22 procent.<sup>44</sup> Ett tredje skäl till att kommunala upphandlingar är belägna med en högre riskfaktor för korruption är att kommuner ofta inte har tillräcklig kompetens och kunskap kring de lagar och regler som finns att beakta. Leverantörer har även upplevt att det är lättare att påverka upphandlingar på kommunal nivå.<sup>45</sup>

Risken för korruption ter sig vidare olika beroende på del i upphandlingsprocessen. Risk för korruption kan uppkomma redan före en upphandling. Ett av de kanske mest uppmärksammade fallen i Sverige är den så kallade *Asfaltkartellen*, där flera företag innan olika upphandlingar kommit överens om anbudspriser och vilket företag som skulle få vilket jobb.<sup>46</sup> Många upphandlare är dock av uppfattningen att störst risk för korruption är under planeringsfasen. På ett sådant stadie kan behovsanalysen samt förfrågningsunderlaget styras till att passa en specifik leverantör. Ett förfrågningsunderlag kan även ges en otydlig utformning med syfte att skapa utrymme för en godtycklig bedömning så att en viss leverantör kan gynnas. Under själva upphandlingsfasen är risken för korruption betydligt lägre i och med att den reglering som finns är förhållandevis strikt. När processen, efter upphandlingen, träder in i avtalsperioden är dock uppfattningen att risken åter ökar. En förhöjd risk har mycket att göra med att ansvaret går från den centrala upphandlaren till beställare ute i organisationen, vilka normalt har sämre vetskap kring vart gränsen för ett korrupt beteende går. Även efter upphandlingen finns det fortsatt risk för korruption, då det t.ex. kan uppstå i samband med eventuella tilläggsarbeten. Behövs vad som upphandlats kompletteras med något ytterligare är det förhållandevis enkelt att förvärva det vid sidan av upphandlingsreglerna.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Konkurrensverket, Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverkets rapport 2018:9, s. 59.

<sup>45</sup> Brå rapport 2010:9, s. 49.

<sup>46</sup> MD 2009:11, s. 83.

<sup>47</sup> Brå rapport 2010:9, s. 48 ff.

# 3 EU-rätt och offentlig upphandling

## 3.1 Historia

Offentlig upphandling har länge varit EU-rättsligt reglerat. De första upphandlingsdirektiven antogs år 1992 och genomfördes i Sverige i samband med inträdet i EU år 1995.<sup>48</sup> De tidigaste direktiven tog, precis som de nuvarande, sikte på upphandlingar över tröskelvärdet och innehöll detaljerade bestämmelser kring hur upphandling av varor och tjänster skulle gå till.

Till skillnad från dagens upphandlingsdirektiv var de flera till antalet och mer specificerade. År 2004 kom, efter åtta års förhandlingar, två nya upphandlingsdirektiv som skulle ersätta de tidigare. Det ena direktivet reglerade den klassiska sektorn medan de andra reglerade upphandlingar i försörjningssektorn.<sup>49</sup> De nya direktiven var moderniserade och syftade till att förenkla upphandlingsförfarandet.<sup>50</sup> Nytt för 2004 års direktiv var även att det infördes ett förfarande om konkurrenspräglad dialog. Det infördes också en möjlighet för upphandlande av ramavtal mellan upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer.<sup>51</sup> Tio år senare, år 2014, antogs de nu gällande direktiven, även de med syfte att förenkla och modernisera. Nytt för 2014 års upphandlingsdirektiv var även att bestämmelser om intressekonflikter infördes.

## 3.2 Grundläggande EU-rättsliga principer

### 3.2.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen finns stadgad i artikel 4.2 i FEU och utgör grunden för offentlig upphandling och är således en viktig del i processen.<sup>52</sup> Principen innebär att olika fall inte får

---

<sup>48</sup> Se direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG och 93/38/EEG.

<sup>49</sup> Se direktiv 2004/17/EG samt direktiv 2004/18/EG.

<sup>50</sup> Bovis, Christopher, *EC public procurement: case law and regulation*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, s. 167.

<sup>51</sup> *Ibid*, s. 171 ff.

<sup>52</sup> Dom av den 12 december 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 91.

behandlas lika, men att lika fall ska göra det, om det inte finns godtagbara skäl för särbehandling.<sup>53</sup> När det talas om likabehandlingsprincipen vid offentlig upphandling är det likabehandling av leverantörer som åsyftas. Alla leverantörer ska ges samma förutsättningar och principen tillåter alltså inte t.ex. favorisering eller att olika leverantörer får olika information innan upphandlingen äger rum.<sup>54</sup> Följs likabehandlingsprincipen kan en sund konkurrens säkerställas och en större rättssäkerhet kan garanteras, då alla står inför samma villkor.

### 3.2.2 *Principen om icke-diskriminering*

Principen om icke-diskriminering finns stadgad i artikel 18 i FEU och tar främst sikte på diskriminering på nationella grunder. Principen anknyter till likabehandlingsprincipen, men skillnaden är att den senare tar sikte på all typ av diskriminering.<sup>55</sup> Från EU-domstolens praxis kan förstås att t.ex. ett krav som endast kan uppfyllas av nationella leverantörer eller krav som försvårar för leverantörer i andra medlemsstater strider mot principen. Principen om icke-diskriminering innebär alltså att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer från andra länder på samma sätt som inhemska.<sup>56</sup> Principen sträcker sig längre än EU vilket innebär att även leverantörer från tredje land omfattas.<sup>57</sup>

### 3.2.3 *Proportionalitetsprincipen*

Proportionalitetsprincipen finns stadgad i artikel 5.4 i FEU och innebär att de krav som upphandlande myndigheter och enheter ställer på en vara, tjänst eller leverantör måste vara i linje med vad som kan anses stå i rimlig proportion till syftet med kravet i den aktuella upphandlingen.<sup>58</sup> Det innebär att en mindre ingripande åtgärd, för att nå samma resultat, går före en

---

<sup>53</sup> Se bl.a. dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 27. Se vidare dom av den 14 december 2004, *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 70.

<sup>54</sup> Dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 27.

<sup>55</sup> Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure, Stockholm, 2012, s. 45.

<sup>56</sup> Dom av den 20 september 1988, *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:422, punkt 30.

<sup>57</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155.

<sup>58</sup> Prop. 2006/07:128, s. 132.

mer omfattande.<sup>59</sup> Alla eventuella inskränkningar, som är till men för en enskild, ska vidare tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt för att vara lagenliga.<sup>60</sup>

### 3.2.4 Principen om öppenhet

Principen om öppenhet innebär vid offentlig upphandling dels att en upphandling ska annonseras och dels att leverantörerna ska informeras om vad anbudsförfarandet senare resulterat i.<sup>61</sup> Denna princip är starkt sammankopplad med både likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering då den är avgörande för att de senare ska kunna upprätthållas. EU-domstolen har även i sin praxis uttryckt att principen om öppenhet möjliggör kontroll av att likabehandlingsprincipen beaktas.<sup>62</sup> LOU- och LUF-direktivet innehåller flertalet artiklar som ska bidra till ökad öppenhet. Det finns bl.a. bestämmelser om hur annonser ska utformas, krav på specifikationer och kriterier för utvärdering, vilka alla är utformade för att underlätta och öka graden av transparens.<sup>63</sup> För att principen om öppenhet ska vara uppfylld ska t.ex. ett förfrågningsunderlag vara klart, precist och otvetydigt utformat. Utgångspunkten är att alla anbudsgivare ska kunna tolka en annonserad upphandling på samma sätt. Om en annonsering är otydlig eller svårtolkad får det anses strida mot principen om öppenhet.<sup>64</sup>

### 3.2.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att upphandlande myndigheter och enheter har en skyldighet att acceptera och erkänna handlingar från andra medlemsstater. Vad som faller in under begreppet handlingar är intyg och certifikat utfärdade av behöriga myndigheter i landet i fråga. En upphandlande myndighet eller enhet får således inte t.ex. kräva att en anbudsgivare har en certifierad utbildning från ett visst land. Kan ett motsvarande utbildningsbevis uppvisas från annan medlemsstat ska det accepteras.<sup>65</sup> Principen har sin grund i mål *Cassis de*

---

<sup>59</sup> Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling: en kommentar, 3 u, Jure, Stockholm, 2014, s. 67.

<sup>60</sup> Se dom av den 6 november 2003, *Gambelli m.fl.*, C-243/01, EU:C:2003:597, punkt 64 och 65. Se vidare dom av den 6 oktober 2009, kommissionen / *Spanien*, C-153/08, EU:C:2009:618, punkt 39.

<sup>61</sup> Prop. 2006/07:128, s. 155.

<sup>62</sup> Dom av den 18 juni 2002, *Hospital Ingenieure*, C-92/00, EU:C:2002:379, punkt 45.

<sup>63</sup> Se artikel 48 – 55 i direktiv 2014/24/EU och artikel 67 – 75 i direktiv 2014/25/EU. Se även Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling: en kommentar, 3 u, Jure, Stockholm, 2014, s. 65.

<sup>64</sup> Dom av den 10 maj 2012, *kommissionen / Nederländerna*, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 109.

<sup>65</sup> Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 3 u, Jure, Stockholm, 2013, s. 21.

*Dijon* där EU-domstolen uttryckte att en dryck som lagligen utbjudits till försäljning i en medlemsstat inte får vägras i en annan.<sup>66</sup>

### 3.3 LOU och LUF-direktivet

#### 3.3.1 Grunden till nya upphandlingsdirektiv

EU antog år 2014 ett nytt klassiskt upphandlingsdirektiv och ett nytt försörjningsdirektiv som skulle ersätta de tidigare, 2004/18/EG och 2004/17/EG. LOU- och LUF-direktiven är omarbetningar av deras föregångare och flera artiklar är således oförändrade i sak.<sup>67</sup> Det uttalade syftena med direktiven är framförallt att medföra en effektivisering och förenkling i upphandlingsmarknaden.<sup>68</sup>

EU:s nya upphandlingsdirektiv är en konsekvens av den så kallade 2020-strategin, som presenterades av Europeiska rådet år 2010. Syftet med strategin är att förbättra förutsättningarna för full sysselsättning och hållbar tillväxt för alla till år 2020.<sup>69</sup> För att lyckas med en hållbar tillväxt krävs bl.a. att ekonomin är konkurrenskraftig. Utrymmet för jäv bör således minimeras i och med att förekomsten av intressekonflikter skapar en snedvridning i konkurrensen. Europaparlamentet och rådet har i skälen till LOU- och LUF-direktivet konstaterat att för att målen om en hållbar tillväxt ska kunna uppnås fordras att direktivens föregångare moderniseras i syfte att skapa ett mer effektivt sätt att använda offentliga medel.<sup>70</sup>

Offentlig upphandling har en central roll i 2020-strategin då upphandling är ett viktigt instrument för att kunna uppnå strategins mål. I strategin anges att offentlig upphandling särskilt bör utnyttjas för att förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet, stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp samt förbättra företagsklimatet. I vad som nu föreskrivits ingår ett övergripande mål om att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna, det vill säga att upphandlande myndigheter och enheter ska eftersträva det bästa möjliga upphandlingsresultatet. För att lyckas med det är det avgörande att

---

<sup>66</sup> Dom av den 20 februari 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, EU:C:1979:42, punkt 15.

<sup>67</sup> Prop. 2015/16:195, s. 309.

<sup>68</sup> KOM (2011) 15 slutlig av den 27 januari 2011, s. 3.

<sup>69</sup> Regeringskansliet, Sveriges nationella reformprogram 2018, s. 3.

<sup>70</sup> Se skäl 2 i direktiv 2014/24/EU och skäl 4 i direktiv 2014/25/EU.

skapa största möjliga konkurrens om offentliga kontrakt. Alla anbudsgivare vid en upphandling måste ges tillfälle att konkurrera på lika villkor och snedvridning måste undvikas.<sup>71</sup>

### 3.3.2 Tillämpningsområden

LOU- och LUF-direktivet påminner i mångt och mycket om varandra. I stor utsträckning är de till och med identiska och nästintill alla nya formuleringar och inslag har fått samma utformning i båda direktiven. Det finns dock övergripande områden som skiljer direktiven åt. Till att börja med är det en skillnad i vilken typ av upphandling som faller under vilket direktiv. LOU-direktivet tar som nämnt sikte på upphandling inom den klassiska sektorn och behandlar offentliga upphandlingar av byggtreprenader, varor och tjänster.<sup>72</sup> LUF-direktivet tar också sikte på sådan typ av upphandling men området är mer precist.<sup>73</sup> LUF-direktivet tar sikte på upphandlingar inom försörjningssektorerna, dvs. upphandling som sker av enheter som bedriver verksamhet på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.<sup>74</sup>

Det är endast *upphandlande myndigheter* respektive *upphandlande enheter* som faller in under direktivens tillämpningsområden. Det finns stora likheter mellan begreppen men det senare har ett bredare omfång. Under LOU-direktivet faller endast upphandlande myndigheter. Till det hör alla statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, statliga och kommunala bolag samt många olika stiftelser. Under LUF-direktivet faller i stället upphandlande enheter vilket utöver vad som omfattas av begreppet upphandlande myndighet innefattar vissa privata bolag. Avgörande för om LUF blir tillämplig är vilken typ av verksamhet som bedrivs och inte syftet, som är avgörande för LOU:s tillämplighet. Kan en upphandlares verksamhet hänföras till båda regelverken ska båda lagarna beaktas. Det är alltså inte alltid möjligt att sortera in myndigheter eller enheter under en av dem. En överviktsprincip ska dock tillämpas om det som upphandlas är avsett för både den verksamhet som bedrivs i egenskap av upphandlande myndighet och den som bedrivs i egenskap av upphandlande enhet. Principen innebär att den lag som upphandlingens största värde kan

---

<sup>71</sup> KOM (2011) 15 slutlig av den 27 januari 2011, s. 4.

<sup>72</sup> Se skäl 4 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>73</sup> Prop. 2015/16:195, s. 314.

<sup>74</sup> Se skäl 2 i direktiv 2014/25/EU.

hänförs till ska tillämpas. Är det inte möjligt att göra en rättmätig bedömning ska LOU tillämpas.<sup>75</sup>

### 3.3.3 Sunda förfaranden

De moderniserade upphandlingsdirektiven, LOU- och LUF-direktivet, kan sammanfattas med fem huvudområden:

- 1 Förenkling och flexiblare förfaranden,
- 2 Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar,
- 3 Bättre tillgång till marknaden för små och medelstora samt nystartade företag,
- 4 Sunda förfaranden,
- 5 Styrning (tillsyn och vägledning).

Ett av huvudområdena för direktiven är alltså fokus på sunda arbetsförhållanden. För att motverka osunda affärsbeteenden som favorisering och korruption, innehåller direktivens artiklar bestämmelser om bl.a. jäv.<sup>76</sup> Av skäl 16 i LOU-direktivet och skäl 26 i LUF-direktivet framgår att en upphandlande myndighet bör utnyttja alla medel som står till deras förfogande enligt nationell rätt, för att förhindra att snedvridningar uppstår i offentliga upphandlingar till följd av intressekonflikter.<sup>77</sup> Detta fastställs vidare i artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet. Bestämmelserna täcker faktiska, potentiella och förmodade intressekonflikter som dels uppkommer hos anställda vid den upphandlande myndigheten eller enheten och dels hos leverantörer som medverkar vid upphandlingsförfarandet. EU-domstolen styrkte kravet ytterligare i mål *eVigilo*, där de anförde att upphandlande myndigheter under *alla omständigheter* är skyldiga att kontrollera om det finns eventuella intressekonflikter.<sup>78</sup> Målet rörde en upphandling i Litauen, där en myndighet höll en öppen anbudsinfordran gällande inköp av ett IT-system. I målet yrkade *eVigilo*, som klagande part, att de experter som granskat och utvärderat anbudet i upphandlingen var partiska, då de menade på att det funnits yrkesmässiga band mellan experterna och de specialister som angavs i det vinnande anbudet. Den nationella domstolen ogillade *eVigilos* talan både i första och andra instans då det inte bevisats att det funnits

---

<sup>75</sup> Konkurrensverket, Överprövning av offentliga upphandlingar, Uppdragsforskningsrapport 2014:8, s. 15 ff.

<sup>76</sup> Regeringskansliets promemoria, om förhandlingarna om nya EU-direktiv på upphandlingsområdet, s. 8.

<sup>77</sup> Se skäl 16 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>78</sup> Se dom av den 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkt 47.



ett objektivt samband mellan experterna och specialisterna. När målet kom upp till högsta instans vände sig domstolen till EU-domstolen för att få klarhet i om upphandlingsdirektivet (målet bygger på 2004 års upphandlingsdirektiv) utgjorde ett hinder för att fastställa att granskningen av anbuden varit rättsstridig redan på den grund att den leverantör som tilldelats upphandlingen haft en nära anknytning till de som granskat. EU-domstolen bedömde att det är upphandlaren samt domstolen som är ansvariga för att kontrollera om det föreligger någon typ av intressekonflikt. Vidare konstaterades att alla upphandlande myndigheter har att beakta likabehandlingsprincipen och att en upphandlingsprocess därför inte ska innebära en risk för favorisering eller godtycke.<sup>79</sup>

Kravet på att förfarandet vid offentlig upphandling ska vara öppet för att säkerställa att alla anbudsgivare behandlas lika ökar graden av sundhet och minskar risken för illojalitet. I föregångarna till LOU- och LUF-direktivet saknas regler för att förhindra jäv, dessa frågor fick istället behandlas på nationell nivå vilket medförde stor variation mellan medlemsstaterna. Att införa ett skydd mot jäv på EU-nivå kan således förbättra den allmänna skyddsnivån hos medlemsstaterna samt öka den övergripande rättvisan i förfarandena.<sup>80</sup>

Trots att både LOU- och LUF-direktivet innehar regler kring jäv är formuleringen i LUF-direktivet anmärkningsvärd. Artikel 24 i LOU-direktivet och artikel 42 i LUF-direktivet är identiskt utformade, trots det blir formuleringen i LUF-direktivet problematisk. Artikel 24 ställer upp ett krav på medlemsstaterna att se till att *upphandlande myndigheter* vidtar lämpliga åtgärder för att förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter. Problemet med en sådan utformning blir att kravet är begränsat till att omfatta vissa upphandlare. Som framgick i föregående avsnitt tar LUF-direktivet sikte på upphandlande enheter, vilket för visso innefattar myndigheter men även upphandlare som inte är myndigheter.

### 3.3.4 Dubbel medverkan

I LOU- och LUF-direktivet har en möjlighet till dubbel medverkan vid offentlig upphandling antagits. En leverantör som medverkat vid förberedelsen av en upphandling får, förutsatt att konkurrensen inte snedvrids, även vid ett senare stadiet i upphandlingsprocessen lägga ett anbud. För att undvika snedvridning, och för att tillgodose likabehandlingsprincipen, ska övriga

<sup>79</sup> Se dom av den 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, EU:C:2015:166 punkt 43, 44 och 47.

<sup>80</sup> KOM (2011) 15 slutlig av den 27 januari 2011, s. 49 f.

anbudsgivare tilldelas samma information som eventuellt lämnats till den som medverkat under förberedelsen.<sup>81</sup> Bestämmelsen om dubbel medverkan är en kodifiering av EU-domstolens praxis och är alltså inget nytt påfund. I förenade domar *Fabricom* fann domstolen att en leverantör som varit delaktig vid utformningen av ett förfrågningsunderlag inte kan uteslutas från upphandlingen utan att få tillfälle att visa att det inte inneburit någon otillbörlig fördel.<sup>82</sup> Domstolen hänvisade till likabehandlingsprincipen och konstaterade att innebörden är att lika fall inte får behandlas olika och att olika fall inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för det.<sup>83</sup> Vidare uttalade domstolen att en person som har varit delaktig under förberedelsen till en offentlig upphandling inte nödvändigtvis befinner sig i samma situation som en person som inte varit delaktig. Att en person deltagit under ett förberedande arbete kan innebära en fördel vid en eventuell formulering av anbud i och med att personen i fråga kan ha erhållit viktig information. Alla anbudsgivare måste få samma chans till att utforma sitt anbud varför domstolen ansåg att sådan information måste föras vidare till samtliga.<sup>84</sup> När anbudena har inkommit ska de även från upphandlarens sida behandlas lika. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska objektivt pröva vilket anbud som ska tilldelas upphandlingen.<sup>85</sup> Avgörande för vilken leverantör som går vinnande ur ett upphandlingsförfarande är framförallt pris, form och kvalitet. Utöver det bör vikt även läggas vid leverantörens lämplighet. Den som upphandlar måste ställa sig frågan om leverantören har tillräcklig kapacitet för att utföra uppdraget samt om leverantören är skötsam nog.<sup>86</sup>

### 3.3.5 Utgångspunkter för genomförande

Med EU:s antagande av nya upphandlingsdirektiv följde en skyldighet för medlemsstaterna att genomföra dem i och med att ett EU-direktiv är bindande. Direktiv är ofta allmänt formulerade samt saknar direkt effekt, vilket innebär att enskilda normalt inte kan hävda några rät-

---

<sup>81</sup> Se artikel 41 i direktiv 2014/24/EU och artikel 59 i direktiv 2014/25/EU.

<sup>82</sup> Se dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 36.

<sup>83</sup> Se dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 27. Se även dom av den 14 december 2004, *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800, punkt 68.

<sup>84</sup> Se dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127 punkt 28 och 29. Se även dom av den 25 april 1996, *kommissionen / Belgien*, C-87/94, EU:C:1996:161, punkt 54.

<sup>85</sup> Se dom av den 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 34. Se även Norén, Carl, *Leverantörens rätt att få en korrupt konkurrent utesluten i upphandlingen*, UrT 2017, s. 172.

<sup>86</sup> Bengtsson, Annica, *Utrymmet för den upphandlande myndighetens bedömning vid kvalificering av leverantörer*, UrT 2018, s. 157.

tigheter eller skyldigheter baserade direkt på dem.<sup>87</sup> Medlemsstaternas bundenhet består dock inte av ett krav på genomförande i lag och de är heller inte bundna av ett direktivs terminologi eller systematik. Avgörande för om en medlemsstat har genomfört ett direktiv är om det avsedda syftet har uppnåtts eller inte, vägen dit är således mindre intressant.<sup>88</sup> EU-domstolen har dock i praxis ställt upp ett krav på att den mest lämpliga metoden för direktivets ändamål ska användas.<sup>89</sup> Vidare argumenterar bl.a. Marcus Klamert, juris doktor i europarätt, för ytterligare fem krav som måste vara uppfyllda för att ett direktiv kan anses slutligt genomfört. Han refererar till praxis och menar att det finns ett krav på fullständighet, klarhet, förutsebarhet, publicering och effektivitet.<sup>90</sup> Maria Bergström, även hon juris doktor, påstår å andra sidan att den avgörande faktorn för om ett direktiv är genomfört är fullständigheten. Varje medlemsstat ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa direktivets fulla verkan i enlighet med de mål som eftersträvas med direktivet.<sup>91</sup> Mot bakgrund av vad som precis presenterats, samt det faktum att EU-domstolens metod kännetecknas av ändamålsprincipen, får det anses klart att det är utfallet av genomförandet som är avgörande för om det skett på ett korrekt sätt. Det kan inte anses i linje med EU:s mål att exempelvis underminera ett genomförande på den grund att effektivitetsprincipen inte är uppfylld om syftet ändå är uppnått.

Har en medlemsstat misslyckats med att genomföra ett direktiv på rätt sätt kan Europeiska kommissionen föra en fördragsbrottstalan och begära ekonomiska sanktioner.<sup>92</sup> Bedömningen för om en medlemsstat har genomfört ett direktiv korrekt är i stort sett fri och får ske i varje enskilt fall. En konsekvens blir således att det uppstår en svårighet för medlemsstaterna att själva avgöra när ett försök till genomförande kan anses vara tillräcklig i kommissionens mening.<sup>93</sup> Brister i genomförandet är en kritisk problematik då unionens funktion begär att de bestämmelser som antas ska få samma genomslag i samtliga medlemsstater.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> Granmar, Claes, Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig upphandling, UrT 2016, s. 57.

<sup>88</sup> Se artikel 288 i FEUF samt Prop. 2015/16:195, s. 300.

<sup>89</sup> Se dom av den 8 april 1976, *Royer*, 48/75, EU:C:1976:57, punkt 75.

<sup>90</sup> Klamert, Marcus, Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting dots, CML Rev; 43, 2006, s. 1263. Se även Henkow, Oskar, Genomförande av direktiv från EU, Hur bör ”klara, precisa och ovillkorliga” bestämmelser i ett direktiv från EU genomföras i svensk rätt då bestämmelserna i vissa fall är oklara oprecisa och tvetydiga?, ERT, 2010, s. 453.

<sup>91</sup> Se dom av den 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408, punkt 41. Se även Bergström, Maria, Det nationella genomförandetrymmet, Reella valmöjligheter under påföljdsansvar eller rutinmässig sanktionering av redan fattade beslut?, ERT, 2008, s. 997.

<sup>92</sup> Se artikel 17 i FEUF. Se även kommissionens meddelande om artikel 260.3, p. 9.

<sup>93</sup> Myrin, Helena, Sveriges genomförande av EU-direktiv, Klar och tydlig uppgift eller

Trots vad som framkommit ovan har Lagrådet, med instämmande från lagstiftaren, ansett att ett genomförande av ett direktiv bör ske genom lagstiftning. Lagstiftningen ska vidare vara så pass tydlig att tillämparna endast i undantagsfall ska behöva gå till direktiven för att finna ledning i tolkningsfrågor.<sup>95</sup>

### 3.4 Sammanfattning

Klart står att införandet av jävsregler i LOU- och LUF-direktivet ska syfta till att säkra en konkurrenskraftig upphandling och därmed styrka likabehandlingsprincipen. Genom EU-domstolens praxis kan det förstås att intressekonflikter redan innan antagandet av direktivet varit otillåtet men att det genom LOU- och LUF-direktivet specifikt kodifierats. Det har både antagits bestämmelser som tar sikte på jäv mer allmänt och bestämmelser som fokuserar på dubbel medverkan. Det finns inget krav på att Sverige ska genomföra direktivet och bestämmelserna om jäv genom lagstiftning men då både lagstiftaren och Lagrådet har argumenterat för att det är det bästa sättet borde de ändå vara utgångspunkten.

---

svårhanterligt dilemma med kostsamma konsekvenser, ERT, 2014, s. 67.

<sup>94</sup> Hettne, Jörgen, Reichel, Jane, Att göra rätt i tid - behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?, Sieps, Stockholm, 2012, s. 105.

<sup>95</sup> Prop. 2006/07:128, s. 139 f.

## 4 Sveriges genomförande av jävsreglerna

### 4.1 Inledning

ÄLOU och ÄLUF bygger på 2004 års upphandlingsdirektiv. LOU- och LUF-direktivet är moderniserade omarbetningar av deras föregångare och utgångspunkten var att författningsbestämmelserna i LOU och LUF skulle utformas med ÄLOU och ÄLUF som förebilder.<sup>96</sup> Uppbyggnaden av ÄLOU och ÄLUF följer upphandlingsprocessens kronologi och det har inte framkommit några tillämpningsproblem kopplade till deras struktur.<sup>97</sup> De nya direktiven kontra de gamla har dock vissa olikheter i sak, bl.a. är reglering av intressekonflikter en nyhet i LOU- och LUF-direktivet. Trots att EU har infört ett krav på sådan reglering, har den svenska lagstiftaren bedömt att det varken är nödvändigt eller lämpligt att införa heltäckande bestämmelser som motsvarar kravet i LOU och LUF. Lagstiftaren anser att Sverige redan uppfyllt kraven genom annan lagstiftning.<sup>98</sup>

### 4.2 LOU

Till följd av EU:s beslutande om nya upphandlingsdirektiv reformerades bl.a. LOU. Sverige har som medlem i EU en skyldighet att på nationell nivå spegla vad som gäller enligt EU-rättsliga regler. LOU bygger på LOU-direktivet som i sin tur grundar sig på FEUF.

Med införandet av LOU följde två paragrafer angående jäv. Den ena, 13 kap. 3 § p. 6, utökar skyldigheten att utesluta leverantörer, medan den andra, 4 kap. 8 §, tar sikte på leverantörers tidigare deltagande. Trots EU:s nya upphandlingsdirektiv innehåller LOU alltså endast jävsreglering gällande leverantörer och konsulter. Jäv hos upphandlare faller således utanför, precis

---

<sup>96</sup> Prop. 2015/16:195, s. 309.

<sup>97</sup> Ds 2014:25, s. 290.

<sup>98</sup> Prop. 2015/16:195, s. 469.

som det gjort i tidigare regelverk. De införda paragraferna grundar sig på likabehandlingsprincipen och ska säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Det finns numera ett krav på att om en leverantör har deltagit under förberedelserna till en upphandling ska samtliga anbudsgivare eller anbudssökare ges samma information. Införandet av regler kring dubbel medverkan ska dock inte i praktiken ha förändrat rättsläget, då paragrafen är en kodifiering av vad EU-domstolen fastslog i *Fabricom*. Domen vann laga kraft 2005 och infördes senare i det nya upphandlingsdirektivet, vilket i sin tur genomfördes i 4 kap. 8 § LOU.<sup>99</sup> Bestämmelserna kring konsultjäv har således varit gällande sedan 2005 genom praxis, skillnaden är endast att det nu finns reglerat i lag. Anledningen till att en kodifiering infördes har troligtvis att göra med syftet om förenkling samt att rättssäkerheten ökas när det ställs ett krav på genomförande på nationell nivå.

Följden av att en leverantör deltar under förberedelsestadiet kan resultera i uteslutning. Om ett tidigare deltagande medför att likabehandlingsprincipen inte kan följas föreligger konsultjäv. En svårighet med bestämmelsen är att ingen vägledning ges angående hur långt den sträcker sig. Det kan vara svårt att endast utifrån lagstiftningen avgöra om likabehandlingsprincipen har inskränkts eller inte vid en situation där alla leverantörer har fått samma information, samt hur bedömningen ska gå till. Vägledning finns dock att hämta i EU-domstolens praxis. I målet *eVigilo* belystes, som nämnt, vikten av upphandlarens aktiva roll i upphandlingsförfarandet. Av LOU-direktivet framgår att upphandlande myndigheter ska vidta lämpliga åtgärder för att både förebygga och bekämpa intressekonflikter.<sup>100</sup> I *eVigilo* förtydligade domstolen hur bedömningen ska gå till vid en tvist om eventuell intressekonflikt. Av 4 kap. 8 § LOU framgår endast att den eventuellt jävige leverantören ska ges möjlighet att bevisa motsatsen. Det kan förstås som att bevisbördan läggs på den klagande. Paragrafen täcker dock endast en situation där upphandlaren finner skäl för uteslutning, anbudsgivaren i fråga har då möjlighet att motbevisa det. Går en jävstvist till domstol har kammarrätten i Jönköping emellertid konstaterat att domstolen ska pröva de invändningar som den klagande anfört mot en upphandling, vilket kan förstås som att ansvaret lyfts från den klagande till domstolen.<sup>101</sup> Vid EU-domstolens avgörande i *eVigilo* fastställdes att det är den upphandlande myndighetens ansvar att, om det uppdragets omständigheter som medför att opartiskheten kan ifrågasättas, undersöka om det

---

<sup>99</sup> Se artikel 41 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>100</sup> Se artikel 24 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>101</sup> Se Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658-2667-13.

föreligger en jävssituation och i så fall åtgärda den.<sup>102</sup> Det kan inte anses lämpligt att en leverantör själv ska intyga om jäv föreligger eller inte i och med att denne inte står opartisk inför en sådan bedömning.<sup>103</sup> Även kammarrätten i Stockholm har prövat frågan om bevisbördan och konstaterat att det inte vore förenligt med den aktiva roll som upphandlaren tilldelats att lägga bevisbördan på den klagande. Vidare strider det mot effektivitetsprincipen i och med att en anbudsgivare normalt inte har tillgång till de uppgifter och bevis som kan behövas för att kunna påvisa att någon är partisk.<sup>104</sup> Kammarrätten i både Stockholm och Sundsvall har även angett att ett dubbelt medverkande ska presumeras innebära en konkurrensfördel och att det därför åvilar upphandlaren att motbevisa det.<sup>105</sup> Det får förstås som att bevisbördan enligt huvudregel ska ligga hos upphandlaren. Det är endast vid en situation där upphandlaren kommer till en slutsats att en leverantör ska uteslutas som bevisbördan flyttas över.

De två paragrafer som införts i LOU behandlar till viss del samma sak, eller rättare sagt beror 4 kap. 8 § på 13 kap. 3 § 6 p. för att någon uteslutning ska komma till stånd. Skillnaden mellan paragraferna är dock att den senare har ett bredare omfång. Där omfattas alla leverantörer medan den tidigare paragrafen endast tar sikte på leverantörer som agerat som konsulter i ett förberedande stadium. Uteslutning kan alltså ske på grund av leverantörsjäv som inte utgör konsultjäv. Exempel på en sådan situation är där en leverantör blir vald på grund av en vänskapsrelation med någon hos den upphandlande myndigheten. En praktisk svårighet med en jävssituation av sådant slag får anses vara att jävsförhållandet är tvärsidigt. Det finns därmed en risk att upphandlaren inte uppfyller sin utredningsplikt i syfte att få egen vinning.

### 4.3 LUF

Med EU:s antagande av ett moderniserat LUF-direktiv följde även en förändring av LUF. Till skillnad från LOU är det upphandlande enheter och inte myndigheter som har att tillämpa lagen. Precis som att LOU- och LUF-direktivet bygger på varandra gör LOU och LUF det.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Se dom av den 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, C-583/13, EU:C:2015:166, punkt 43 och 44.

<sup>103</sup> Hård af Segerstad, Viktor, Nya regler om uteslutning – förenkling eller förvirring, UrT 2017, s. 227.

<sup>104</sup> Se kammarrätten i Stockholm dom av den 14 maj 2018 i mål nr 6449-17, s. 6.

<sup>105</sup> Se kammarrätten i Stockholm dom av den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09, s. 7 och kammarrätten i Sundsvall dom av den 20 december 2011 i mål nr 2458-11, s. 6. Se även Leffler, Henrik, Om bevisbörda och ”jäv” i upphandlingsmål, FT, 2/2010, s. 124.

<sup>106</sup> Konkurrensverket, Överprövning av offentliga upphandlingar, Uppdragsforskningsrapport 2014:8, s. 16.

Stora delar av lagarna är identiskt utformade och däribland reglerna kring jäv. Jävsreglerna i LOU har nästintill exakta motsvarigheter i LUF, skillnaden är endast vilka upphandlare som följer under vilken lag. I 13 kap. 4 § 6 p. LUF återfinns möjligheten att utesluta en leverantör på grund av jäv och 4 kap. 7 § LUF tar sikte på konsultjäv.

Även då stora delar av LOU och LUF liknar varandra finns det betydande olikheter. Överlag är LUF mindre detaljstyrd vilket beror på att större flexibilitet behövs för verksamheter inom försörjningssektorn då de är affärsdrivande.<sup>107</sup> Kravet på större flexibilitet kan utläsas av skäl 2 i LUF-direktivet. Det framgår där att ”Med tanke på vad som kännetecknar de områden som berörs, bör samordningen av upphandlingsförfaranden på unionsnivå skapa en god affärssed och erbjuda största möjliga flexibilitet...”. Då LOU överlag har en mer precis utformning bör den användas med försiktighet vid tolkning av LUF. Gällande jävsreglerna motsvarar de dock varandra varpå den problematik som har presenterats under avsnitt 4.3 blir aktuell även för upphandlingar i försörjningssektorn. Jävsreglerna i LUF omfattar alltså endast leverantörer och konsulter och jäv hos den som upphandlar förväntas regleras av allmänna principer och annan lag.<sup>108</sup>

#### 4.4 FL och KL

Både FL och KL innehåller regler kring jäv, vilka återfinns i 16-18 §§ FL, 5 kap. 47-49 §§ KL och 7 kap. 4 § KL. I båda lagarna finns bestämmelser som visar på när en förtroendevald eller anställd ska anses ha ett sådant intresse i ett ärende att dennes opartiskhet kan ifrågasättas. Alla upphandlande myndigheter och enheter omfattas dock inte av dessa regler. Vilka som omfattas av jävsreglerna framgår av 1 § FL och 2 kap. 1 § KL. Jävsreglerna i KL gäller kommuner, landsting och regioner medan jävsreglerna i FL gäller övriga förvaltningsmyndigheter. Således faller upphandlande myndigheter som kommunala och statliga bolag, samt privata bolag i egenskap av upphandlande enheter, utanför lagarnas tillämpningsområden vilket skapar ett osäkert rättsläge då lagstiftningen kan anses bristfällig.

---

<sup>107</sup> Olsson, Erik, Avsedda skillnader – varför man inte ska använda LOU för att tolka LUF, ERT 2018, s. 159.

<sup>108</sup> Prop. 2015/16:195, s. 472.



Jävsreglerna i FL och KL är enligt förarbeten mer vittgående än vad som framgår av LOU- och LUF-direktivet då de tar sikte på fler jävsituationer.<sup>109</sup> Regleringarna i FL och KL gäller all ärendehantering och riktar sig till alla som på något sätt kan påverka utgången av en upphandling. Reglerna riktar sig både till den som är beslutande och till den som hos upphandlaren deltagit på annat sätt.<sup>110</sup> I LOU- och LUF-direktivet definieras vad som omfattas av begreppet intressekonflikt. ”Begreppet intressekonflikt ska *minst* (egen kursivering) omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och avhängighet under upphandlingsförfarandet.”<sup>111</sup> Enligt förarbetena har jävsbestämmelserna i FL och KL ett bredare spektrum då de omfattar både sakägar-, intresse-, släktskaps-, ställföreträdar-, tvåinstans-, ombuds- och biträdesjäv.<sup>112</sup> Vad som menas med personliga intressen i LOU- och LUF-direktivet får anses vara olika typer av personliga kontakter i form av t.ex. familjemedlemmar eller vänner.<sup>113</sup> Det får vidare anses rimligt att både intresse-, släkt-, ställföreträdar-, ombuds-, och biträdesjäv faller under kategorin personliga intressen. Vid studium av lagen och direktiven får den stora skillnaden anses ligga i avsaknaden på reglering av delikatessjäv i LOU- och LUF-direktivet. I Både 16 § 4 p. FL och 6 kap. 28 § 5 p. KL finns en generalklausul som fångar upp alla tänkbara jävssituationer som av någon anledning inte kan hänföras till någon fastställd jävsgrund. Det kan dock utifrån lagstiftning vara svårt att avgöra när det föreligger delikatessjäv. Vägledning finns emellertid att hämta i förarbetena till FL där det uppställs några exempel. Lagstiftaren har där funnit att generalklausulen bör vara tillämplig vid en situation där någon är uppenbar vän eller ovän till den som är part, ekonomisk beroende av en part eller engagerad i saken på annat sätt som medför att misstanke om opartiskhet kan uppkomma.<sup>114</sup>

Utöver vad som konstaterats ovan är den övergripande skillnaden mellan jävsregleringen i LOU och LUF kontra FL och KL tillämpningsområdet. Reglerna tar sikte på olika parter i

---

<sup>109</sup> Prop. 2015/16:195, s. 472.

<sup>110</sup> Sundstrand, Andrea, Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling, UrT 2014, s. 58.

<sup>111</sup> Se artikel 24 i direktiv 2014/24/EU och artikel 42 i direktiv 2014/25/EU.

<sup>112</sup> SOU 2014:51, s. 93 f.

<sup>113</sup> Sundstrand, Andrea, Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling, UrT 2014, s. 62.

<sup>114</sup> Prop. 2016/17:180, s. 98. Se även prop. 1971:30 del 2, s. 343.

upphandlingsprocessen, vilket skapar en obalans. LOU och LUF tar sikte på jäv hos leverantörer och konsulter, medan FL och KL kan appliceras på jäv hos upphandlaren. Rättsläget är inte jämnt reglerat och följderna får anses bli att jäv hos upphandlaren värderas högre, då FL och KL har en mer strikt reglering. En ytterligare dimension av problemet är att vid sidan av en ojämn reglering finns en eventuell lucka i lagen, då statliga, kommunala och privata bolag faller utanför alla fyra regelverk.

## 4.5 Statliga, kommunala och privata bolag

### 4.5.1 Allmänt

Som nämnts i tidigare kapitel är det inte endast statliga och kommunala myndigheter som utgör upphandlande myndigheter och enheter. Även bolag under offentlig förvaltning samt en del privata bolag hör till kategorin. Som redan konstaterats faller de dock utanför den jävsreglering som i dag finns i FL och KL. År 2016 annonserades cirka 1 300 upphandlingar. Kommunala bolag, tillsammans med privata, stod för en femtedel av dessa. Vilket även statliga bolag, inklusive statliga myndigheter, gjorde.<sup>115</sup> På ett ungefär annonserades alltså 40 procent av upphandlingarna av de här bolagen. Det får således anses klart att dessa bolag står för en väsentlig del av den totala omsättningen per år. Mot bakgrund av vad som precis beskrivits kan det anses paradoxalt att lagstiftaren valt att i stora drag lämna 40 procent av alla upphandlingar åt slumpen gällande jävsfrågan. Lagstiftaren har alltså valt att fokusera på nästintill hälften av alla upphandlingssituationer när de har lagstiftat, vilket väcker frågan om de har haft grund för att lämna upphandlingsregelverket ofullständigt.

### 4.5.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen är, som nämnt i avsnitt 3.3, en av fem grundprinciper som upphandlingslagarna ska tolkas i ljuset av. Principen finns lagstadgad i 4 kap. 1 § LOU och LUF och innebär att lika fall ska behandlas lika och innefattar bl.a. ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn, vilket de intressekonflikter som omfattas av LOU- och LUF-direktivet tar sikte på. Likabehandlingsprincipen finns även grundlagsskyddad i 1 kap. 9 § RF vilket t.ex. finansdepartementet har framhållit när de har argumenterat för att Sverige har en täckande re-

---

<sup>115</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2017, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5 och Konkurrensverket rapport 2017:11, s. 42 och 45.

glering gällande intressekonflikter.<sup>116</sup> Problemet med sådan hänvisning är att den är inkorrekt, då likabehandlingsprincipen i RF endast är tillämplig på myndighetsutövning. Trots att det finns inslag av myndighetsutövning i offentlig upphandling faller det utanför begreppet, vilket bl.a. JO har ansett vara en vedertagen uppfattning.<sup>117</sup> Vad som i lagen omfattas av begreppet myndighetsutövning är ärenden där saken avgörs genom ett ensidigt beslut av myndigheten i fråga. Offentlig upphandling faller utanför begreppets definition i och med att upphandlingsförfarandet innebär att ett avtal träffas mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den vinnande leverantören, kravet på ensidighet är således inte uppfyllt.<sup>118</sup> Finansdepartementets påstående att luta sig tillbaka på RF kan således lämnas utan hänseende i och med att det inte är lagenligt.

Oavsett grundlag eller inte har alla upphandlande myndigheter och enheter, enligt FEU, en skyldighet att tillgodose likabehandlingsprincipen vid ett upphandlingsförfarande.<sup>119</sup> Oberoende av vad som står i upphandlingsdirektiven är alltså de grundläggande principerna i fördraget gällande. När lagstiftaren har argumenterat för att inte införa några jävsregler i LOU och LUF har de bland annat lutat sig tillbaka på detta. EU ser dock annorlunda på saken då det i förarbeten till LOU och LUF hänvisats till både skälen i 2004 och 2014 års upphandlingsdirektiv, där det framgår att likabehandlingsprincipen bör kompletteras med ett regelverk.<sup>120</sup> EU har anfört att för att säkra principens effekt samt garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens är reglering att föredra.<sup>121</sup>

Som kan förstås från ovan omfattas kommunala, statliga och privata bolag av likabehandlingsprincipen i egenskap av upphandlande myndigheter eller enheter. Likabehandlingsprincipen som sådan ska inte skapa något utrymme för jäv, i och med att effekten borde bli att ingen part får en otillbörlig fördel. Utfallet ser dock annorlunda ut varpå frågan väcks om det är tillräckligt rättssäkert att förlita sig på principen.

---

<sup>116</sup> Se finansdepartementets promemoria, Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningen, Fi2017/03767/OU, s. 12.

<sup>117</sup> JO 2007/08, s. 529 f. Se även konkurrensverkets yttrande, dnr 499/2017, Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningen, Fi2017/03767/OU, s. 5.

<sup>118</sup> Prop. 2006/07:128, s. 142 f.

<sup>119</sup> Se artikel 4.2 i FEU.

<sup>120</sup> Se SOU 2014:51 s. 34 f. Se även skäl 2 i direktiv 2004/18/EG och skäl 1 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>121</sup> Se skäl 2 i direktiv 2004/18/EG.

### 4.5.3 *Interna bestämmelser*

Då alla upphandlande myndigheter och enheter inte omfattas av den jävsreglering som finns har lagstiftaren funnit en lösning i att det ska ligga på Upphandlingsmyndigheten att vägleda och synliggöra frågor om jäv hos de bolag som faller utanför tillämpningsområdet i FL och KL.<sup>122</sup> Det är vidare tänkt att bolagen själva ska utforma en policy kring offentlig upphandling med utgångspunkt i den vägledning som går att hämta hos Upphandlingsmyndigheten. Att lagstiftaren lämnar ansvaret åt bolagen är en aning oroväckande då rättsäkerheten inte kan garanteras. Utfallet kommer inte bli enhetligt i och med att bolagen kan göra sin egen tolkning förutsatt att de följer de allmänna principerna, resultatet av de interna reglerna kan således komma att se helt olika ut. Å ena sidan bör rättsläget bli detsamma i och med att likabehandlingsprincipen förutsätter att lika fall behandlas lika, principen ger således inget utrymme för jäv. Men i och med att upphandlingsdirektiven föreskriver att principen måste kompletteras med en lag för att garanteras effekt bör det ifrågasättas varför det ska räcka med interna regler. Att överlämna ansvaret till bolagen i fråga kan vidare leda till att möjligheten för jäv ökar. Finns inget bakomliggande regelverk är det troligtvis enklare för dessa bolag att komma runt jävsproblematiken och kanske upphandla ”lite som de själva vill”. Statliga, kommunala och privata bolag är lika mycket upphandlande myndigheter och enheter som de som faktiskt omfattas av FL och KL, varför det kan anses orimligt att de ska hamna i skymundan.

Det kan tolkas som att lagstiftaren medvetet lämnat luckor i lagen och valt att lagstifta halvvägs. Lagstiftaren har dock uttryckt att det kan övervägas att utöka FL:s jävsbestämmelser till att omfatta de upphandlande myndigheter och enheter som i dag faller utanför.<sup>123</sup> Än har lagstiftaren inte valt att genomföra en sådan ändring men det indikerar ändå på att de har insett att lagstiftningen inte är optimal. En ny förvaltningslag trädde i kraft år 2017 men trots lagstiftarens tidigare diskussion kring utökningen av FL:s tillämpningsområde skedde ingen förändring. I förarbetena till nya FL framgår att jävsreglerna motsvarar de tidigare. Lagstiftaren argumenterade även för att det inte finns något behov av en reform i sak utan att lagen endast behövde moderniseras med sikte på förvaltningsförfarandet.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Prop. 2015/16:195, s. 473.

<sup>123</sup> Prop. 2015/16:195, s. 473.

<sup>124</sup> Prop. 2016/17:180, s. 93.

#### 4.5.4 Särskilt om privata bolag

Privata bolag kan som nämnt vara upphandlande enheter och omfattas då av LUF. Till de privata bolag som faller in under lagen hör de som med stöd av en ensamrätt eller särskild rättighet bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna. År 2017 uppgick antalet upphandlande enheter som omfattades av upphandlingslagarna till 3 983 stycken varav privata bolag uppgick till 286 stycken.<sup>125</sup> Ett krav för en giltig ensamrätt eller särskild rättighet är att den ska vara beviljad enligt lagstiftning eller annan författning. Innebörden är vidare att endast ett eller ett fåtal har tillåtelse att bedriva verksamheten.<sup>126</sup> Precis som vid kommunala och statliga bolag förväntas FL och KL täcka upp för jäv som uppkommer hos privata bolag. Lagstiftarens hänvisning till dessa lagar leder dock till samma problematik som presenterats i ovanstående avsnitt. Privata bolag faller utanför lagarnas tillämpningsområden då de varken ryms i 2 kap. 1 § KL eller 1 § FL. Anmärkningsvärt gällande privata bolag, och som gör att de skiljer sig något gentemot kommunala och statliga, är att det av artikel 42 i LUF-direktivet framkommer att *upphandlande myndigheter* har ett ansvar att arbeta mot jäv. Som redan utretts omfattas inte privata bolag av begreppet utan kategoriseras i stället som *upphandlande enheter*. Direktivet får därför tolkas som att privata bolag faller utanför kravet på jävsreglering. En sådan slutsats innebär vidare att frågan huruvida FL och KL är tillämplig på privata bolag saknar relevans för att uppnå arbetets syfte att avgöra om direktivet är genomfört. Det kan ifrågasättas om utformningen av artikel 42 i LUF-direktivet är ultimat i och med att det borde vara en del av EU:s ändamål att minska jäv hos alla olika typer av upphandlare. Utifrån en lagteknisk synpunkt blir det dock svårt att argumentera för annat än att privata bolag inte omfattas av artikeln. Vad som styrker en sådan argumentation är främst direktivets ordval. Ordet *enhet* är frekvent återkommande i direktivet och är till och med en del av dess rubrik. Som redan bringats klarhet i är upphandlande enhet ett bredare begrepp än upphandlande myndighet. Trots det återfinns det senare i artikel 42 i LUF-direktivet. En jämförelse med den engelska versionen av direktivet styrker vidare att det inte är något språkligt fel vid översättningen, det får alltså anses varit ett medvetet val att inskränka omfattningen av artikeln.

---

<sup>125</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverket rapport 2018:19, s. 55.

<sup>126</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverket rapport 2018:9, s. 55.

## 4.6 Lagstiftarens inställning

Trots EU:s antagande om bestämmelser om intressekonflikter har lagstiftaren valt att inte fullhjärtat gå på samma linje. I både LOU och LUF har regler kring konsult- samt leverantörsjäv införts medan jäv hos upphandlaren lämnats utan hänseende. Lagstiftarens främsta argument för att styrka och legitimera sitt handlande har varit att annan lagstiftning redan reglerar intressekonflikter hos statliga och kommunala myndigheter och att de upphandlare som faller utanför de lagarnas tillämpningsområde ändå faller under likabehandlingsprincipen. Lagstiftaren anser att alla upphandlande myndigheter och enheter måste tillgodose likabehandlingsprincipen och att direktivets bestämmelser om jäv därför inte måste genomföras i den svenska upphandlingslagstiftningen.<sup>127</sup> Lagstiftaren hänvisar vidare till målet *eVigilo* och menar på att det av likabehandlingsprincipen följer en skyldighet att för den upphandlande myndigheten kontrollera, förhindra och upptäcka intressekonflikter.<sup>128</sup> Dock bör noteras att domen i *eVigilo* hänvisar till 2004 års upphandlingsdirektiv där artiklarna kring jäv inte är lika utarbetade som i 2014 års direktiv. Anmärkningsvärt är vidare att om EU hade ansett att likabehandlingsprincipen var tillräcklig för att komma till rätta med jävsproblematiken vid offentlig upphandling hade den specificerade kodifieringen i artikel 24 i LOU-direktivet samt artikel 42 i LUF-direktivet varit överflödiga. Lagstiftarens argumentation kring likabehandlingsprincipen får visserligen anses rimlig i och med att principen bör vara tillräcklig. Den verkliga situationen ser dock annorlunda ut. Trots att principen omfattar alla upphandlande myndigheter och enheter kvarstår problemet, varför det får anses uppenbart att förändring bör ske.

Ett ytterligare argument lagstiftaren framfört för att styrka sin idé om att jävsbestämmelser inte behövs i LOU och LUF är att bestämmelserna i FL och KL är mer långtgående än direktivet. Jävsreglerna har där ett större omfång och tar sikte på fler typer av jäv än vad som kan utläsas av de nya upphandlingsdirektiven. Lagstiftaren har därför ansett att de vore olyckligt om jävsfrågor skulle regleras annorlunda just beträffande offentlig upphandling och att det blir mer enhetligt och tydligt utan ytterligare lagstiftning.<sup>129</sup> Det får dock anses vara ett svagt argument i och med att direktiven endast tar upp ett minimikrav på vad som ska falla in under begreppet intressekonflikt.<sup>130</sup> Det har alltså inte funnits något hinder för lagstiftaren att gå utöver vad som föreskrivits i direktiven vid utformningen av LOU och LUF. Vidare kan utfallet

---

<sup>127</sup> Prop. 2015/16:195, s. 472.

<sup>128</sup> Se dom av den 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, punkt 47.

<sup>129</sup> Prop. 2015/16:195, s. 472 f.

<sup>130</sup> Se avsnitt 4.3.

av att ha underlåtit att ta in bestämmelser om jäv hos upphandlaren resultera i ett ännu mer spretigt resultat eftersom vissa jävssituationer blir helt oreglerade. Argumentet saknar således grund och bör därför inte ges någon betydlig tyngd.

Trots att kommunala, statliga och privata bolag inte omfattas av FL och KL har lagstiftaren påstått att bestämmelserna om jäv kan aktualiseras i vissa fall och att det, även på denna grund, inte funnits skäl att i LOU och LUF ta in ytterligare regler kring jäv.<sup>131</sup> Det nämns inte närmare i vilka situationer så skulle vara fallet vilket lämnar ett oklart intryck. Lagstiftaren har fått utstå en del kritik för påståendet. Både Andrea Sundstrand, docent i offentlig rätt, och advokat Mikael Engström har påvisat sitt misstycke.<sup>132</sup> De får vidare stöd från förarbeten där det tydligt framgår att kommunala och statliga bolag faller utanför FL och KL:s tillämpningsområde oavsett om de tilldelats förvaltningsuppgifter.<sup>133</sup> Även det här argumentet saknar därför tyngd och får anses falla.

I en av årets statliga offentliga utredningar har det förts en diskussion kring det faktum att lagstiftaren har blivit utsatt för en del kritik till följd av sitt ställningstagande att införande av jävsregler i LOU och LUF inte behövts. Den slutsats som diskussionen utmynnade i var dock densamma, lagstiftaren ansåg fortfarande att ingen ytterligare jävsreglering behövs. Trots att slutsatsen blev oförändrad erkändes problemet med korruption och det faktum att vissa upphandlande myndigheter och enheter faller utanför den jävsreglering som finns. Lagstiftaren har emellertid ansett att korruption i offentlig upphandling i första hand ska motverkas på andra sätt än genom lagstiftning. En idé som presenterats är att istället delegera ansvaret till KKV i egenskap av tillsynsmyndighet.<sup>134</sup>

## 4.7 Sammanfattning

Sverige har valt att genomföra LOU- och LUF-direktivet genom att modernisera ÄLOU och ÄLUF. Trots att lagarna har ersatts med helt nya har problematiken kring jäv endast delvis reglerats. Lagstiftaren har valt att införa nya bestämmelser som syftar till att komma till rätta

---

<sup>131</sup> Prop. 2006/07:128, s. 143.

<sup>132</sup> Se Sundstrand, Andrea, Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling, UrT 2014, s. 58. Se även Engström, Mikael, Korruption i offentlig upphandling, UrT 2016, s. 325.

<sup>133</sup> Se t.ex. prop. 2008/09:29, s. 63.

<sup>134</sup> SOU 2018:44, s. 253 f.

med både konsult- och leverantörsjäv men valt att lämna jäv hos upphandlaren utanför. Den senare typen av jäv har i stället ansetts vara reglerad i redan befintlig lagstiftning, närmare bestämt i FL och KL. Problemet med att hänvisa till nyss nämnda regelverk är att vissa upphandlande myndigheter och enheter inte omfattas. Statliga, kommunala och privata bolag faller utanför vilket innebär att jävssituationer som uppstår där är oreglerade, vilket i sin tur leder till ett osäkert rättsläge. Lagstiftaren har för visso erkänt att bestämmelserna i FL och KL inte är heltäckande, men har till sitt försvar argumenterat för att utfallet bör vara densamma i och med att likabehandlingsprincipen gäller för alla. Vidare har lagstiftaren ansett att ansvaret bör ligga hos bolagen i fråga, då de har argumenterat för att problemet kan lösas lokalt genom införande av interna bestämmelser.



# 5 Alternativ till förändring

## 5.1 Inledning

Från vad som framkommit ovan får det anses klart att den reglering som i dag finns i vår nationella lagstiftning, gällande jäv i offentlig upphandling, är otillräcklig. Det kan inte betraktas vara i linje med kravet på rättsäkerhet att tillåta luckor i lagen. Genom att låta jäv hos kommunala, statliga och privata bolag gå oreglerade kan utfallet inte förutses och rättsläget blir inkonsekvent. Att överlämna ansvaret till varje enskilt bolag samt att förlita sig på likabehandlingsprincipen kan inte heller anses tillräckligt i och med att EU har yttrat att principen måste kompletteras med lag för att garanteras genomslag. För att komma till rätta med den problematik som Sveriges genomförande av LOU- och LUF-direktivet har gett upphov till måste en förändring ske.

## 5.2 Eventuell förändring i jävslagstiftningen

Med antagandet av LOU och LUF följde, som nämnt, viss reglering kring jäv. Regleringen är emellertid inte heltäckande då endast intressekonflikter som uppstår på en leverantörs- samt konsultnivå omfattas. Intressekonflikter hos de upphandlande myndigheterna och enheterna faller utanför och förväntas istället fångas upp av FL och KL. Att olika parter i upphandlingsprocessen omfattas av olika lagar medför ett instabilt rättsläge. Som rättsläget ser ut i dag kan det tolkas som att olika jävssituationer har olika värde. Högst upp i rangordningen ligger de jävssituationer med striktast reglering, dvs. de upphandlande myndigheter som omfattas av FL och KL. Som redogjorts för i tidigare avsnitt är reglerna där mer långtgående och omfattar fler jävssituationer än vad som tas upp i LOU- och LUF-direktivet och vidare även i LOU och LUF.<sup>135</sup> Näst i rangordningen får anses vara jäv på leverantörs- och konsultnivå då de båda omfattas av LOU eller LUF. Bestämmelserna i LOU motsvarar vad som framgår av LOU-direktivet men går inte utöver det och detsamma gäller LUF och LUF-direktivet. Sist i rangordningen måste följaktligen vara de upphandlande myndigheter och enheter som faller utan-

---

<sup>135</sup> Se avsnitt 4.5.

för regelverken. Trots att kommunala, statliga och privata bolag står för en betydande del av den årliga upphandlingen har det inte ansetts tillräckligt viktigt att reglera eventuella intressekonflikter på sådan nivå. Konsekvensen av vad som precis presenterats får anses vara att lagstiftaren, förutom att ha gjort skillnad på upphandlare och leverantör, gjort skillnad på upphandlare och upphandlare.

För att lösa de problem som det rådande rättsläget orsakat kan lagstiftaren agera på flera olika sätt. Ett alternativ är att jävsreglerna i FL och KL utökas till att omfatta alla upphandlande myndigheter och enheter. En sådan förändring borde innebära att även jävssituationer som uppkommer hos kommunala, statliga och privata bolag omfattas och luckan i lagen skulle därmed täppas till. Att lösa problemet på föreskrivet sätt kan dock inte anses fullt tillfredsställande i och med att det fortfarande skulle vara en laglig skillnad mellan jäv hos upphandlaren och jäv hos leverantören. Trots att ingen jävssituation skulle gå oreglerad skulle alltså rangordningen fortsätta existera.

Ett annat alternativ, för att komma till en förändring, skulle vara att införa ytterligare jävsbestämmelser i LOU och LUF. Exempelvis kan det införas paragrafer gällande kommunala, statliga och privata bolag som refererar till jävsreglerna i FL och KL. På så sätt skulle jävssituationer hos sådana bolag behandlas på samma sätt som hos andra upphandlande myndigheter. En sådan förändring skulle dock leda till samma resultat som om förändring skulle ske direkt i FL och KL, problemet gällande rangordningen av olika jävssituationer skulle kvarstå. Ett bättre alternativ skulle därför vara att införa nya paragrafer i LOU och LUF som tillsammans fångar upp jäv hos alla upphandlare. För att komma till rätta med särregleringen mellan jäv hos leverantörer och jäv hos upphandlare borde även omfattningen av de jävsregler som redan finns i LOU och LUF utökas. Lagstiftaren argumenterar att det vore olyckligt att reglera jäv i offentlig upphandling på ett mindre omfattande sätt än vad som framgår av FL och KL får anses rimligt i och med att det fortfarande rör sig om den offentliga sektorn. För att inte riskera att allmänhetens förtroende minskar borde förslagsvis all jävsreglering i LOU och LUF utformas med reglerna i FL och KL som förebild. Sker sådan förändring får Sverige mer välreglerade upphandlingslagar och en större rättssäkerhet kan garanteras i och med att det inte blir några oklarheter kring tillämplig lag samt att alla parter i upphandlingen behandlas lika.

### 5.3 Eventuell förändring i BrB

Jäv i sig är inget brott i Sverige men enligt 20 kap. 1 § BrB kan en person som vid *myndighetsutövning* fattar ett beslut som leder till att någon part får otillbörliga förmåner dömas för tjänstefel. Vad som i BrB avses med myndighetsutövning är beslut eller andra åtgärder som ger uttryck för samhällets maktbefogenheter i förhållande till enskilda.<sup>136</sup> Straffskalan för tjänstefel går från böter upp till fängelse i sex år och meningen är att regleringen ska verka preventivt för att det offentliga ska agera på ett korrekt sätt.<sup>137</sup>

Reglerna om tjänstefel i BrB är emellertid inte tillämpliga vid offentlig upphandling då det inte klassas som myndighetsutövning. Vad som i lagen omfattas av begreppet är ärenden där saken avgörs genom ett ensidigt beslut av myndigheten i fråga. Offentlig upphandling faller därmed utanför begreppets omfattning i och med att upphandlingsförfarandet innebär att ett avtal träffas, kravet på ensidighet är således inte uppfyllt.<sup>138</sup> Jäv som uppkommer i annan typ av offentlig förvaltning är alltså straffrättsligt reglerat medan jäv i offentlig upphandling inte utgör ett brottsligt handlande i lagens mening.

Wiweka Warling-Nerep, professor i offentlig rätt, har inte varit helt enig med den slutsatsen att offentlig upphandling per se inte klassas som myndighetsutövning. Anledningen till att offentlig upphandling faller utanför reglerna om tjänstefel i BrB är för att det i både förarbeten, praxis och doktrin klassificerats som civilrätt. Warling-Nerep har ansett att ett sådant synsätt är för snävt då gränserna mellan civilrätt och offentlig rätt på senare tid har kommit att luckrats upp och att offentliga upphandlingar därav måste bedömas i ett större sammanhang. Hon har menat på att det måste göras skillnad på olika delar i upphandlingsprocessen och att vissa då kan klassificeras som myndighetsutövning. Som exempel har angetts beslut om tilldelning av avtal vid offentlig upphandling.<sup>139</sup> Efter att en upphandlande myndighet eller enhet har prövat de anbud som leverantörerna lämnat ska, enligt 16 kap. 1 § LOU och 15 kap. 1 § LUF, ett beslut fattas om vilken anbudsgivare som ska tilldelas avtalet. Det rör sig således om ett ensidigt beslut, varpå mycket talar för att ett sådant maktförhållande som krävs för att klassificera något som myndighetsutövning föreligger. Den omedelbara kontakten mellan upphand-

---

<sup>136</sup> Prop. 1971:30, s. 285 och 330.

<sup>137</sup> Prop. 1987/88:120, s. 32.

<sup>138</sup> Prop. 2006/07:128, s. 142 f.

<sup>139</sup> Warling-Nerup, Wiweka, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, JT 2006/07, s. 397 ff.

lare och leverantör bör å andra sidan klassificeras som civilrätt i och med att det är här avtalet upprättas. Även om Warling-Nerep ansett att en uppdelning av förfarandet bör vara möjligt har hon erkänt att det föreligger en del praktiska svårigheter för att avgöra vad i ett upphandlingsförfarande som utgör myndighetsutövning. Hon har dock ansett att det får ligga på rättspraxis att bedöma.<sup>140</sup> De argument som Warling-Nerep lagt fram får anses rimliga men även om domstolen skulle gå i hennes linje och komma ut med nya prejudikat skulle jävssituationen i offentlig upphandling fortfarande vara ojämnt reglerad. Jäv som uppkommer under de steg i upphandlingsprocessen som eventuellt skulle klassas som myndighetsutövning skulle vid en sådan situation anses allvarligare då de skulle föreläggas med straff.

Som Sveriges upphandlingsregelverk ser ut i dag kan följden av en jävssituation endast resultera i att jäviga leverantörer utesluts, eller om upphandling redan genomförts att den får gå åter och göras om. För att samhället ska ta jävssituationer i offentlig upphandling på allvar borde en förändring ske i BrB. Reglerna om tjänstefel i 20 kap. 1 § BrB skulle kunna kompletteras med en 1 a § som tar sikte på felaktigt handlande vid offentlig upphandling, oavsett om det rör sig myndighetsutövning eller inte. Ett införande av en sådan bestämmelse skulle ha en preventiv effekt och parter i offentlig upphandling skulle troligtvis agera med större försiktighet. Att parterna i dag endast riskerar att bli uteslutna eller att en upphandling får göras om kan inte anses vara det mest effektiva sättet att motverka korruptionen i offentlig upphandling. Som framgått ovan är det avgörande för EU om *ändamålet* med ett direktiv är uppfyllt eller inte. Det som har betydelse är således de konsekvenser som följer av hur en medlemsstat valt att genomföra ett direktiv. Sundstrand har, innan LOU:s och LUF:s ikraftträdande, poängterat att det varit oklart om det skulle räcka med att rakt av genomföra upphandlingsdirektiven och sedan sitta nöjd.<sup>141</sup>

Även om domstolarna utan en förändring i BrB kommer med prejudikat som fastställer att vissa delar av den offentliga upphandlingen klassificeras som myndighetsutövning är det inte säkert att det är tillräckligt. Går domstolarna på Warling-Nereps linje kommer endast de delar av den offentliga upphandlingen som är helt och hållet ensidiga från det offentligas sida att föreläggas med straff. Ett exempel på sådan situation är som nämnt tilldelning av kontrakt. Andra jäviga beteenden som t.ex. ”privata” förhandlingar kring ett framtida kontraktet mellan

---

<sup>140</sup> Warling-Nerup, Wiweka, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, JT 2006/07, s. 399.

<sup>141</sup> Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling och korruption, JT 2014/15, s. 128.

upphandlaren och en potentiell leverantör kommer troligtvis inte att bedömas som myndighetsutövning och då inte beläggas med straff. Det måste anses lika viktigt att alla jävssituationer regleras på samma sätt i och med att alla anbudsgivare inte får samma chans annars.

## 5.4 Eventuellt utökad tillsyn

I LOU- och LUF-direktivet ställs det krav på att det ska finnas en myndighet som utövar tillsyn över offentliga upphandlingar.<sup>142</sup> Kravet är vidare fastställt i 20 kap. 1 § LOU och 22 kap. 1 § LUF. I Sverige är KKV tillsynsmyndighet och dess tillsynsarbete syftar till att utreda och besluta i om upphandlande myndigheter och enheter följer regelverken för offentlig upphandling. Målet är vidare att ge vägledning och motivation till ett förändrat beteende på de områden det behövs. Har en upphandlande myndighet eller enhet inte följt LOU:s eller LUF:s bestämmelser fattar KKV ett tillsynsbeslut där upphandlaren i fråga kritiseras. Det följer ingen påföljd, såsom vite eller böter, utan ett tillsynsbeslut är en form av offentlig anmärkning och en upphandlare som agerat felaktigt förväntas lösa det genom självrättelse.<sup>143</sup>

Den årliga offentliga upphandlingen är omfattande och KKV har endast begränsade resurser för upphandlingstillsyn. Med anledning av det används en prioriteringspolicy för att avgöra vilka frågor som ska utredas. Fokus ligger på frågor med ett generellt intresse och som leder till tydliga resultat. KKV har i år infört *risk för korruption* som en ny prioriteringsgrund.<sup>144</sup> En annan prioriteringsgrund som funnits med sedan tidigare är *problem som orsakar skada för konkurrensen och konsumenterna*.<sup>145</sup> KKV har uttryckt att korruption kan utgöra hinder mot en effektiv konkurrens vilket bör innebära att risk för det redan innan år 2018 indirekt bör inefattats av prioriteringspolicyn även om det nu har förtydligats.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> Se artikel 83.2 i direktiv 2014/24/EU och artikel 99.2 i direktiv 2014/25/EU.

<sup>143</sup> Konkurrensverket, Tillsyn och sanktioner, 2017-01-01, (<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/tillsyn/>) Hämtad 2018-12-05. Se även Konkurrensverket, Tillsynsbeslut, 2018-05-11, (<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/tillsyn/tillsynsbeslut---upphandling/>) Hämtad 2018-12-05.

<sup>144</sup> Konkurrensverket, Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 12 april 2018, s. 1 och 5.

<sup>145</sup> Konkurrensverket, Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamhet, 15 mars 2016, s. 1.

<sup>146</sup> Konkurrensverket, Korruption som begränsar konkurrensen, rapport 2018:10, s. 10.

År 2017 uppgick antalet inkomna klagomål, tips och förfrågningar till cirka 650 stycken, varav 200 stycken ansågs vara av relevans. Antalet ärenden som KKV drev under år 2017 uppgick emellertid endast till 119 stycken och det fattades endast tillsynsbeslut i 28 av dem. Vidare gällde de flesta ärenden som togs upp direktupphandlingar.<sup>147</sup> Även om korruption och jäv indirekt bör ha omfattats av KKV:s prioriteringslista nämns det inget om sådana ärenden i 2017 års rapport, ändock är det ett problem. Det blir visserligen svårt att i nuläget bedöma om någon förändring skett eller kommer till att ske till följd av den nya specificerade prioriteringsgrunden. Det finns inte någon statistik på området än så det återstår att se.

Lagstiftaren har föreslagit att för att komma till rätta med det spretiga rättsområde som jäv i offentlig upphandling faktiskt utgör bör förändring ske i form av utökad tillsyn. Lagstiftaren har vidare uttryckt att lagstiftning inte är rätt väg att gå. Det har föreslagits att lagstiftaren i KKV:s instruktioner ska tydliggöra att deras upphandlingstillsyn ska bidra till att motverka korruption i offentlig upphandling.<sup>148</sup> Anmärkningsvärt är att oavsett om korruption kan anses ha varit en del av prioriteringslistan sedan tidigare måste KKV:s verksamhet utökas för att en styrkt tillsyn ska få önskad effekt. År 2017 drevs endast 59 procent av alla de inkomna ärendena av relevans. Det räcker inte att endast vissa ärenden drivs utan KKV:s resurser måste utökas. Sker ingen utökning av dess verksamhet får en styrkt tillsyn troligtvis ingen praktisk betydelse då siffrorna inte kommer kunna förbättras.

Även Engström är på lagstiftarens linje då han anser att det finns viktigare områden att lägga fokus på än lagstiftning. Han menar på att korruptionsförebyggande arbete bör prioriteras och resurser läggas på konkreta åtgärder.<sup>149</sup> Tankesättet att fokusera på preventiva åtgärder för att undvika att en jävssituation ens uppkommer får anses vara motiverat men sker det ingen förändring i lag kommer det finnas ett fortsatt kryphål. Så länge luckan inte täpps till finns det en större möjlighet att de som vill agera oetiskt kan göra det. Den som aktivt vill komma runt jävsregleringen kommer troligtvis inte stoppas av preventiva åtgärder som t.ex. verksamhetsanpassade riktlinjer. Även då Engström har anført att preventiva åtgärder bör vara i fokus har han även uttryckt att ett införande av ny jävsreglering skulle verka beteendeförändrande i och med att ovälkommet ljus skulle kastas specifikt på problematiken kring jäv.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Konkurrensverket, Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 2017, Rapport 2018:2, s. 24.

<sup>148</sup> SOU 2018:44, s. 254.

<sup>149</sup> Engström, Mikael, Korruption i offentlig upphandling, UrT 2016, s. 328.

<sup>150</sup> Ibid, s. 324.

Något som vidare bör övervägas är om en offentlig anmärkning är tillräckligt för att effektivt motverka korruption. När det kommer till direktupphandlingar som faller utanför LOU- och LUF-direktivet kan KKV föra talan om upphandlingsskadeavgift i domstol. Sådan avgift kan uppgå till tio miljoner kronor.<sup>151</sup> För att säkra att EU:s syften med antagandet av LOU- och LUF-direktivet uppfylls borde det vara rimligt att förena en offentlig anmärkning med åtminstone böter. En sådan konstellation borde ha en större preventiv verkan och det borde anses skäligt att förena alla typer av upphandling, och inte bara direkta, med sanktioner.

## 5.5 Sammanfattning

Det finns flertalet vägar för Sverige att gå för att finna en lösning till den spretiga jävslagstiftning som i dag råder på det upphandlingsrättsliga området. Antingen kan det ske en förändring i lagstiftning eller så kan fokus läggas på tillsyn. Från vad som har presenterats får det anses möjligt att nå önskat resultat på båda sätt. Det alternativ till förändring som dock borde vara det mest effektiva är en förändring i LOU, LUF och eventuellt i BrB. Förändringar i dessa regelverk skulle leda till det mest enhetliga och överskådliga resultatet. Den som tillämpar lagen skulle på ett enkelt sätt, utan att behöva söka sig vidare, få en helhetsbild av hur jäv är reglerat. Ett införande av straffregler skulle vidare innebära att risken med att handla jävigt blir större, vilket i sin tur bör leda till ett minskat antal jävssituationer.

---

<sup>151</sup> Konkurrensverket, Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 2017, rapport 2018:2, s. 20.

## 6 Sammanfattande slutsatser

Arbetes övergripande syfte, att komma fram till huruvida LOU- och LUF-direktivet är genomförda på ett korrekt sätt i förhållande till EU:s krav på jävsreglering, får anses uppfyllt. Från vad som framkommit under arbetets gång får det anses styrkt att Sverige inte har lagstiftat helt i linje med LOU- och LUF-direktivet. Visserligen ställer EU inget krav på att det faktiskt är lagstiftning som är den rätta vägen att gå, även om det är att föredra, utan avgörande är om ändamålet har uppfyllts. Det kokas således ned till de konsekvenser som följer av det sätt som Sverige har valt när det genomfört LOU- och LUF-direktivet. Från vad som behandlats får Sveriges tillvägagångssätt ändå bedömas bristfälligt och LOU- och LUF-direktivet kan således inte anses korrekt genomförda. Avgörande för en sådan slutsats måste vara det faktum att lagstiftaren har lämnat jäv hos statliga, kommunala och privata bolag utan reglering. Lagstiftarens argument att jäv i offentlig upphandling fångas upp av FL och KL får endast delvis anses korrekt. Lagstiftarens förlitande på likabehandlingsprincipen får vidare anses naivt i och med att principen existerat redan innan antagandet av LOU och LUF och att den då samexisterat med en jävsproblematik i upphandlingsförfarandet. Hade det ansetts tillräckligt med likabehandlingsprincipen hade EU inte haft någon anledning att anta ytterligare bestämmelser på området. Avgörande får också vara att EU uttryckt att principen bör kompletteras med lag för att få garanterat genomslag. Lagstiftarens argument är visserligen logiskt utifrån ett teoretiskt perspektiv, då jäv faktiskt strider mot likabehandlingsprincipen, men utifrån ett praktiskt perspektiv går argumentationen inte ihop.

Det får anses uppenbart att lagstiftaren är medveten om att lagstiftningen är otillräcklig i och med att de i år har fört en diskussion kring det faktum att vissa upphandlare faller utanför KL och FL:s tillämpningsområde och att det är ett problem. Även då slutsatsen de kom fram till var oförändrad då de fortfarande anser att korruption i offentlig upphandling ska bekämpas på andra sätt än genom lagstiftning har de erkänt ett existerande problem.



Sättet som lagstiftaren argumenterat på, gällande den lucka i lagen som genomförandet av LOU- och LUF-direktivet har skapat, kan tolkas som att ytterligare jävsreglering skulle vara en nackdel och att det skulle kunna skada upphandlingsförfarandet. Lagstiftaren har dock samtidigt redan valt att lagstifta om alla jävssituationer utom jäv hos statliga, kommunala och privata bolag. Frågan väcks då varför det skulle vara bättre med interna regler och styrkt tillsyn hos sådana bolag för att lösa problemet men inte hos leverantörer eller andra upphandlare. Även om båda tillvägagångssätten skulle leda till samma rättsläge blir det mer enhetligt om lagen förändras till att omfatta alla jävssituationer. Vid ett fortsatt spretigt regelverk kommer användaren vid en anblick på lagen inte få ett heltäckande svar utan måste söka sig vidare för att förstå hur kommunala, statliga och privata bolag ska behandlas. Ett sådant rättsläge är inte i linje med lagstiftarens och Lagrådets konstaterande om att användaren endast i undantagsfall ska behöva gå till andra rättskällor för att kunna tolka lagen.

Det får anses klart att det finns olika vägar att gå för att uppnå det syfte och ändamål som EU haft med antagandet av LOU- och LUF-direktivet. Skulle ansvaret läggas hos KKV och syftet uppnås blir det svårt att argumentera för att direktiven inte är genomförda. En kan dock ställa sig frågan om det är i enlighet med effektivitetsprincipen. Som presenterats i tidigare avsnitt är det långt ifrån alla anmälningar till KKV som utreds. För att en styrkt tillsyn ska fungera måste KKV:s verksamhet utökas. För att få ett så stabilt och överskådligt rättsläge som möjligt bör istället LOU och LUF skrivas om. Lagstiftaren har vid genomförandet av LOU- och LUF-direktivet lagstiftat utifrån ett perspektiv att det inte är möjligt att utöka omfattningen och bredden av begreppet intressekonflikt som definieras i direktiven. Som konstaterats är det endast ett minimikrav som ställs upp i direktiven vilket innebär att ett sådant synsätt saknar saklig grund. Det finns ingenting som hindrar lagstiftaren från att införa en jävsreglering som är lika omfattande som den i FL och KL. Görs en sådan förändring kommer alla jävsituationer behandlas på lika sätt och rangordningen kommer att utplånas. Även då en förändring i LOU och LUF är att anse som det kanske mest tillfredsställande sättet att komma till rätta med jävsproblematiken är det inte det lagtekniska som är avgörande för om direktiven är genomförda. För frågan om LOU- och LUF-direktivet är genomförda spelar vägen dit ingen roll. Även om ett mer ineffektivt tillvägagångssätt väljs får slutsatsen bli att direktiven ändå kan bli genomförda men på ett kanske otillfredsställande sätt.

Gällande privata bolag blir slutsatsen något annorlunda. Formuleringen av jävsbestämmelsen i artikel 42 i LUF-direktivet gör att det blir svårt att tolka den på annat sätt än att privata bolag i

egenskap av upphandlande enheter faller utanför. Bestämmelsen tar sikte på upphandlande myndigheter vilket är ett snävare begrepp som inte omfattar privata upphandlingsorgan. Utfallet av en sådan slutsats blir att eventuella jävsregler gällande privata bolag inte får någon betydelse för uppsatsens syfte att avgöra om upphandlingsdirektiven är genomförda korrekt. Det blir i stället en nationell problematik då avsaknad av reglering fortfarande leder till ett ojämnt rättsläge.

För att maximera effekten av genomförandet, samt för att säkra att så många som möjligt väljer att avstå från ett jävigt beteende under en offentlig upphandling, bör det tillvägagångssätt som väljs kompletteras med antingen en förändring i BrB eller en möjlighet för KKV att antingen erlägga böter eller föra talan i domstol om upphandlingsskadeavgift.

Sammanfattningsvis måste det i svensk rätt ske en förändring för att LOU- och LUF-direktivet ska anses uppfyllda. Som rättsläget ser ut i dag skapar det endast förvirring då det inte råder någon fullständig reglering. Även om lagstiftaren teoretiskt har rätt när de argumenterar för FL, KL och likabehandlingsprincipen är det uppenbart att det inte fungerar då någon rättssäkerhet inte kan garanteras. EU har vidare med sitt antagande av direktivet krävt en viss effekt hos medlemsstaterna som de inte har fått i Sverige. Ändamålet är således inte uppfyllt vilket i sin tur innebär att direktiven inte är genomförda korrekt. Även då det får anses mest effektivt att göra en förändring i LOU och LUF för att få ett mer enhetligt upphandlingsregelverk blir det svårt att argumentera för att det är den enda rätta vägen att gå. Det får anses möjligt att komma till önskat resultat med alla de presenterade exemplen. Vad som är säkert är att en förändring måste ske men inte vilken. Privata bolag fallet både utanför direktivens bestämmelser och nationella bestämmelser kring jäv. Det skapar ett nationellt lagstiftningsproblem då upphandlingsregelverken inte är jämnt reglerade men då EU inte ställer ett krav på jävsreglering för privata bolag blir det svårt att argumentera för att direktiven inte är uppfyllda i ett läge då förändring sker gällande kommunala och statliga bolag. EU:s direktiv kan således genomföras korrekt med en fortsatt följd om ett oenhetligt regelverk. Sverige bör självklart själva se till så att lagstiftningen även täcker privata bolag för att inga jävssituationer ska sväva i intet.

# Källförteckning

## Doktrin

Agell, Anders, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen, SvJT 2002 s. 254.

Bengtsson, Annica, Utrymmet för den upphandlande myndighetens bedömning vid kvalificering av leverantörer, UrT 2018, s. 157.

Bergström, Maria, Det nationella genomförandetrymmet, Reella valmöjligheter under påföljdsansvar eller rutinmässig sanktionering av redan fattade beslut?, ERT, 2008, s. 997.

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u. Wolters Kluwer, 2018.

Bernitz, Ulf, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2010/11, s. 822.

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

Engström, Mikael, Korruption i offentlig upphandling, UrT 2016, s. 324.

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling: en kommentar, 3 u, Jure, Stockholm, 2014.

Granmar, Claes, Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig upphandling, UrT 2016, s. 57.

Henkow, Oskar, Genomförande av direktiv från EU, Hur bör ”klara, precisa och ovillkorliga” bestämmelser i ett direktiv från EU genomföras i svensk rätt då bestämmelserna i vissa fall är oklara, oprecisa och tvetydiga?, ERT, 2010, s. 453.

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2 u. Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Hettne, Jörgen, Reichel, Jane, Att göra rätt i tid - behövs nya metoder för att genomföra EU-rätt i Sverige?, Sieps, Stockholm, 2012.

Hård af Segerstad, Viktor, Nya regler om uteslutning – förenkling eller förvirring, UrT 2017, s. 227.

Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 8.

Klamert, Marcus, Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting dots, CML Rev; 43, 2006.

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Lehrberg, Bert, Praktisk juridisk metod, 7 u. Iusté, Uppsala, 2014.

Levinsohn, Martin, Myrbäck, Magnus, När föreligger så kallat konsultjäv enligt nya LOU?, Anbud24, 2017-03-22,  
(<https://anbud24.se/nar-foreligger-sa-kallat-konsultjav-enligt-nya-lou/>) Hämtad 2018-10-11.

Myrin, Helena, Sveriges genomförande av EU-direktiv, Klar och tydlig uppgift eller svårhanterligt dilemma med kostsamma konsekvenser, ERT, 2014, s. 67.

Norén, Carl, Leverantörens rätt att få en korrupt konkurrent utesluten i upphandlingen, UrT 2017, s. 172.

Olsson, Erik, Avsedda skillnader – varför man inte ska använda LOU för att tolka LUF, ERT, 2018, s. 159.

Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis, Bergholz, Gunnar, Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära, Nordstedts Juridik, Stockholm, 1990.

Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 3 u, Jure, Stockholm, 2013.

Sandgren, Claes, Att bekämpa korruption – ett rättsligt perspektiv, JT 2007/08, s. 284.

Sundstrand, Andrea, Jäv och self-cleaning i offentlig upphandling, UrT 2014, s. 58.

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling och korruption, JT 2014/15, s. 128.

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, Jure, Stockholm, 2012.

Warling-Nerup, Wiweka, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, JT 2006/07, s. 397 ff.

## EU-reglering

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

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster [cit. 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 [cit. direktiv 2004/18/EG].

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

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.

Fördraget om europeiska unionen.

Fördraget om europeiska unionens funktionssätt.

## Offentligt tryck

EU

### *Kommissionen*

Europeiska kommissionen, Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM (2011) 15 slutlig 27.1.2011) [cit. KOM (2011) slutlig av den 27 januari 2011].

Europeiska kommissionen, Meddelande från kommissionen - om tillämpningen av artikel 260.3 i EUF-fördraget, 2011/C 12/01, 2011 [cit. kommissionens meddelande om artikel 260.3].

Europeiska kommissionen, Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, EU:s rapport om insatserna mot korruption, (KOM (2014) 38 slutlig 3.2.2014) [cit. KOM (2014) slutlig av den 3 februari 2014].

## Sverige

### *Statens offentliga utredningar*

SOU 2014:51            Nya regler om upphandling  
SOU 2018:44            Möjligt, tillåtet och tillgängligt - förslag till enklare och flexibla  
upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

### *Departementsserien*

Ds 2014:25            Nya regler om upphandling

### *Propositioner*

Prop. 1971:30            Kungl. Maj: ts proposition nr 30 år 1971  
Prop. 1987/88:120        Om ändring i brottsbalken m.m. (straffmätning och påföljdsval  
m.m.)  
Prop. 2006/07:128        Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling  
inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster  
Prop. 2008/09:29        Lag om valfrihetssystem  
Prop. 2015/16:195        Nytt regelverk om upphandling  
Prop. 2016/17:180        En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag

### *Övrigt*

Finansdepartementets promemoria, Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig

upphandling med anledning av Välfärdsutredningen, dnr Fi2017/03767/OU.

Regeringskansliet, Allmän nytta eller egen vinning? En ESO-rapport om korruption på svenska, 2013:2.

Regeringskansliets promemoria, Information för finansutskottet den 29 augusti 2013 om förhandlingarna om nya EU-direktiv på upphandlingsområdet, dnr S2012/430/RU [cit. Regeringskansliets promemoria, om förhandlingarna om nya EU-direktiv på upphandlingsområdet].

Regeringskansliet, Sveriges nationella reformprogram 2018, Europa 2020 – EU:s strategi för smart och hållbar tillväxt för alla [cit. Regeringskansliet, Sveriges nationella reformprogram 2018].

## Praxis

### *EU-domstolen*

Dom av den 8 april 1976, *Royer*, 48/75, EU:C:1976:57.

Dom av den 20 februari 1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, EU:C:1979:42.

Dom av den 20 september 1988, *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:422.

Dom av den 25 april 1996, *kommissionen / Belgien*, C-87/94, EU:C:1996:161.

Dom av den 18 oktober 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553.

Dom av den 18 juni 2002, *Hospital Ingenieure*, C-92/00, EU:C:2002:379.

Dom av den 12 december 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746.

Dom av den 6 november 2003, *Gambelli m.fl.*, C-243/01, EU:C:2003:597.

Dom av den 14 december, 2004, *Arnold André*, C-434/02, EU:C:2004:800.

Dom av den 14 december 2004, *Swedish Match*, C-210/03, EU:C:2004:802.

Förenade domar av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127.

Dom av den 5 juli 2007, *Kofoed*, C-321/05, EU:C:2007:408.

Dom av den 21 februari 2008, *kommissionen / Italien*, C-412/04, EU:C:2008:102.

Dom av den 6 oktober 2009, *kommissionen / Spanien*, C-153/08, EU:C:2009:618.



Dom av den 10 maj 2012, *kommissionen / Nederländerna*, C-368/10, EU:C:2012:284.

Dom av den 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, EU:C:2015:166.

### *Marknadsdomstolen*

MD 2009:11.

### *Kammarrätten*

Kammarrätten i Stockholms dom av den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09.

Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 20 december 2011 i mål nr 2458-11.

Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658-2667-13.

Kammarrätten i Stockholms dom av den 14 maj 2018 i mål nr 6449-17.

## Myndigheter

### *Brottsförebyggande rådet*

Brottsförebyggande rådet, Karteller och korruption, Otillåten påverkan mot offentlig upphandling, rapport 2010:9 [cit. Brå rapport 2010:9].

### *Justitieombudsmannen*

JO Ämbetsberättelse 2007/08.

### *Konkurrensverket*

Konkurrensverket, Osund konkurrens i offentlig upphandling, rapport 2013:6.

Konkurrensverket, Överprövning av offentliga upphandlingar, Uppdragsforskningsrapport 2014:8.

Konkurrensverket, EU:s nya upphandlingsdirektiv, januari 2014

(<http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/eus-nya-upphandlingsdirektiv/>) Hämtad 2018-09-18.

Konkurrensverket, Upphandlingsreglerna – en introduktion, juli 2014.

Konkurrensverket, Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamhet, 15 mars 2016.

Konkurrensverket, Tillsyn och sanktioner, 2017-01-01,  
(<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/tillsyn/>) Hämtad 2018-12-05.

Konkurrensverket, Grundläggande principer för offentlig upphandling, 2017-10-05,  
([http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om\\_lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/](http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om_lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/))  
Hämtad 2018-09-18.

Konkurrensverkets yttrande dnr 499/2017, Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningen, dnr Fi2017/03767/OU.

Konkurrensverket, Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 2017, rapport 2018:2.

Konkurrensverket, Korruption som begränsar konkurrensen, rapport 2018:10.

Konkurrensverket, Direktupphandling, 2018-01-09,  
(<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/direktupphandling/>) Hämtad 2018-09-18.

Konkurrensverket, Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten, 12 april 2018.

Konkurrensverket, Tillsynsbeslut, 2018-05-11,  
(<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/tillsyn/tillsynsbeslut---upphandling/>)  
Hämtad 2018-12-05.

Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2017, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5 och Konkurrensverket rapport 2017:11.

Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, Statistik om offentlig upphandling 2018, Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverkets rapport 2018:9.

## *Upphandlingsmyndigheten*

Upphandlingsmyndigheten, Korruption i offentlig upphandling – vad är det och hur kan det förebyggas?, Upphandlingsmyndighetens vägledning nr 4 (2017).

## Övrigt

Transparency International, Corruption perceptions index 2017,

[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2017](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017) hämtad 2018-12-22.

