

Europeiska kommissionen
Generalsekretariatet
1049 Bruxelles
BELGIQUE

Stockholm 2019-03-18

Ang. bristande införlivande av de upphandlingsrättsliga direktiven i svensk nationell lagstiftning.

EU-kommissionen har i en formell underrättelse av den 25 januari 2019 (Formell underrättelse Överträdelse nummer 2018/2279) uppmärksammat ett antal fall där den svenska lagstiftaren kan ha brustit vid införlivandet av de unionsrättsliga direktiven om offentlig upphandling m.m. Vi vill härmed uppmärksamma Kommissionen, och även den svenska regeringen, på att det i det svenska införlivandet även kan noteras följande brister.

Redovisningen utgår huvudsakligen från det s.k. LOU-direktivets (2014/24/EU) införlivande genom den svenska lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – LOU – men kan ha betydelse även för angränsande lagstiftning i övriga nationella upphandlingslagar.

Påpekande 1

I **artikel 3.1 andra stycket LOU-direktivet** anges genom hänvisning till punkterna 3 – 5, att direktivets bestämmelser ska tillämpas på *delbara blandade kontrakt* av upphandlingar som omfattas av direktivet och upphandlingar som omfattas av andra rättsregler, samt att detta gäller oberoende av värdet av de delar som annars skulle omfattas av andra rättsregler och oberoende av vilka rättsregler dessa delar annars skulle ha omfattats av. Enbart i fråga om *odelbara blandade kontrakt* får, enligt artikel 3.6 samma direktiv, de tillämpliga rättsreglerna fastställas enligt en överviktsprincip som grundar sig på huvudföremålet för kontraktet.

Enligt **2 kap. 1 § punkten 1 LOU** är ett *blandat kontrakt* ett kontrakt som avser flera olika slag av upphandling (varor, tjänster eller byggtreprenader eller olika slag av tjänster) som alla regleras i LOU. Om ett sådant blandat kontrakt avser flera olika slag av upphandling som alla regleras i LOU ska enligt **2 kap. 2 §** en överviktsprincip tillämpas på upphandlingen så att denna ska genomföras i enlighet med bestämmelserna för det slags upphandling som utgör huvudföremålet för kontraktet. Lagen gör här inte någon skillnad mellan delbara och odelbara blandade kontrakt, utan alla blandade kontrakt omfattas av samma överviktsprincip.

LOU innehåller, förutom det direktivstyrda regelverket i 1 -18 kap, även nationella förfarandebestämmelser i 19 kap. för varor, tjänster eller byggtreprenader under tröskelvärdet. Därmed omfattar den i 2 kap. 2 § angivna överviktsprincipen även tillämpning av dessa bestämmelser. Detta får till följd att de nationella förfarandebestämmelserna i 19 kap. i vissa fall kan komma ta över och därmed åsidosätta de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. vid exempelvis blandade kontrakt av varor eller tjänster över tröskelvärdet (€ 221.000) och byggtreprenader under det särskilda tröskelvärdet (€ 5.548.000).

Påpekande 2

I **artikel 60.1 andra stycket och art. 60.4** jämte uppräknningen i **bilagan XII till LOU-direktivet** anges uttömmande vilka krav på bevis för en anbudsgivares kvalifikationer som får ställas. I artikel 60.1 andra stycket LOU-direktivet anges explicit att den upphandlande myndigheten inte får kräva andra bevismedel än sådana som följer av direktivet.

Bevismedelsbestämmelserna har för svenskt vidkommande införlivats genom **15 kap. 6 §** och **7-15 §§ LOU**. I 15 kap. 6 § LOU anges under rubriken "*Utredning som får begäras in från leverantör*" att "*Den utredning en upphandlande myndighet får begära att leverantörer ska lämna in till myndigheten anges i 7-15 §§*". Någon begränsning, motsvarande den som följer av LOU-direktivet om att myndigheten *endast* får kräva sådana bevis som följer av 15 kap. 6-15 §§ har emellertid inte skrivits in i LOU. I lagförarbetena (specialmotiveringen till bestämmelsen i 15 kap. 6 § LOU, prop. 2015/19:195 del II. s. 1002) hänvisar regeringen istället till att "*Ett sådant förtydligande har inte ansetts nödvändig i lagtexten då det framgår redan av paragrafens inledning*".

Det som dock framgår av paragrafens inledning är att bestämmelserna omfattar den utredning myndigheten *får* begära. Detta behöver dock inte nödvändigtvis betyda att myndigheten *inte får* kräva andra bevis. På detta sätt har bestämmelsen även kommit att tolkats av upphandlande myndigheter och i flera fall av domstolar, vilka således har tillåtit även krav på andra bevis än de som följer av den uttömmande regleringen i 15 kap. 7-15 §§.

Det kan i sammanhanget noteras att i den äldre bestämmelsen i 11 kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, som i dag motsvaras av 15 kap. 11 § LOU, angavs en explicit begränsning att "*den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt*". Denna begränsning, som fortfarande följer av direktivet, har dock numera lyfts ur lagtexten, med påföljande risk att regelverket löpande missuppfattas och feltolkas vid den praktiska tillämpningen.

Det finns i sammanhanget även anledning att uppmärksamma att inte heller de unionsrättsliga rättsmedelsbestämmelserna fullt ut införlivats på ett korrekt sätt i LOU.

Påpekande 3

I **artikel 72.2 (ii)** anges att ändringen ska bedömas i relation till "det ursprungliga kontraktets värde". Av den svenska implementeringen i **17 kap 9 § första stycket andra punkten** ska ändringen bedömas i förhållande till kontraktets eller ramavtalets värde. Formuleringen skiljer sig från direktivets.

I förarbetena anger regeringen att det är missvisande att ändringen ska jämföras i förhållande till kontraktets ursprungliga värde och att en ändring istället ska jämföras med det uppdaterade totala kontraktsvärdet, det vill säga kontraktets värde innan ändringen inklusive värdet av de ändringar som gjorts vid tidpunkten (se prop. 2015/16:195, s. 1273 med hänvisning till s. 1128).

Regeringen hänvisar till standardformuläret för annonsering av kontraktsändringar till stöd för sin uppfattning (standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning [EU] 2015/1986). Regeringen anger att det av standardformuläret "framgår (...) att jämförelsen ska avse det uppdaterade totala kontraktsvärdet före en ändring med beaktande av eventuella tidigare kontraktsändringar och prisanpassningar" (prop. 2015/16:195, s. 847). Det kan dock noteras att det i standardformuläret inte finns något fält som uttryckligen tar

sikte på redogörelse av de värden som ska jämföras för att bedöma om en ändring är tillåten. Enligt avsnitt VII.23 i standardformuläret ska den upphandlande enheten ange "[u]ppdaterat totalt kontraktsvärde före ändringarna (med beaktande av eventuella tidigare kontraktsändringar och prisanpassningar (...)). Det är sannolikt detta som regeringen syftar till i förarbetena. Enligt vår uppfattning är det inte givet att denna skrivelse ska tolkas på det sätt som regeringen har gjort.

Arrowsmith förutsätter, i motsats till regeringen och i enlighet med formuleringen i direktivet, att kontraktets ursprungliga värde ska användas som jämförelsevärde (se Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volume I, 3:e uppl, Sweet & Maxwell 2014, s. 598).

Frågan om vilket jämförelsevärde som används är inte bara av teoretiskt intresse, utan har betydelse vid bedömningen av utrymmet för att göra successiva ändringar av ett kontrakt eller ramavtal, vilket framgår i avsnittet om successiva ändringar nedan. I korthet kan konstateras att utrymmet för att göra successiva ändringar är större om kontraktets uppdaterade värde används som jämförelsevärde istället för kontraktets ursprungliga värde.

Påpekande 4

Av Art. 67 2.b – framgår att det är möjligt att utvärdera kvalifikationer och erfarenhet hos den personal som utses att verkställa kontraktet om kvaliteten på den personal som utses på *ett betydande sätt* kan påverka nivån på kontraktets fullgörande. Denna bestämmelse finns inte implementerad i den svenska lagen.

Av Lianakis C-532/06 där EUD uttalade att man inte får utvärdera omständigheter som huvudsakligen är hänförliga till leverantörens allmänna förmåga att utföra uppdraget. Istället ska utvärderingskriterierna vara kopplade till mervärden i anbudet (dvs inte utvärdera tidigare erfarenhet). I Ambisig C-601/13 angav EUD att Lianakis inte utesluter utvärdering av kompetens och erfarenhet under vissa specifika omständigheter. Kvaliteten på fullgörandet av ett kontrakt kan på ett avgörande sätt vara beroende av vilken yrkeserfarenhet och utbildningen personalen har som ska fullgöra kontraktet, "i synnerhet om kontraktets föremål utgörs av tillhandahållandet av intellektuella tjänster".

Eftersom bestämmelsen inte finns implementera i den svenska upphandlingslagen kan vi att rättspraxis spretar, (exv. Kammarrätten i Stockholm, Mål nr 1047-18 , 2018-16-23).

Med vänlig hälsning

Ellen Hausel Heldahl
Svenskt Näringsliv

Pär Cronhult
Stiftelsen Den Nya Valfärden

Per-Owe Arvidsson
Bokvall Rislund Advokatbyrå