



Överprövning av offentliga upphandlingar

En intervjustudie om skillnader mellan LOU och LUF

Uppdragsforskningsrapport 2014:8

En rapport skriven av
Tobias Indén, Hanna Lindström, Sofia Lundberg
på uppdrag av Konkurrensverket

Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2014:8
Uttredare: Tobias Indén, Hanna Lindström, Sofia
Lundberg ISSN-nr 1652-8069
Konkurrensverket, 2014
Foto: Matton Images

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet.

Konkurrensverket gav Sofia Lundberg vid Umeå universitet i uppdrag att, inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, analysera möjliga förklaringar till att upphandlingar inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tycks föranleda en mindre andel överprövningar än upphandlingar som görs enligt lagen om offentlig upphandling (LOU). Medförfattare är docent Tobias Indén och Hanna Lindström.

Överprövningar är en viktig del av rättssäkerheten vid offentliga upphandlingar. Samtidigt kan överprövningar innebära stora bekymmer för både myndigheter och leverantörer eftersom de skapar en osäkerhet och gör det svårt att planera verksamheten på ett bra sätt. Det är därför önskvärt att behovet av överprövningar minskar och denna rapport ger ett bra underlag i diskussionen om faktorer bakom och möjliga lösningar. Rapporten visar att överprövning är mer vanligt förekommande bland upphandlingar som regleras av LOU, även med hänsyn tagen till att det är mer vanligt att upphandla enligt LOU. Rapporten pekar på några möjliga förklaringar till detta. Framförallt kräver upphandlingar som sker inom ramen för LUF större marknadsspecifik kompetens. Risken för överprövning bör – allt annat lika – minska om underlaget upplevs sakligt korrekt. Därutöver medger LUF ett mer omfattande förhandlingsutrymme mellan parterna jämfört med LOU, vilket ger en större möjlighet att hantera missförstånd och felaktigheter under upphandlingsprocessen.

Rapportens slutsatser ger stöd för den nytta, bland annat i form av minskad överprövningsfrekvens, som bör kunna uppstå om upphandlande myndigheter och enheter även vid upphandlingar enligt LOU blir bättre på att utnyttja regelverkens möjligheter till dialog med potentiella leverantörer. Konkurrensverkets upphandlingsstöd avser att fortsatt bidra med stöd för en sådan utveckling.

Till projektet har knutits en referensgrupp bestående av Ulrica Dyrke (Företagarna), Olof Erixon (Svenskt Näringsliv), Dan Frödén (Tenders Sverige AB), Magnus Nilsson (Peak Procurement AB), Emma Spånberg (SNS). Från Konkurrensverket har Malin Cope samt Joakim Wallenklint deltagit.

Författarna ansvarar själva för alla slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, november 2014

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning	6
Summary	7
1 Inledning.....	8
2 Om offentlig upphandling.....	12
2.1 LOU och LUF	12
2.2 Upphandlande myndighet och upphandlande enhet.....	15
2.3 Olika typer av förfaranden inom offentlig upphandling	18
2.3.1 Förhandlat förfarande under LOU	19
2.3.2 Förhandlat förfarande under LUF	22
2.4 Förhandlingsbegreppet inom offentlig upphandling	24
2.5 Överprövning av en offentlig upphandling	28
3 Statistik om överprövningar inom offentlig upphandling.....	31
4 Den offentliga upphandlingens syfte och mål – en god affär	34
4.1 Samhällsekonomisk effektivitet	34
4.2 En god affär	39
5 Grunder för överprövning och utgångspunkter för intervjuer	42
5.1 Faktorer som påverkar överprövningssannolikhet.....	42
5.2 Upphandlingssituationen.....	45
5.2.1 Organisation och kompetens	45
5.2.2 Kommunikation mellan upphandlare och leverantör, före och efter upphandling	46
5.3 Juridiska faktorer.....	48
5.3.1 Förhandlingsmöjligheter	48
5.3.2 Bestämmelser om ramavtal.....	49
5.3.3 Detaljerat regelverk i LOU	49
5.4 Leverantörernas attityder.....	50
5.4.1 Produkttyp	50
5.4.2 Överprövningskultur inom vissa branscher	51
5.4.3 Kontraktsvärde	55
5.4.4 Synen på affärsrelationen mellan leverantör och upphandlare	55
5.4.5 Överprövning som en affärsstrategi eller i syfte att "träna" myndighet	56
6 Metod, intervjustudien.....	57

7	Resultat från intervjuerna.....	59
7.1	Respondenterna om upphandlingssituationen och affärsmässighet.....	59
7.1.1	Statliga/nationella upphandlingsorgan.....	59
7.1.2	Kommunala upphandlingsorgan.....	61
7.1.3	Landsting, kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan.....	62
7.1.4	Leverantörer	63
7.2	Respondenterna om de upphandlingsjuridiska förutsättningarna för LOU och LUF	64
7.2.1	Statliga/nationella upphandlingsorgan.....	65
7.2.2	Kommunala upphandlingsorgan med diversifierad portfölj.....	65
7.2.3	Landsting, kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan.....	66
7.2.4	Leverantörer	67
7.3	Respondenterna om leverantörernas attityder	67
7.3.1	Statliga/nationella upphandlingsorgan.....	68
7.3.2	Kommunala upphandlingsorgan med diversifierad portfölj.....	69
7.3.3	Landsting, kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan.....	69
7.3.4	Leverantörer	70
8	Slutsatser.....	72
9	Referenser	75
	Bilaga 1 Intervjuformulär	77

Sammanfattning

Syftet med denna studie är att analysera möjliga förklaringar till att upphandlingar som görs enligt Lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) tycks föranleda en mindre andel överprövningar än upphandlingar som görs enligt Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den senare lagstiftningen är tillämplig på offentliga upphandlingar av tjänster, varor och byggentreprenader som inte faller under de områden som anges i LUF (se ovan).

Tillgänglig statistik visar att överprövning är mer vanligt förekommande bland upphandlingar som regleras av LOU. Detta förhållande kvarstår med hänsyn tagen till att det är mer vanligt att upphandla enligt LOU än LUF. För att belysa möjliga förklaringar till detta har 28 intervjuer genomförts med beställare/upphandlare från statliga och kommunala organ samt med företrädare för leverantörer från olika branscher.

Utgångspunkterna för intervjuerna har varit frågor relaterade till upphandlingssituationen (t.ex. organisation och kompetens), juridiska faktorer (t.ex. förhandlingsmöjligheter) samt leverantörernas syn på upphandling (t.ex. överprövning som affärsstrategi).

Intervjuerna ger vid handen att en avgörande anledning till att upphandlingar enligt LUF överprövas i mindre utsträckning än upphandlingar enligt LOU är det mer omfattande förhandlingsutrymme som till skillnad från LOU finns i LUF. Från upphandlarsidan menar de intervjuade att förhandling förebygger och ger möjlighet att hantera missförstånd och felaktigheter under upphandlingens gång. Detta anses minska risken för att en leverantör upplever sig felbehandlad eller upphandlingen som illa genomförd. En annan intressant iakttagelse är att de intervjuade upphandlarna beskriver att de branscher som upphandlas enligt LOU i högre utsträckning präglas av en "överprövningskultur". Av de intervjuade nämner flera att LUF-upphandlingar ofta är mer komplexa och att myndigheter som upphandlar under LUF därför håller sig med upphandlare med hög marknadsspecifik kompetens. En sådan lösning är något som skulle vara mer resurskrävande för kommunala organ, då de ofta förfogar över en i högre grad diversifierad upphandlingsportfölj.

Summary

The aim of this study is to analyze possible explanation factors as to why public procurements carried out in accordance with the Law (2007:1092) on public procurement within sectors of water, energy, transport and postal services (LUF) seems to lead to a lesser share of revisions than procurements carried out in accordance with the Law (2007:1091) on public procurement (LOU). The latter legislation is applicable on public procurements that do not fit into the criteria mentioned in LUF.

Statistics at hand show that revisions are more commonly occurring amongst public procurements carried out in accordance to LOU. This case remains even though taken into account the fact that public procurements are more often carried out in accordance to LOU than LUF. In order to highlight possible explanation factors, 28 interviews have been carried out with public purchasers at public authorities, both on national and municipal/regional level, as well as suppliers' representatives in different sectors.

The focus of the questionnaire has mainly been questions relating to the procurement situation (e.g. organisation and competency), juridical issues (e.g. the prospect of negotiation) and suppliers' approach to public procurement (e.g. revisions as a form of business strategy).

The interviews indicate that the wider prospect of negotiation that LUF offers is a crucial factor as to why procurements carried out under LOU run a higher risk of being revisioned by the supplier(s). The public purchasers interviewed suggest that negotiation prevents and provides tools to handle misunderstandings and inaccuracies during the active phase of the procurement. This is considered to lessen the risk of a supplier experiencing him-/herself mistreated, or the procurement as inadequate. Another interesting observation is that the interviewed purchasers describe the sectors more common to revise the procurements, as sectors that bear stamp of a "culture of revisions". Several of the interviewees suggest that procurements carried out under LUF are often more complex and that public authorities that purchase in accordance with LUF therefore have incentives to keep purchasers with high market specific competency. A solution of that sort would require great resources for the municipal authorities, as they are often responsible for a more diversified portfolio of procurements.

1 Inledning

Inom Europeiska Unionen (EU) åtskiljs upphandling inom vad som kallas den klassiska sektorn från upphandling inom försörjningssektorerna. Det senare omfattar vatten, energi, transporter och posttjänster och det förra omfattar verksamheter som inte ryms inom dessa fyra. Den klassiska sektorn regleras av Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Försörjningssektorn regleras av Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Som regelverk har LUF och LOU stora likheter, men också viktiga skillnader. LUF erbjuder, till skillnad från LOU, exempelvis möjlighet till förhandling vid samtliga så kallade förfaranden¹. En annan skillnad är hur bestämmelser runt ramavtal regleras, där LOU anger en mer detaljerad reglering än LUF (se t.ex. Bergman, Indén, Lundberg och Madell, 2011).

Konkurrensverket har noterat att till myndigheten inkommande klagomål/tips rörande upphandlingar som regleras av LUF är underrepresenterade i förhållande till klagomål/tips rörande upphandlingar som regleras av LOU. Konkurrensverket har även noterat att andelen överprövningar av upphandlingar under LUF förefaller vara mindre i förhållande till andelen överprövningar under LOU. Detta förhållande kvarstår med hänsyn tagen till att det är mer vanligt att upphandla enligt LOU än LUF. Motsvarande uppgifter gällande klagomål saknas. Denna rapport kommer i det fortsatta att fokusera på överprövning.

Det huvudsakliga syftet med denna studie är att analysera möjliga förklaringar till att upphandlingar enligt LUF tycks föranleda en mindre andel överprövningar än upphandlingar under LOU. I rapporten kommer vi även att redogöra för juridiska skillnader mellan LOU och LUF. En med avseende på syftet relevant skillnad rör förhandlingsmöjligheten. Av denna anledning kommer vi även att behandla förhandlingsbegreppet. Rapporten beskriver kort också i korthet regelverket kring överprövning och dess koppling till upphandlingsprocessen.²

Under 2012 överprövades 7 procent av alla upphandlingar i Sverige (Konkurrensverket, 2013b). Det är mer än dubbelt så vanligt att upphandlingar över de så kallade tröskelvärdena överprövas. Möjligheten att överpröva är en viktig del av rättssäkerheten vid offentlig upphandling och av att i möjligaste mån tillse att upphandlingarna sker effektivt. Både för upphandlande myndigheter, enheter och enskilda leverantörer innebär dock en överprövning i många fall problem för den egna verksamheten i form av osäkerhet och högre kostnader.³

¹ Se vidare i kapitel 2.

² Läsare som är insatta i upphandlingslagstiftningen kan med fördel gå direkt till kapitel 3.

³ Upphandlande myndighet används för att benämna köparen i de fall LOU tillämpas. Upphandlande enhet används när köpet sker i enlighet med LUF. Se vidare i kapitel 2.

Med utgångspunkt i att den offentliga upphandlingen ska vara effektiv och rätts-säker och har till syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden (prop. 2013/14:1) kan en överprövning mycket väl vara samhällsekonomiskt motiverad. En överprövning kan t.ex. anses motiverad om en upphandling inte organiserats så att skattemedlen används på bästa sätt, det vill säga att leveransen inte motsvarar utlovad kvalitet eller att priset av olika skäl är högre än vad det skulle kunna vara och därför rättas till. Det bör dock noteras att en upphandling som överprövats inte nödvändigtvis är felaktigt genomförd. Inte heller är en icke överprövad upphandling alltid synonymt med ett i alla delar korrekt genomförande.

Oavsett om överprövningen är påkallad eller inte, medför den förmodligen en resurskrävande rättsprocess för upphandlande myndighet eller enhet. Överprövningen kan göra det svårare för myndigheten eller enheten att planera den egna verksamheten och fullgöra sitt samhälleliga uppdrag.

Processen kan även påverka de potentiella leverantörer som lämnat in anbud. Vid en överprövning senareläggs starten på leveransen och det kan vara problematiskt då leverantörerna är bundna av sitt anbud under tiden som överprövningsprocessen pågår. Detta kan begränsa leverantörernas möjligheter att åta sig andra uppdrag. Vidare kan leverantörens egen verksamhet förändras i form av att viktig kompetens lämnar verksamheten eller att underleverantörers priser eller andra leverantörsvillkor ändras (Konkurrensverket, 2013a). Om potentiella leverantörer i hög utsträckning förväntar sig att upphandlingarna överprövas tar de sannolikt höjd för detta i sina kostnadsberäkningar, vilket i sin tur leder till högre priser.

Den ofta långdragna rättsprocessen och varierande praxisen hos landets domstolar uppges också leda till oförutsägbarhet och osäkerhet hos både upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer (Konkurrensverket, 2007). Då upphandlaren inte kan avgöra, utifrån rättspraxis, huruvida en upphandling är förenlig med gällande rätt i alla avseenden, riskerar rädslan för överprövningar medföra att innovativa upphandlingskoncept och avtalsformer som skulle kunna leda till förmånligare offentliga affärer inte realiseras. För leverantörer riskerar en rättslig inkonsekvens medföra oförutsägbarhet och att de drar sig för att lämna anbud vid offentliga upphandlingar, vilket i sin tur kan påverka konkurrensgraden negativt (Konkurrensverket, 2007).

En upphandling som stoppas på grund av en överprövning kan försvåra myndighetens eller enhetens möjligheter att fullgöra sitt samhälleliga uppdrag. Viktiga insatsfaktorer eller utförandet av själva servicen kan i samband med en överprövning bli fördröjd. Det kan vara sådan service, centrala välfärdsfunktioner, som den offentliga sektorn är skyldig att tillhandahålla. För att täcka behoven under pågående överprövning och den tid det tar att eventuellt organisera en ny upphandling kan den upphandlande myndigheten eller enheten finna det nödvändigt att genomföra en så kallad direktupphandling. Sådana direktupphandlingar riskerar i sin tur att bli överprövade eller bli föremål för en talan om ogiltighet enligt upphandlingslagarna. (Kommittédirektiv, 2013:105)

Både för att hantera det aktuella problemet för upphandlande myndigheter och enheter, och för att minska andelen överprövningar föreslogs i Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) att det skulle införas en reglering som i korthet går ut på att det ska vara möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att genomföra en temporär direktupphandling i de fall en upphandling blivit föremål för överprövning och en förlängd avtalsspärr har inträtt. I utredningen motiveras förslaget med att ett av de allvarligaste problemen i samband med överprövningar är det faktum att upphandlingen stoppas vilket leder till att upphandlande myndigheter och enheter inte får den vara eller tjänst som de har behov av eller är skyldiga att tillhandahålla allmänheten, vilket inte sällan går det ut över servicen till medborgarna. För att fullgöra sina uppgifter riskerar, som nämndes ovan, upphandlande myndigheter och enheter att bryta mot antingen upphandlingslagstiftningen eller annan lagstiftning som kräver att den aktuella myndigheten ska tillhandahålla viss service. Den föreslagna bestämmelsen skulle således skapa ett rättsligt utrymme att temporärt upphandla från en leverantör som har deltagit i upphandlingsförfarandet som är föremål för prövning eller kunna göra det från den tidigare leverantören.

I Upphandlingsutredningens slutbetänkande (SOU 2013:12) beskrivs två tänkbara strategier för att komma tillrätta med de problem som överprövningar anses orsaka. Den ena strategin är inriktad mot att minska antalet överprövningar och den andra strategin är inriktad mot åtgärder som anses minska de negativa konsekvenserna av en överprövad upphandling. Här ingår exempelvis ett förslag om en koncentration av överprövningsärenden till ett fåtal förvaltningsrätter och till en av kammarrätterna.

För närvarande utreds frågan om koncentration av förvaltningsdomstolar, samt frågor kring rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen och hur rättsmedelsdirektiven har genomförts i svensk rätt. I utredningen ingår även en jämförelse med andra EU-staters tillämpningar och erfarenheter. I utredningen analyseras lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna, i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om en domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras. Vidare undersöks möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för direktupphandling under pågående överprövning. I översynen ingår även förslag på åtgärder för att minska antalet upphandlingsmål eller åtminstone bromsa ökningen. Inom ramen för detta utreds och övervägs bestämmelser om ersättning för processkostnader eller avgifter vid ansökan i mål om överprövning. (Kommittédirektiv 2013:105) I skrivande stund är inte utredningens slutbetänkande publicerat.

Konkurrensverket (2013) skriver att en viktig förutsättning för att inte äventyra rättssäkerheten är att en minskning av antalet överprövningar bör bero på att behovet av överprövningar minskar och inte att det blivit formellt svårare att överpröva. Att belysa faktorer som kan tänkas ligga till grund för skillnader i överprövningar mellan LOU och LUF är därför av stor vikt, inte bara ur ett samhällsekono-

miskt perspektiv, men också för att kunna rikta eventuella insatser som syftar till just ett minskat överprövningsbehov.

2 Om offentlig upphandling

Det här kapitlet syftar till att ge en grundläggande förståelse för upphandlingslagstiftningen och däri med avseende på rapportens syfte relevanta skillnader mellan LOU och LUF. Detta görs med ett särskilt fokus på de olika upphandlingsförfaranden som anges i lagstiftningen. Det finns bl.a. förfaranden som medger förhandlingsmöjligheter och dessa ser olika ut för de två lagarna.

LOU och LUF innehåller inte bara bestämmelser som styr hur upphandlande myndigheter respektive enheter ska agera i samband med tilldelningen av kontrakt utan de båda lagarna innehåller också bestämmelser rörande s.k. rättsmedel, dvs. vilka möjligheter det finns att få en upphandling prövad i domstol. I det avseendet finns det bestämmelser som tar sikte på att få upphandlingen som sådan prövad, bestämmelser som syftar till att få giltigheten av kontrakt som ingås i strid med LOU och LUF prövade, bestämmelser som kan leda till att en upphandlande myndighet eller enhet kan påföras en s.k. upphandlingsskadeavgift och regler som slår fast att en leverantör som lidit skada till följd av att en upphandlande myndighet eller enhet brutit mot respektive lag ska kunna få rätt till skadestånd.

Ifråga om de olika rättsmedlen är regleringarna i LOU och LUF i princip identiska, varför det i sammanhanget saknas anledning att närmare beröra dessa.⁴

2.1 LOU och LUF

Offentliga upphandlingar regleras i huvudsak i två olika lagar i den svenska rättsordningen, lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. De båda lagarna är i mycket stor utsträckning identiska, men det förekommer vissa skillnader mellan dem som beskrivs nedan.

I samband med tilldelning av offentliga kontrakt, oavsett om det är enligt de ovan nämnda lagarna eller i andra sammanhang, finns det några upphandlingsrättsliga principer som måste beaktas, såsom principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Dessa principer används också för att fylla ut de luckor som finns i upphandlingslagstiftningen varför principerna är av väsentlig betydelse i samband med tillämpningen av både LOU och LUF.

En av de viktigaste EU-rättsliga principerna är principen om icke-diskriminering, vilken följer av artikel 18 EUF-fördraget. Principen är också utgångspunkten för fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital. Icke-diskrimineringsprincipen innebär i korthet att en upphandlande myndighet

⁴ Se 16–17 kap. LOU respektive LUF.

inte får utforma en upphandling på ett sätt som leder till att vissa företag diskrimineras utifrån deras nationalitet. Det är således inte tillåtet att på olika sätt gynna företag från den egna medlemsstaten framför företag från andra medlemsstater. På ett nationellt plan innebär detta att lokala företag inte får favoriseras över företag från andra delar av landet (eller andra EU-länder).

Likabehandlingsprincipen, som är ett utflöde av icke-diskrimineringsprincipen, innebär att alla potentiella leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar, varför alla upphandlingar ska kännetecknas av konkurrensneutralitet på så sätt att ingen leverantör ska få fördelar framför andra. Principen aktualiseras i upphandlingens alla skeenden och är också av intresse i samband med att den upphandlande myndigheten förbereder upphandlingen. I praktiken innebär principen att alla leverantörer ska ges tillgång till samma information. Likabehandlingsprincipen innebär också att alla potentiella leverantörer ska behandlas lika utifrån de förutsättningar som gäller för den aktuella upphandlingen enligt förfrågningsunderlaget. Om det av förfrågningsunderlaget följer att leverantörer ska kunna visa att de uppfyller vissa kvalifikationskrav måste därför dessa krav tillämpas lika på alla leverantörer. Likabehandlingsprincipen aktualiseras också i förhållandet mellan de leverantörer som lämnar anbud och de potentiella leverantörer som utifrån annonsen valt att inte delta i den aktuella upphandlingen. Eftersom den information som den upphandlande myndigheten lämnar redan i annonsen får anses vara handlingsdirigerande för potentiella leverantörer, får den upphandlande myndigheten göra förändringar i förhållande till annonsen endast om ändringarna rimligen inte skulle ha påverkat företagens beslut att delta i själva upphandlingen.

Upphandlingsförfarandena som sådana kan ses som ett försök att uppfylla de krav som följer av transparensprincipen och därmed som en förutsättning för att alla potentiella leverantörer verkligen ska kunna tillförsäkras en behandling i enlighet med likabehandlingsprincipen. Öppenhet i upphandlingsprocessen ska följaktligen säkra att alla potentiella leverantörer får samma information om vad den upphandlande myndigheten efterfrågar, hur upphandlingen ska gå till och vad myndigheten har för avsikt att fästa hänsyn vid då den ska göra sitt val av leverantör.

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndigheter och enheter inte ska ställa längre gående krav i fråga om både leverantörernas kvalifikationer och kraven på det som ska upphandlas än vad som är nödvändigt – kvalifikationer och krav måste stå i proportion till det som upphandlas.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att när en upphandlande myndighet ställer krav på potentiella leverantörer angående exempelvis vissa kvalifikationer som bygger på licenser, certifikat och intyg, ska det inte spela någon roll i vilken medlemsstat dessa utfärdats.

I huvudsak skiljer sig LUF och LOU åt på tre områden; vilka typer av upphandlingar som omfattas av respektive lag, vilka som har följa respektive lag och under vilka villkor några av de olika upphandlingsförfarandena kan tillämpas, varför dessa skillnader är i fokus för nedanstående framställning.

En i sammanhanget avgörande fråga är i vilka situationer LOU respektive LUF ska tillämpas. Av 1 kap. 2 § LOU framgår att den lagen ska tillämpas i samband med offentliga upphandlingar av byggtreprenader, varor och tjänster, samt vid byggkoncessioner. I paragrafens 2-6 st. följer att det ifråga om vissa typer av upphandlingar endast är vissa av lagens bestämmelser som är tillämpliga. Dessutom föreskrivs det i 1 kap. 3-8 §§ vilka undantag det finns från lagens tillämpningsområde och ett av de undantagen är att LOU inte ska tillämpas på upphandlingar som omfattas av LUF. Huruvida LOU ska tillämpas på en upphandling är således beroende av om upphandlingen istället omfattas av LUF eller inte.

LUF ska i sin tur enligt 1 kap. 2 § tillämpas på upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Närmare ledning ifråga om vilka verksamheter som avses ges i lagens 1 kap. 4-10 §§. Det som är gemensamt för de områden som omfattas av lagen, och som också skiljer sig från LOU:s tillämpningsområde, är att lagen tar sikte på sådana upphandlingar där det offentliga självt inte drar direkt nytta av de byggtreprenader, varor och tjänster som man upphandlar, utan där dessa istället kanaliseras till brukare av olika slag.

Som exempel kan nämnas att LUF ska tillämpas på upphandlingar av transporttjänster om de består av tillhandahållande eller drift av publika nät i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. I det avseendet anses ett nät för transporttjänster finnas om tjänsten ifråga tillhandahålls enligt villkor som fastställts av en behörig myndighet och som avser linjesträckning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden. Den myndighet som genomför upphandlingen av sådana transporttjänster har inte själv i sin verksamhet nytta av de aktuella transporterna utan det är istället brukarna, dvs. den del av allmänheten som utnyttjar kollektivtrafiken ifråga, som drar nytta av de aktuella transporttjänsterna. Motsvarande gäller på alla de områden som omfattas av LUF, dvs. både ifråga om upphandling inom områdena vatten, energi och posttjänster.

Motsatsvis gäller att en kommun som har för avsikt att tilldela ett kontrakt gällande exempelvis skolskjuts ska genomföra en sådan upphandling enligt reglerna i LOU. Detta förklaras av att kommunen då själv utnyttjar den aktuella tjänsten inom ramen för den verksamhet som kommunen bedriver, och inte kanaliserar tjänsten ifråga till stora delar av allmänheten.

2.2 Upphandlande myndighet och upphandlande enhet

Det är endast upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter som omfattas av upphandlingslagstiftningen i form av LOU och LUF. Även om det finns stora likheter mellan de båda begreppen, inte minst på så sätt att alla de enheter som omfattas av begreppet upphandlande myndighet också ryms inom begreppet upphandlande enhet, så finns det också en skillnad i det avseendet att begreppet upphandlande enhet är bredare än upphandlande myndighet, varför det i vissa fall t.o.m. kan rymma privata företag. Det är således endast upphandlande myndigheter som måste beakta bestämmelserna i LOU medan LUF tillämpas av upphandlade enheter.

Med upphandlande myndigheter avses enligt definitionen i 2 kap. 19 § LOU statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommun och landsting och offentligt styrda organ. Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

- a) som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
- b) vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
- c) i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Även sammanslutningar av upphandlande myndigheter eller offentligt styrda organ definieras som upphandlande myndigheter.

Inom begreppet upphandlande myndighet faller därför alla statliga och kommunala myndigheter, inklusive beslutande församlingar i kommuner och landsting, likväl som många kommunala företag och olika stiftelser under förutsättning att de tillgodoser behov i det allmännas intresse samtidigt som behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär.

I bilaga III till upphandlingsdirektivet återfinns också en uppräkningslista av det stora flertalet av de statliga upphandlande myndigheter som återfinns i Sverige och i övriga EU. Däremot finns det inte någon motsvarande lista som anger vilka kommunala organ som är att betrakta som upphandlande myndigheter. Inte heller finns det någon lista som anger vilka offentligt styrda organ, såsom statliga eller kommunala bolag, som omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Som nämnts är det däremot upphandlande enheter som har att tillämpa bestämmelserna i LUF och definitionen av sådana är något vidare än definitionen av upphandlande myndigheter. Upphandlande enheter är statliga, kommunala och andra myndigheter, landsting samt vissa offentligägda bolag (t.ex. statligt ägda bolag), stiftelser, föreningar och samfälligheter, vilka bedriver verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och postområdena. Dessutom utgör privata företag som bedriver verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, postområdena med särskilt tillstånd, på så sätt att de förbehållits rätten att bedriva viss verksamhet av det offentliga, upphandlande enheter.

En av skillnaderna mellan LOU:s och LUF:s tillämpningsområde är således att LOU ska tillämpas på upphandlande myndigheter, vilka utgörs av myndigheter och offentligrättsliga organ som inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, varvid det är syftet med verksamheten som är avgörande för om det rör sig om en upphandlande myndighet, medan LUF ska tillämpas av myndigheter och organ som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna (det vill säga vatten, energi, transporter och posttjänster). Den senare lagen kan således komma att behöva beaktas också av privata företag, under förutsättning att de bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av särskilda rättigheter. Följaktligen är inte utgångspunkten för LUF:s tillämpning vilket syfte verksamheten har utan avgörande är i stället vilken typ av verksamhet som bedrivs.

Om det är så att exempelvis en kommun bedriver verksamhet som både är att hänföra till sådant som ska upphandlas enligt LOU och sådant som omfattas av LUF måste kommunen då den genomför upphandlingar göra dessa enligt respektive lag, varför man inte alltid kan sortera in myndigheter eller enheter under respektive lagstiftning. I de enskilda fallen måste man således avgöra vilken verksamhet det som upphandlas kan hänföras till, varför man kan påstå att de olika begreppen är funktionella i den mening att de styrs av i vilken funktion en myndighet eller enhet agerar.

Om det som upphandlas däremot är avsett för både den verksamhet som bedrivs i egenskap av upphandlande myndighet och den verksamhet man bedriver som upphandlande enhet ska en s.k. överviktsprincip tillämpas. Principen innebär att om det som upphandlas till största delen – ifråga om kontraktets värde – är hänförligt till den verksamhet som omfattas av LOU så ska hela upphandlingen göras enligt den lagen och vice versa. Är det däremot inte möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet i huvudsak går att hänföra till så ska LOU:s bestämmelser tillämpas.

I sammanhanget ska också de s.k. tröskelvärdena, dvs. de värden som ett kontrakt måste uppgå till för att en upphandling ska omfattas av de upphandlingsprocedurer som Sverige enligt EU-rätten är skyldiga att tillämpa, nämnas. Alla upphandlingar överstigande tröskelvärden måste annonseras i EU:s officiella annons-

databas, *Tenders Electronic Daily* (TED). Tröskelvärdena i samband med en tillämpning av LOU respektive LUF återges i tabell 1.

Tabell 1 Tröskelvärden enligt LOU respektive LUF

Typ av upphandling och upphandlande myndighet	Tröskelvärde enligt LOU		Tröskelvärde enligt LUF	
	Euro	SEK	Euro	SEK
Varor och tjänster				
Statliga myndigheter	134 000	1 169 378		
Övriga upphandlande myndigheter/enheter (t.ex. kommuner, landsting, allmännyttiga bolag, föreningar, stiftelser)	207 000	1 806 427	414 000	3 612 854
Byggentreprenader				
Samtliga upphandlande myndigheter	5 186 000	45 256 666	5 186 000	45 256 666

Källa: Konkurrensverket

Även om värdet på det kontrakt som man har för avsikt att tilldela en leverantör understiger tröskelvärdena ska upphandlande myndighet eller enhet iaktta de krav som följer av LOU respektive LUF. Som utgångspunkt ska nämligen alla offentliga kontrakt i Sverige tilldelas efter någon form av upphandling. Om värdet på kontraktet understiger tröskelvärdena ska det göras enligt de förfaranden som föreskrivs i 15 kap. LOU respektive LUF.

I det avseendet är de största skillnaderna, jämfört med upphandlingar där värdet överstiger tröskelvärdena, att den upphandlande myndigheten eller enheten inte behöver annonsera upphandlingen via kommissionens databas för upphandlingar om värdet understiger tröskelvärdena och därtill måste inte samma tidsfrister iakttas om en upphandlande myndighet eller enhet genomför en upphandling enligt 15 kap. respektive lag, varför det kan gå fortare att genomföra sådana upphandlingar.

Ett undantag då en upphandlande myndighet eller enhet inte behöver genomföra en regelrätt upphandling enligt LOU respektive LUF, utan då man istället kan göra en s.k. direktupphandling, är om värdet på det kontrakt som ska tilldelas understiger 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket följer av 15 kap. 3 § i respektive lag. Avsikten med möjligheten att genomföra direktupphandlingar är att skapa en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att kunna undvika allt för höga administrativa kostnader (transaktionskostnader) i förhållande till upphandlingens värde.

Upphandlingar eller planerade inköp får dock inte delas upp i mindre delar eller spridas ut i syfte att kunna genomföra en direktupphandling. En direktupphandling får endast tillämpas för enstaka upphandlingar vars samlade värde under ett år understiger direktupphandlingsgränsen. En upphandlande myndighet eller enhet som redan på förhand vet att det kan bli fråga om upprepade upphandlingar under året bör istället teckna ett så kallat ramavtal. Detta är en form av avtal som kan ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer, i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

2.3 Olika typer av förfaranden inom offentlig upphandling

Ytterligare en skillnad mellan upphandlingar enligt LOU respektive LUF, är de olika typer av förfaranden som står upphandlande myndigheter och enheter till buds. Över tröskelvärdena kan, under båda lagstiftningarna, ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande tillämpas. Det är främst skrivningarna kring det förhandlande förfarandet som skiljer sig mellan LOU och LUF. Vi redogör för dessa i mer detalj nedan. Inom LOU kan även en så kallade konkurrenspräglad dialog tillämpas.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska man vid offentlig upphandling av kontrakt vars värde överskrider tröskelvärdena använda sig av öppet eller selektivt förfarande. I vissa särskilt angivna fall får dock förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering dock användas, nämligen under de förutsättningar och på det sätt som anges i 4 kap. 2-9 §§. Dessutom kan upphandlande myndigheter under vissa villkor tilldela kontrakt efter en s.k. konkurrenspräglad dialog, vilken regleras i 4 kap. 10-21 §§.

Ett öppet förfarande, vilket definieras i 2 kap. 22 § LOU respektive 2 kap. 25 § LUF utgör ett förfarande där det föreligger en skyldighet för den upphandlande myndigheten att annonsera i TED varefter alla potentiella och intresserade leverantörer ska ges möjlighet att lämna skriftliga anbud. Anbudet värderas mot de krav som ställts på leverantören och upphandlingsföremålet och det vinnande anbudet antas därefter utan föregående förhandling.

Det selektiva förfarandet å andra sidan definieras i 2 kap. 16 § LOU respektive 2 kap. 17 § LUF som ett förfarande där alla leverantörer kan ansöka om att få delta men där endast anbudssökande som inbjuds av den upphandlande myndigheten att delta får lämna anbud. Det selektiva förfarandet är i huvudsak ett praktiskt motiverat förfarande inom områden där det finns ett stort antal leverantörer av varor eller tjänster och där det är önskvärt att slippa hantera en alltför stor mängd anbud. Ett sådant förfarande kan vara fördelaktigt såväl ur ett ekonomiskt som ur ett tidsmässigt perspektiv (se Lundberg, 2005).

I det första steget annonserar den upphandlande myndigheten i TED att intresseanmälningar tas emot. Därefter görs ett urval i enlighet med de krav och urvalskriterier som ställs på leverantörerna. I det andra steget skickas enligt 11 kap. 4 § LOU en inbjudan till de utvalda leverantörerna att, mot bakgrund av vad som följer av det skriftliga förfrågningsunderlaget, inkomma med anbud. Anbudsprövningen går alltså till som vid ett öppet förfarande, med den skillnaden att endast ett begränsat antal anbud kan behöva utvärderas.

Ett selektivt förfarande utgör följaktligen ett förfarande i två steg där endast leverantörer som har tillräckliga kvalifikationer enligt de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget får lämna anbud. Av 11 kap. 3 § LOU följer att den upphandlande myndigheten vid ett selektivt förfarande – i likhet med vad som gäller vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering samt konkurrenspräglad dialog – får begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten ska därför i annonsen ange vilka kriterier som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande samt det lägsta, alternativt det högsta, antal anbudssökande som kommer att bjudas in.

I samband med en tillämpning av det selektiva förfarandet enligt LUF får den upphandlande enheten enligt 11 kap. 10 § använda kriterier som grundas på ett objektivet behov av att minska antalet anbudssökande till en nivå som kan anses rimlig med hänsyn till särskilda förhållanden i samband med upphandlingen och på de resurser som behövs för dess genomförande. Ett krav är däremot att de utvalda anbudssökandena ska vara så många att effektiv konkurrens kan uppnås.

I sammanhanget ska också nämnas att det i samband med upphandlingar som rör s.k. B-tjänster eller där kontraktsvärdet understiger gällande tröskelvärden inte ställs samma krav på upphandlande myndigheter och enheter i den mening att man då inte behöver genomföra upphandlingar enligt det öppna eller selektiva förfarandet. I sådana fall fordras istället att upphandlingar görs enligt de bestämmelser som följer av 15 kap. respektive lag, varvid utgångspunkten är att upphandlingarna ska göras som förenklade upphandlingar eller som urvalsupphandlingar. Förutom de skillnader som finns ifråga om exempelvis annonsering och tidsfrister motsvarar den förenklade upphandlingen i allt väsentligt det öppna förfarandet medan urvalsupphandlingen motsvarar det selektiva förfarandet.

2.3.1 Förhandlat förfarande under LOU

Som nämnts är utgångspunkten enligt LOU att upphandlingar över tröskelvärdena ska göras enligt det öppna eller selektiva förfarandet medan det förhandlade förfarandet, tillsammans med det öppna och selektiva förfarandet, utgör norm vid tilldelning av kontrakt enligt LUF.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering regleras i 4 kap. 2–4 §§ LOU. Det framgår att den upphandlande myndigheten som väljer förhandlat förfarande

får bjuda in ett visst antal leverantörer och har därefter möjlighet att förhandla med en eller flera av anbudsgivarna. Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering innehåller samma formkrav och går i stort sett till på samma sätt som ett selektivt förfarande, men med den skillnaden att ett antagande av anbud sker först efter förhandling med en eller flera tänkbara leverantörer.⁵

Utgångspunkten är enligt 4 kap. 2 § LOU att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering bara får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller av andra skäl inte kan godtas, under förutsättning att:

- a) avtalsvillkoren i förhållande till den föregående upphandlingsomgången inte ändras på något väsentligt sätt,
- b) det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det i vissa undantagsfall inte går att ange något totalpris i förväg,
- c) det rör sig om finansiella – exempelvis försäkrings-, bank- och investerings-tjänster – och intellektuella tjänster – exempelvis projektering av anläggningar – där det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller
- d) det rör sig om en byggentreprenad, som endast har forsknings-, provnings-, eller utvecklingsändamål och som inte syftar till att nå lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader – det vill säga det som upphandlas får inte vara avsett att användas i ekonomiska syften.

Även med ett förhandlat förfarande måste den upphandlande myndigheten i förväg ange hur många leverantörer som kommer att väljas ut bland de leverantörer som uppfyller urvalskriterierna. Inom den klassiska sektorn gäller att minst tre leverantörer måste väljas ut.

En upphandlande myndigheten får i vissa fall enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt. Det är emellertid även i sådana situationer viktigt att alla anbudsgivare behandlas lika. Vid ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering krävs vanligen att minst tre anbudsgivare deltar, förutsatt att det finns så många lämpliga deltagare. Som skäl för att använda ett förfarande utan föregående annonsering krävs att:

- a) det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats in några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren kvarstår,

⁵ Möjligheten att använda förhandlingar inom ramen för en tillämpning av LOU behandlas utförligt i Falk (2009, s. 147 ff). För en kommentar gällande motsvarande i det s.k. klassiska direktivet se Steinicke och Groesmeyer (2008, s. 808 ff) och Poulsen m.fl. (2012, s. 339 ff).

- b) det som ska upphandlas, av tekniska, konstnärliga eller upphovsrättsliga skäl endast kan fullgöras av en viss leverantör, eller
- c) om synnerlig och oförutsebar brådska gör att det är omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Enligt 4 kap. 8 § 1 st. LOU får ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas vid tilldelning av kontrakt som avser kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller ingår i det ursprungliga kontraktet om:

- a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras,
- b) de ska utföras av den ursprungliga leverantören,
- c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
- d) de kan avskiljas och är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.

Vad gäller nya byggtreprenader eller tjänster som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster får förfarandet användas förutsatt att:

- a) de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,
- b) arbetena tilldelas samma leverantör,
- c) det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
- d) värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap. LOU, samt
- e) det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det är dock viktigt att komma ihåg att det sammanlagda värdet av kontraktet enligt 4 kap. 8 § 2 st. LOU inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde och att förfarandet enligt 4 kap. 8 § 3 st. LOU endast får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

I 4 kap. 9 § LOU finns också en bestämmelse som medger att man kan använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det rör sig om tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt

14 kap. LOU – under förutsättning att kontraktet enligt tävlingsreglerna ska tilldelas vinnaren av tävlingen.

Det ska återigen påpekas att det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering utgör ett förfarande som endast får användas i undantagsfall, vilket också tydligt framgår av EU-domstolens dom i mål C-84/03, Kommissionen mot Spanien. EU-domstolen fann i målet att Spanien inte införlivat direktiv 93/36/EEG om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor och direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten på rätt sätt, eftersom det inte tillräckligt tydligt framgick att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är en undantagsbestämmelse, och eftersom det inte heller framgick att en viktig förutsättning var att de ursprungliga villkoren inte ändrades.

2.3.2 Förhandlat förfarande under LUF

Till skillnad från vad som gäller enligt LOU utgör förhandlingar ett normalt inslag i samband med tilldelningar av kontrakt enligt LUF, vilket också manifesteras i att det enligt 4 kap. 1 § LUF inte krävs att särskilda villkor är uppfyllda för att en upphandlande enhet ska kunna använda ett förhandlat förfarande. I 2 kap. 9 § LUF definieras ett förhandlat förfarande som ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar med en eller flera av dem om kontraktsvillkoren. Till skillnad mot bestämmelserna i LOU (se avsnitt 2.3.1) räcker det med att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna mot bakgrund av föremålet för den aktuella upphandlingen får ange ett rimligt antal leverantörer.⁶

Däremot ska som utgångspunkt ett kontrakt inte tilldelas utan att det föregåtts av annonsering och det är endast om de villkor som följer av 4 kap. 2 eller 3 §§ (den senare bestämmelsen tar sikte på projekttävlingar) uppfylls som man inte behöver annonsera. Av 4 kap. 2 § följer att en upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om:

- a) det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
- b) det gäller ett kontrakt som är avsett endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,

⁶ Möjligheten att använda förhandlingar inom ramen för tillämpning av LUF behandlas utförligt i Falk (2010, s. 192 ff). För en kommentar gällande motsvarande i det s.k. försörjningsdirektivet se Poulsen m.fl. (2012, s. 339 ff).

- c) det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Vidare medges tilldelning av kontrakt utan annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Ett annat undantag ges om det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om:

- 1) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och
- 2) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll.

Kontraktstilldelning utan annonsering kan också ske om det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om:

- 1) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
- 2) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras.

Samma förutsättningar medges om det gäller en ny byggtreprenad, som är en upprepning av tidigare byggtreprenader under förutsättning att:

- a) de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,
- b) arbetena tilldelas samma leverantör,
- c) det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
- d) värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och
- e) det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Kontraktstilldelning utan annonsering medges också då det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad, kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt LUF, det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset, eller det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Mål C-394/02, Kommissionen mot Grekland, exemplifierar en situation när man inte får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inom försörjningssektorn. Det offentliga företaget DEI hade tilldelat en leverantör ett kontrakt avseende konstruktionen av ett transportbandsystem för värmekraftverket Megalopolis. Som skäl angavs att man haft rätt att göra så, eftersom endast den valde leverantören kunde utföra de aktuella arbetena med hänsyn dels till de särskilda egenskaperna hos den produkt som skulle transporteras och den underliggande jorden i området, dels till att det var nödvändigt att koppla samman transportbanden med de redan befintliga. Vidare hävdades att det var mycket brådskande.

EU-domstolen inledde med att påminna om att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är en undantagsbestämmelse som ska tolkas strikt, samt att den som vill tillämpa ett sådant förfarande också har bevisbördan för att undantagsbestämmelserna är tillämpliga. EU-domstolen ansåg att den grekiska regeringen inte på ett övertygande sätt visat att de aktuella arbetena på grund av tekniska skäl endast kunnat utföras av den valda leverantören. Inga av de åberopade omständigheterna visade att den valda leverantören var det enda företag inom EU som hade nödvändiga kunskaper för att kunna utföra de aktuella arbetena. Inte heller kunde man påvisa synnerlig brådska till följd av någon omständighet som inte kunnat förutses. Grekland hade således underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet.

Det ska också poängteras att det endast är själva kontraktsvillkoren som kan bli föremål för förhandling, varför den upphandlande enheten kan förhandla med leverantörer om priser, leveranstider o.d., medan utrymmet att förhandla om utformningen av uppdraget som sådant är långt mycket mer begränsat.

Sammanfattningsvis medger LUF ett större förhandlingsutrymme än LOU. Vi kan också konstatera att en annan skillnad är att det finns privata företag som är skyldiga att tillämpa LUF men inte LOU.

2.4 Förhandlingsbegreppet inom offentlig upphandling

Det faktum att det står en upphandlande enhet – och i vissa fall också en upphandlande myndighet – fritt att använda sig av ett förhandlat förfarande i samband

med en tilldelning av ett kontrakt innebär inte att en sådan förhandling får te sig hur som helst. Upphandlande enheter och myndigheter måste nämligen beakta de allmänna upphandlingsrättsliga principerna också i samband med ett förhandlat förfarande, vilket följer av 1 kap. 24 § LUF respektive 1 kap. 9 § LOU och som anses motsvara de krav som följer av artikel 2 i upphandlingsdirektivet (direktiv 2004/18/EG) respektive artikel 10 i försörjningsdirektivet (direktiv 2004/17/EG).

Att i en upphandlingssituation tala om förhandlingar kan däremot vara något tveksamt; inte minst om hänsyn inte tas till skillnaderna mellan förhandlingsbegreppet i en upphandlingssituation jämfört med vad som vanligtvis menas med en förhandling. Begreppet förhandling kräver således en förklaring.

En förhandling i dess vanliga betydelse har till syfte att förena två eller fler parter synpunkter och hållning på så sätt att man finner en för alla parter tillfredsställande lösning. Till skillnad från vanliga förhandlingar där fokus riktas mot förhållandet mellan de inblandade parterna fokuserar det upphandlingsrättsliga förhandlingsbegreppet i större utsträckning på förhållandet till tredje man, dvs. potentiell anbudsgivare, inte minst ifråga om hur de aktuella förhandlingarna påverkar tredje mans möjlighet att konkurrera på likvärdiga villkor.

Dessutom kan det upphandlingsrättsliga förhandlingsbegreppet betraktas ur en avtalsrättslig synvinkel. Vanligtvis ingås avtal mellan två parter genom att den ena parten lämnar ett anbud som sedan motparten accepterar eller förkastar. Med begreppet förkasta avses inte endast den situationen att motparten helt väljer att inte ingå något avtal utan också den situationen att förhandlingar inleds för att i ett senare skede ingå ett avtal. Från det att det första anbudet lämnas tills dess att ett avtal verkligen ingås kan det således ha förekommit en eller flera förhandlingar mellan parterna i vad som kan betecknas som en förhandlingsfas. Någon sådan förhandlingsfas finns det däremot inte utrymme för i samband med en offentlig upphandling om det inte rör sig om ett upphandlingsförfarande som inbegriper förhandling. Om ett anbud inte uppfyller de krav som följer av förfrågningsunderlaget, eller om anbudet är behäftat med förbehåll, kan några förhandlingar mellan parterna i syfte att åstadkomma ändringar i anbudet inte heller accepteras.

Bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF stadgar bl.a. att upphandlande myndigheter respektive enheter ska behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Som angetts ovan torde det råda stora skillnader mellan begreppet förhandling i dess vanliga form jämfört med då begreppet används i samband med en offentlig upphandling. Även om LOU, men framför allt LUF, anger att förhandlingar är tillåtna rör det sig inte om förhandlingar i dess vanliga form. Artikel 2 i upphandlingsdirektivet respektive artikel 10 i försörjningsdirektivet, och därmed också 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF, ger uttryck för vad som betecknats som ett förhandlingsförbud. Att bestämmelsen ger uttryck för ett förhandlingsförbud

kan motiveras med att det är i det närmaste omöjligt att kontrollera att konkurrensvillkoren inte påverkas om en upphandlingsprocess inte präglas av öppenhet – vilket knappast kännetecknar vanliga förhandlingar.

Det finns skäl att anta att förbudet mot att genomföra förhandlingar är tillämpligt i alla situationer som riskerar påverka konkurrensvillkoren. Således torde förbudet mot att genomföra förhandlingar aktualiseras så fort det inte med säkerhet går att fastställa att förhandlingarna påverkar konkurrenssituationen.

Utgångspunkten ifråga om innehållet i eventuella förhandlingar är att sådana inte får avse grundläggande delar av en upphandling. Om en förhandling resulterar i en förändring som är av grundläggande betydelse för anbudet medför det således att den upphandlande myndigheten brutit mot de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, särskilt principen om likabehandling.

Någon tydlig definition av begreppet grundläggande del finns inte – men en utgångspunkt kan vara att det rör sig om en grundläggande del om den aktuella delen inte kan skiljas från den ifrågavarande uppgiften utan att uppgiften väsentligen förändras eller omöjliggörs. Om en del av ett anbud är av betydelse för den ekonomiska värderingen av anbudet, vilken i sin tur avgör hur konkurrenskraftigt anbudet är, talar det för att den aktuella omständigheten utgör en grundläggande del av anbudet. Både omständigheter som sammanhänger med tilldelningskriterierna och kontraktsvillkoren torde anses utgöra grundläggande delar av anbudet.

I sammanhanget ska däremot poängteras att det s.k. förhandlingsförbudet inte hindrar en upphandlande myndighet eller enhet från att kräva att en leverantör preciserar ett anbud om det kan göras utan att det ger upphov till att likabehandlingsprincipen överträds. Sådana kontakter mellan upphandlande myndigheter och leverantörer är inte att betrakta som förhandlingar i och med att någon ändring av den redan lämnade informationen inte kommer till stånd; utan endast att den informationen konkretiseras.

I de situationer förhandlingar är tillåtna, på så sätt att innehållet inte riskerar skapa situationer där likabehandlingsprincipen sätts åt sidan, måste förhandlingarna bedrivas på ett korrekt sätt. Hur sådana förhandlingar som i vissa situationer är tillåtna ska genomföras är däremot inte reglerat i vare sig LOU eller LUF. En utgångspunkt är dock att eventuella förhandlingar måste organiseras på ett sätt som medför att de krav som följer av främst principerna om likabehandling och transparens tillgodoses. Ett ytterligare krav vid förhandlingar i samband med offentliga upphandlingar är att leverantörerna inte får spelas ut mot varandra.

I en situation där en upphandlande myndighet eller enhet, vid en förhandling uppmanar en enskild leverantör att förändra sitt anbud eller lämnar viss information som påverkar möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud till en leverantör men inte till andra, är utgångspunkten att den upphandlande myndigheten inte agerat i överensstämmelse med kravet på likabehandling. Också i en situation

där en upphandlande myndighet eller enhet uppmanar samtliga leverantörer att justera sina anbud, men att förutsättningarna för dessa justeringar skiljer sig åt på så sätt att leverantörerna ges olika information, har den upphandlande myndigheten eller enheten brutit mot kravet på likabehandling. Låt oss illustrera detta med en dom:

Kammarrättens i Sundsvall dom av den 27 april 2004, mål nr 3441-03: Banverket hade genomfört en förhandlad upphandling av ett system för utökad radiotäckning. Två bolag kvalificerade sig för utvärdering, men anbudens ansågs vara sådana att det saknades skäl till förhandlingar, varför det ena bolaget tilldelades kontraktet utan föregående förhandling. Sökanden menade att förfrågningsunderlaget varit oprecist och otydligt, vilket lett till bristfälliga anbud samt att Banverket skulle ha fullföljt den valda upphandlingsformen. Länsrätten ansåg att Banverket hade bytt upphandlingsform under pågående förhandling, vilket inte är förenligt med kraven på likabehandling och förutsebarhet. Rätten menade att Banverket först efter förhandlingar skulle ha kunnat ta ställning till vilket anbud som var mest fördelaktigt och undanröjde Banverkets tilldelningsbeslut och förordnade att upphandlingen fick avslutas först efter rättelse.

Kammarrätten konstaterade att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna fritt kan välja mellan öppen, selektiv eller förhandlad upphandling. Vid valet skulle emellertid huvudregeln i 1 kap. 4 § den tidigare gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling om affärsmässighet beaktas. Om den upphandlande enheten väljer förhandlad upphandling får således inte förhandlingar användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna får inte vara osäkra på vad som efterfrågas. Förhandlingarna får inte heller användas till att föra in nya krav eller alternativ. Kammarrätten konstaterade dock att Banverkets upphandling i stor utsträckning var av teknisk art och i delar överlämnat till anbudsgivarna att åstadkomma egna lösningar. De anförda omständigheterna visar dock inte på några förhållanden som borde ha föranlett Banverket att uppta förhandlingar för att kunna genomföra upphandlingen på ett affärsmässigt sätt. Verkets agerande befanns därför inte strida mot huvudregeln om affärsmässighet eller andra krav i den tidigare gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling. Kammarrätten ansåg det inte heller visat att anbudsunderlaget varit behäftat med brister i sådan art eller omfattning eller att utvärderingen skett på sådant sätt att förfarandet stred mot LOU. Kammarrätten upphävde, med bifall till överklagandet, länsrättens dom. Det är värt att notera kammarrättens uttalande om att en förhandlad upphandling inte får användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget, att leverantörerna inte får vara osäkra på vad som efterfrågas och att förhandlingarna inte heller får användas till att föra in nya krav eller alternativ.

Några uttryckliga regler som stadgar att en upphandlande myndighet eller enhet måste följa en på förhand fastställd dagordning och att det under förhandlingarna ska föras protokoll finns inte. Huruvida några sådana krav kan ställas måste således avgöras utifrån reglerna om likabehandling och transparens. Frågan är därför

om dessa krav kan uppfyllas utan att den upphandlande myndigheten följer en på förhand fastställd dagordning vid förhandlingarna.

I Hentze och Sylvén, Offentlig upphandling, 1998, s. 310, uttalas följande:

”Eftersom förhandlingar kräver särskilt kvalificerad personal, ofta tar längre tid och innebär en stor risk för särbehandling av anbudsgivare, bör förhandling endast genomföras i särskilda fall. [...] För att upprätthålla kravet på ett objektiva uppträdande krävs som regel att enheten har utarbetat en förhandlings-PM som så långt möjligt följs vid förhandlingar med de olika anbudsgivarna.”

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att förhandlingsbegreppet är komplext men ändå relativt välreglerat och att det finns praktiska riktlinjer för hur myndigheter och enheter kan arbeta för att undvika eventuella tveksamheter kring likabehandling och transparens.

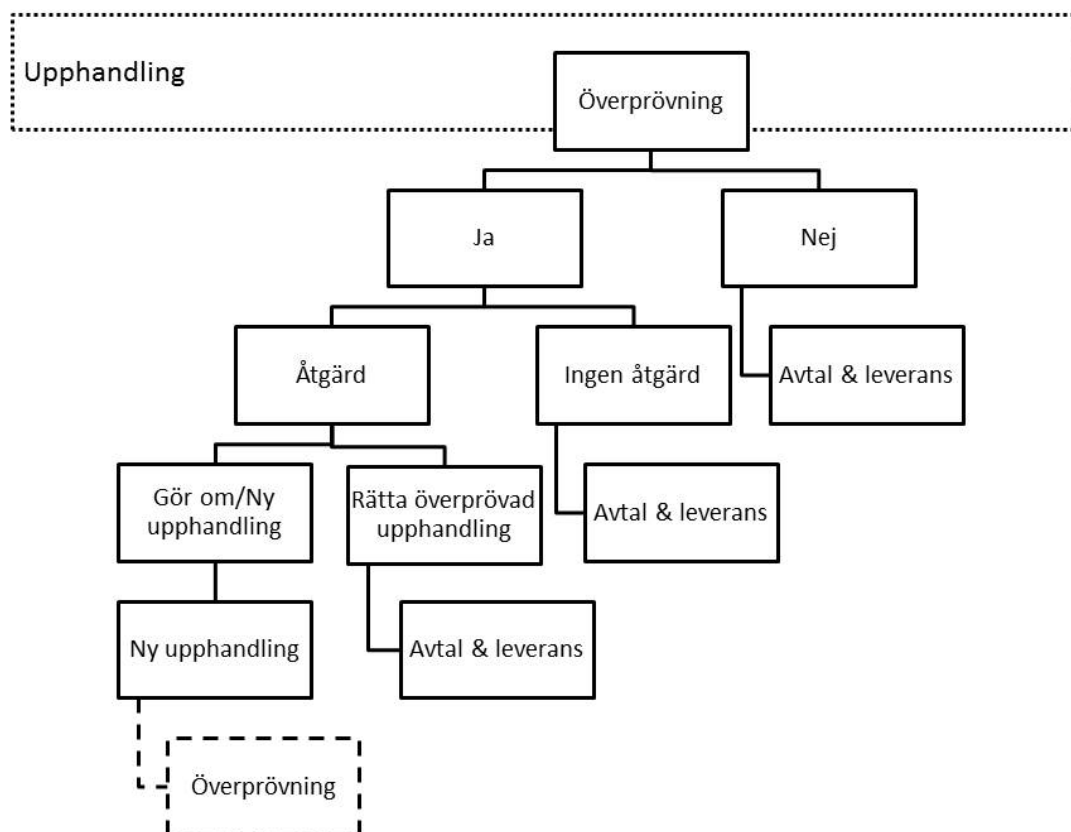
2.5 Överprövning av en offentlig upphandling

LOU och LUF innehåller inte bara bestämmelser som styr hur upphandlande myndigheter respektive enheter ska agera i samband med tilldelningen av kontrakt utan de båda lagarna innehåller också bestämmelser rörande s.k. rättsmedel, dvs. vilka möjligheter det finns att få en upphandling prövad i domstol. I det avseendet finns det bestämmelser som tar sikte på att få upphandlingen som sådan prövad, bestämmelser som syftar till att få giltigheten av kontrakt som ingås i strid med LOU och LUF prövade, bestämmelser som kan leda till att en upphandlande myndighet eller enhet kan påföras en s.k. upphandlingsskadeavgift och regler som slår fast att en leverantör som lidit skada till följd av att en upphandlande myndighet eller enhet brutit mot respektive lag ska kunna få rätt till skadestånd.

Ifråga om de olika rättsmedlen är regleringarna i LOU och LUF i princip identiska, varför det i sammanhanget saknas anledning att närmare beröra dessa.⁷ Nedan, i figur 1, ges dock en schematisk bild av överprövningsprocessen med en kortare förklaring av denna.

⁷ Se 16–17 kap. LOU respektive LUF.

Figur 1 Schematisk bild av överprövningsprocessen



Källa: Konkurrensverket

Efter att ett beslut om tilldelning gjorts infaller en så kallad tiodagarsfrist (se t.ex. Bergman m.fl., 2011). Det kontrakt som upphandlats får inte skrivas under innan tiodagarsfristen löpt ut. Under denna period kan potentiella leverantörer som inte tilldelats kontraktet begära överprövning av upphandlingen. Första instans för detta är Förvaltningsrätten. Om inte någon leverantör ansöker om överprövning kan upphandlande myndighet eller enhet ingå avtal med den eller de som erhållit kontrakt och leverans kan påbörjas.

Om någon av de potentiella leverantörerna bestämmer sig för att överpröva kan domstolens utfall enkelt uttryckt bli att upphandlingen lämnas utan åtgärd, dvs. bedöms vara utförd i enlighet med gällande bestämmelser, eller att någon form av åtgärd måste vidtas. I det senare fallet kan domstolen besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Om den ska rättas kan avtal ingås efter att rättelse skett. Om upphandlingen ska göras om är upphandlande myndighet eller enhet i princip tillbaka till ruta ett, dvs. ny annons, nytt förfrågningsunderlag och så vidare fram till tilldelningsbeslut och ny tiodagarsfrist. Baserat på statistik från 2010 visar Eriksson och Jönsson (2011) att 73 procent av upphandlingsmålen inte sakprövas. Detta betyder att ingen åtgärd behöver vidtas.

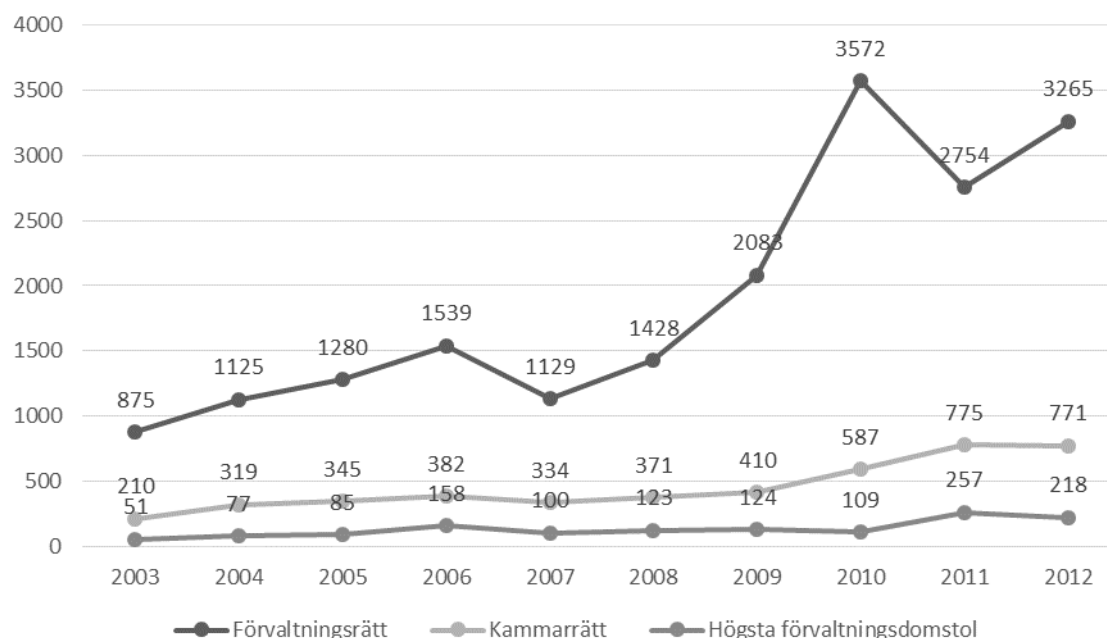
Notera att den mycket förenklade figuren och beskrivningen inte innehåller möjligheten att överpröva Förvaltningsrättens beslut. Dessa kan nämligen överprövas till Kammarrätt, vilket förlänger den rättsliga processen ytterligare. Utfallet kan dock beskrivas på samma sätt, antingen ändras inte Förvaltningsrättens dom eller så gör den det. Oavsett vilket, står upphandlande myndighet eller enhet inför att kunna framskrida med avtalsskrivande, med eller utan rättelse, eller att göra om upphandlingen. Se t.ex. Bergman m.fl. (2011).

3 Statistik om överprövningar inom offentlig upphandling

Domstolsverkets statistik om antalet överprövningsmål visar att antalet mål ökade kraftigt under flera år fram till 2010 för att sedan avta under 2011, då de minskade med 23 procent. Året därpå ökade antalet överprövningsärenden återigen och uppgick 2012 till 3 265 stycken, vilket motsvarade en ökning med 19 procent. Diagram 1 visar antalet inkomna ansökningar om överprövningar vid domstol för åren 2003-2012.

En markant ökning av antalet överprövningsmål uppstod efter en ändring i bestämmelserna om överprövning och upplysningsskyldighet i och med EG-domstolens dom i det s.k. Alcatelmålet år 2002. (Konkurrensverket, 2007). Ändringarna bestod bland annat i att rätten för leverantörer att ta del av upplysningar om tilldelningsbeslut stärktes. En annan betydelsefull regelförändring var införandet av tiodagarsfristen. Tidigare föreskrev bestämmelserna att en överprövning inte fick ske efter att upphandlingen avslutats vilket sågs som tidpunkten då avtal slutits mellan upphandlande myndighet och anbudsgivare (prop. 2001/02:142). Med de nya bestämmelserna gavs anbudsgivare en frist på 10 dagar efter att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslut till samtliga anbudsgivare. I enlighet med tidigare avsnitt, om inte en överprövning inkommer innan 10 dagar har gått ses upphandlingen som avslutad och avtal kan slutas. (SFS 2002:594).

Diagram 1 Antalet inkomna ansökningar om överprövningar 2003-2012.



Källa: Konkurrensverket (2013a)

Att använda detta mått på antalet *överprövade upphandlingar* är dock behäftat med viss osäkerhet, då t.ex. en samordnad upphandling, där flera myndigheter deltar, i regel genererar ett målnummer för varje myndighet som deltar i upphandlingen.

Även om upphandlingen inte är samordnad ges varje ansökan om överprövning i regel ett separat målnummer. En upphandling som i praktiken handläggs som ett mål kan därmed generera ett stort antal målnummer. (Konkurrensverket, 2013a). Andelen överprövade upphandlingar uppgick år 2012 till 7 procent och andelen har legat på denna nivå sedan 2010.

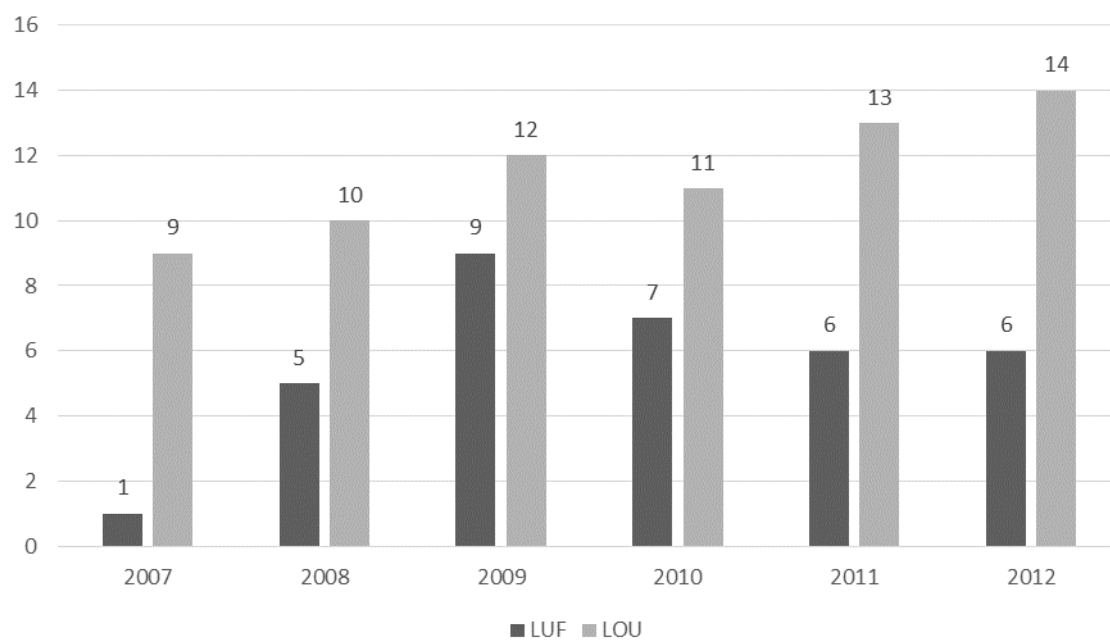
Toppnoteringen på antalet överprövningsärenden år 2010 och den efterföljande minskningen förklaras, enligt Konkurrensverket (2013b), åtminstone delvis av ett antal ramavtalsupphandlingar som inköpsorganisationen SKL Kommentus genomförde. Organisationen genomförde tidigare upphandlingar på uppdrag åt kommuner vilket medförde att varje enskild kommun blev en part vid en eventuell överprövning. Under 2011 bildade SKL Kommentus en inköpscentral, vilket innebär att de själva blir part vid en eventuell överprövning av en upphandling som de genomför. Därmed blir antalet målnummer per upphandling lägre.

Konkurrensverket (2011) har granskat de 3 154 mål som avgjorts under 2010 och redovisar att leverantörens talan bifallits i 31 procent av målen, vilket innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten ålagts att antingen rätta eller göra om upphandlingen. I 42 procent av målen fick leverantören avslag. I 27 procent av målen har domstolen avgjort målet utan att pröva upphandlingen i sak, dvs. om den har gått rätt till.

Statistik för att undersöka om antalet överprövningar är fler när LOU tillämpats än när upphandlingen genomförts enligt LUF har inhämtats från Visma Opics annonsdatabas. Denna innehåller en stor andel av i Sverige annonserade upphandlingar (SOU 2011:73). Diagram 2 visar andelen överprövningsärenden av LOU- respektive LUF-upphandlingar under åren 2007-2012 och på upphandlingar gjorda över tröskelvärden.

Av diagram 2 framgår att LOU-upphandlingar tycks överprövas i högre utsträckning än LUF-upphandlingar. Innan vi diskuterar möjliga förklaringar till detta och utfallet av den intervjustudie som genomförts i syfte att belysa detta ges en beskrivning av den offentliga upphandlingens syfte och mål samt vad som brukar benämnas en god affär. Det är nämligen viktigt att diskutera överprövning i förhållande till syfte, mål och den goda affären.

Diagram 2 Andel överprövningsärenden för upphandlingar gjorda över tröskelvärdet mellan 2007-2012



Källa: Visma Opic

4 Den offentliga upphandlingens syfte och mål – en god affär

I budgetpropositionen för 2014 (prop.2013/14:1) framgår vad Regeringens huvudsakliga mål med den offentliga upphandlingen är. Där anges att

”[d]en offentliga upphandlingen ska vara effektiv och rättssäker och har till syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden så att skattemedlen används på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet.”⁸

Syftet med upphandlingen är alltså att tillvarata konkurrensen, vilket antas leda till att skattemedel används på bästa sätt till nytta för medborgarna och samhället i övrigt.

När den offentliga sektorn ska fullgöra sitt uppdrag behöver den i varierande grad varor, tjänster eller byggtreprenader. Den offentliga sektorn skulle kunna producera allt den behöver i egen regi men det kan finnas goda skäl till att låta en privat leverantör tillhandahålla varan, tjänsten eller entreprenaden. Beslutet att upphandla kan enkelt sägas vara motiverat utifrån att det skulle vara väldigt resurskrävande för offentlig sektor att vara specialiserad inom alla marknader som den verkar inom. Dessutom karaktäriseras privata företag i regel av starkare incitament till innovation och kan i regel sägas ha en produktion som i högre grad karaktäriseras av stordriftsfördelar (Bergman, Nilsson och Pyddoke, 2005). Enkelt uttryckt kan upphandling motiveras med att konkurrensmekanismen ger bättre förutsättningar att nå så hög kvalitet som möjligt till så låg kostnad som möjligt. Detta betyder inte att allt som kan upphandlas också bör upphandlas, ibland är egen regi att föredra (se t.ex. Bergman, Indén, Lundberg och Madell, 2011)

4.1 Samhällsekonomisk effektivitet

Samhällsekonomiskt är en upphandling effektiv när den ger ett utfall där behoven kan tillgodoses till så låg produktionskostnad som möjligt (Bergman m.fl., 2011). För detta krävs god konkurrens, låga transaktionskostnader, låg risk för korruption samt att upphandling och avtal utformas så att anbudens speglar den kvalitetsnivå som efterfrågas, vilken också ska levereras.

Som tidigare nämnts följer upphandlingsdirektiven fem grundprinciper: Icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet, transparens och lika-behandling. Syftet med grundprinciperna är gott. De säkerställer konkurrens på lika villkor och kan minska risken för korruption. Transparens möjliggör dock för t.ex. karteller att kontrollera att kartellens medlemmar håller sig till gjorda överenskommelser (Bergman, Nilsson och Pyddoke, 2005). Principerna innebär även att

⁸ Budgetpropositionen 2013/14:1. Utgiftsområde 2, s. 99.

inkomna anbud granskas och utvärderas med avseende på krav och kriterier som på förhand ska vara kända och mätbara. Detta gör det svårt att basera tilldelningen av ett kontrakt på hur en potentiell leverantör skött tidigare uppdrag och beaktande av tidigare affärsrelationer mellan en myndighet eller enhet och en potentiell leverantör blir därmed svårt.

Detta skiljer den offentliga upphandlingen från den privata och kan i vissa fall göra upphandlingen *mindre* effektiv från ett samhällsekonomiskt perspektiv, Bergman m.fl. (2011). Samma författare noterar att principerna om relationsbaserad upphandling talar för att det i vissa fall är mer effektivt att gynna den tidigare leverantören. Ibland är det dock mer effektivt att missgynna den tidigare leverantören för att motverka informationsövertag som denne har kunnat ackumulera, eller att gynna nya leverantörer för att stimulera konkurrensgraden (se Binmore och Klemperer, 2002 eller Borgers och Dustmann, 2003). Utifrån detta resonemang är det således inte alltid som ett tvingande regelverk leder till att goda affärer uppnås.

Bergman m.fl. (2011) beskriver hur ett ensidigt fokus på upphandlingsreglernas syfte om att uppnå konkurrens på EU:s inre marknad riskerar leda till att regelverket i allmänhet och LOU i synnerhet endast handlar om formalia och inte om att åstadkomma goda affärer för inblandade parter. För att största möjliga kundnytta i förhållande till kostnaden ska uppnås krävs att den upphandlande myndigheten eller enheten även genomför grundliga behovsanalyser, marknadsundersökningar och följer upp tidigare upphandlingar på området. Själva upphandlingsprocessen kan beskrivas som i figur 2.⁹

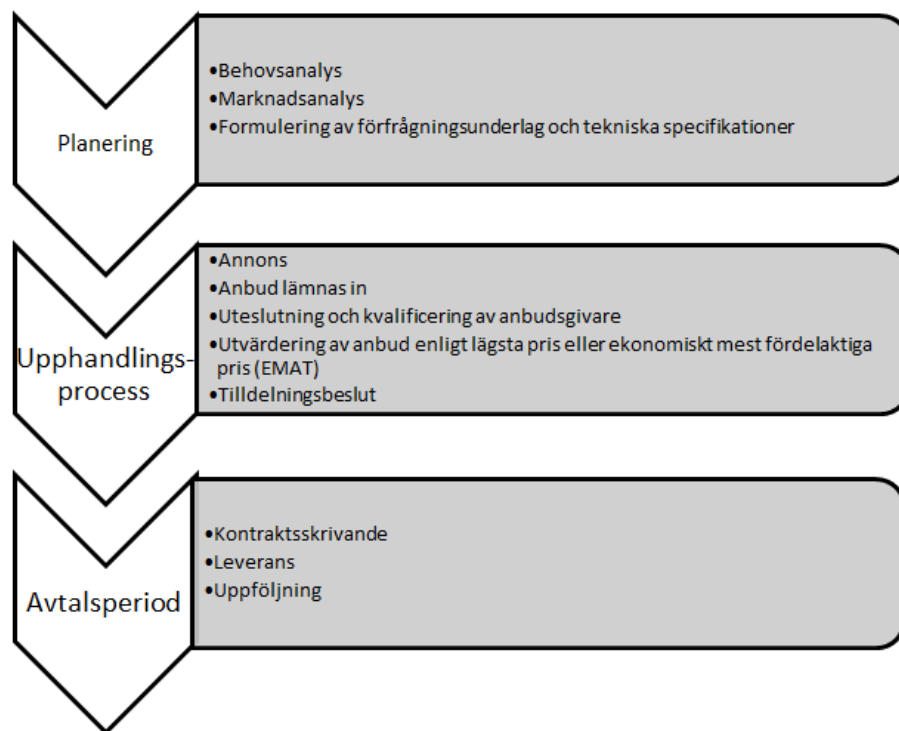
I det första steget, *planering*, är det den upphandlande enheten eller myndighetens uppdrag att identifiera behov hos medborgarna, översätta dessa till kvalitativa krav och kriterier,¹⁰ bestämma hur krav och kriterier ska förhålla sig till pris, formulera ett avtal med bestämmelser för uppföljning och kontroll av kvalitet och utifrån detta utforma ett förfrågningsunderlag.

Beskrivningen av den upphandlande partens (köparens) beteende utgår från så kallad nyttomaximeringsteori, där köparen upplever någon slags nytta av sin upphandling. Den upplevda nyttan beror av tre faktorer: Egenskaper hos det som köps (kvalitet), kvantiteten av det som köps, samt dess pris (myndighetens eller enhetens kostnad, dvs. köparens kostnad).

⁹ Figuren samt beskrivning av respektive steg i upphandlingsprocessen bygger på Bergman m.fl. (2011).

¹⁰ Krav är obligatoriska kvalitetskrav motsvarande en miniminivå (som kan vara hög) som ett anbud måste motsvara för att anses giltigt. Kriterier är kvalitativa egenskaper hos ett anbud som balanseras mot pris när tilldelning av kontrakt sker enligt det som kallas ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Se t.ex. Andersson och Lunander (2004) och Bergman och Lundberg (2009; 2013).

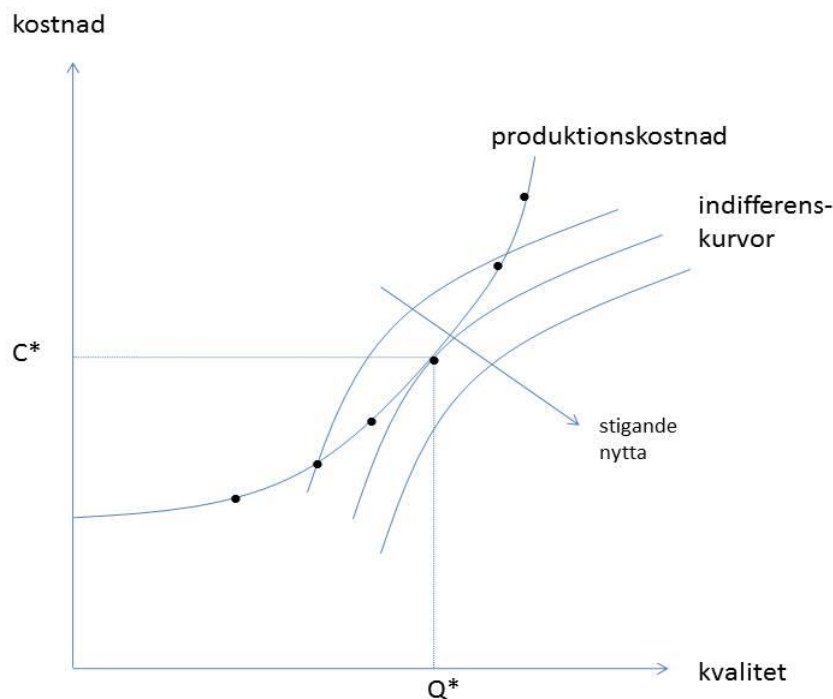
Figur 2 Schematisk skiss av upphandlingsprocessens struktur



En rimlig utgångspunkt i detta sammanhang är att högre kvalitet kostar mer att producera än lägre kvalitet. Därmed stiger priset när kvaliteten ökar. Detta sker dessutom med en tilltagande hastighet, dvs. ju högre kvalitetsnivån är, desto mer kostar det att höja kvalitetsnivån ytterligare ett steg.

Det tycks också rimligt att tro att köparen till ett givet pris föredrar högre kvalitet framför lägre och att nyttan är stigande i kvalitet. Men också att detta förhållande är avtagande, dvs. ju högre kvalitetsnivån är desto mindre värderar köparen ett extra kvalitetssteg. Relationen mellan köparens preferenser för pris och kvalitet kan beskrivas med hjälp av indifferenskurvor (Bergman m.fl. 2011). En grafisk illustration av detta förhållande återfinns i figur 3.

Figur 3 Beskrivning av nyttomaximering till givet pris (se Bergman m.fl. 2009)



En effektiv upphandling kan därmed beskrivas som en situation där köparens preferenser för pris och kvalitet på marginalen stämmer överens med vad den efterfrågade kvalitetsnivån kostar att producera. I figur 3 motsvarar detta prisnivån C^* och kvalitetsnivån Q^* . Detta utfall är dock teoretiskt och förutsätter dels att konkurrensgraden är tillräckligt stor för att pressa den vinnande anbudsgivarens vinst till noll men också att köparen formulerat en utvärderingsmodell som återspeglar köparens preferenser för pris och kvalitet. En uppgift som i praktiken inte alltid är så lätt (Bergman och Lundberg, 2009, 2013). Upphandlingen genererar ett samhälls-ekonomiskt effektivt utfall även om vinnande anbudsgivare gör vinst så länge som denne är den som har lägst produktionskostnad av de potentiella leverantörer som lämnat anbud.

Efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har identifierat sitt behov och bestämt vad som ska upphandlas och vilken kvalitet som ska präglade varan eller tjänsten, samt utformat själva upphandlingen vad gäller utvärderingsgrund och modell, kontraktstid, avtalsvillkor, med mera, ska detta beskrivas i ett förfrågningsunderlag. Utifrån den upphandlande myndighetens eller enhetens uppdrag är målet med förfrågningsunderlaget således att formulera det så att utfallet hamnar så nära det som återges i figur 3 som möjligt. Av RÅ 1996 ref. 100 följer också att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att det möjliggör för leverantören att bedöma vad den upphandlande myndigheten eller enheten

frågar efter. Detta följer även ur upphandlingsdirektivens transparensprincip och bidrar till förutsättningarna för en samhällsekonomiskt effektivt genomförd upphandling.

Ett förfrågningsunderlag består normalt sett av tre olika delar:

- a) Kravdel: Krav som den upphandlande enheten eller myndigheten ställer på leverantören jämte tekniska specifikationer, utvärderingsgrund (lägsta pris eller ekonomiska mest fördelaktiga anbud) och föremålet för upphandlingen (tilldelningskriterier).
- b) Kommersiella villkor: Kommersiella villkor avser de avtalsvillkor som ska gälla under avtalsperioden.
- c) Administrativa bestämmelser. De administrativa bestämmelserna innehåller till exempel uppgifter om upphandlingsförfarande, anbudstid och anbudets giltighetstid.¹¹

Det andra steget, *upphandlingsprocessen*, inleds med att den upphandlande myndigheten eller enheten inbjuder potentiella leverantörer att delta i den aktuella offentliga upphandlingen genom annonsering. Vid anbudstidens utgång utvärderas anbudet i flera steg. I det första steget sker en bedömning huruvida leverantören uppfyller de obligatoriska kraven i 10 kap 1§ LOU. Därefter sker en kvalificering av anbudsgivare med utgångspunkt i de i förfrågningsunderlaget fastställda kraven. Slutligen rangordnas anbuden enligt den utvärderingsgrund som angetts i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsgrunden kan antingen vara lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (EMAT). Vid ekonomiskt mest fördelaktiga anbud använder upphandlande myndighet tilldelningskriterier för att ta hänsyn till andra egenskaper än enbart pris. Kvalitativa kriterierna balanseras mot varandra och pris med hjälp av en utvärderingsmodell.¹² Tidigare forskning har visat att en relativt stor andel av de utvärderingsmodeller som tillämpas i Sverige har egenskaper som inte är ekonomiskt önskvärda och kan leda till godtycklig kontraktstilldelning. De lider av den egenskapen att de är svåra att förutsäga. Det är alltså svårt för en potentiell leverantör att identifiera sin mest konkurrenskraftiga kombination av pris och kvalitet. Se Andersson och Lunander (2004), Bergman och Lundberg (2009; 2013) samt Lunander (2009).

Efter att utvärderingsfasen avslutats ska den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen meddela samtliga anbudsgivare tilldelningsbeslutet, det vill säga vilken leverantör som har tilldelats kontraktet (tilldelningsbeslut) samt på vilka grunder. När upphandlingsprocessen är avslutad och tilldelningsbeslut meddelats anbudsgivarna, påbörjas den tiodagarsfrist som beskrevs i föregående kapitel.

¹¹ För mer detaljerad beskrivning av utformningen av förfrågningsunderlag, se Bergman m.fl. (2011).

¹² Se Bergman, M & Lundberg, S, (2009) för utförligare beskrivning av utvärderingsmetoder.

I och med att kontrakt mellan parterna skrivs inleds avtalsperioden under vilken leverans kommer att ske. Under och efter avtalsperioden är det viktigt att det sker någon sorts uppföljning från den upphandlande partens sida. Detta för att säkerställa att leverans sker i enlighet med vad som utlovats och angivits i avtalet.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att förutsättningarna för att målet med den offentliga upphandlingen ska nås är beroende av myndighetens eller enhetens förmåga att beskriva föremålet för upphandlingen, sina preferenser för pris och kvalitet samt kunskaper om den marknaden som köpet sker på. Detta är sannolikt i sin tur beroende av vilka resurser den upphandlande myndigheten eller enheten har för sin inköpsfunktion och att köparen verkligen har som mål att göra en så "god affär" som möjligt.

4.2 En god affär

Upphandlingsutredningen identifierade i sitt delbetänkande (SOU 2011:73) att en god affär ibland får stå tillbaka för ett annat mål, nämligen att undvika en överprövning. Utredningen beskriver att upphandlande myndigheter och enheter väljer vad de anser vara säkra processer istället för det som utifrån preferenser för pris och kvalitet skulle vara det bästa alternativet. Detta betyder i många fall att utvärderingsgrunden lägsta pris i kombination med många obligatoriska krav väljs på basis av att undvika överprövning istället för att få ett utfall som i så hög grad som möjligt speglar myndighetens/enhetens preferenser för pris och kvalitet. Utvärderingsgrund och modell bör väljas utifrån i vilken grad föremålet för upphandlingen karaktäriseras av kvalitetsegenskaper som är mätbara och hur viktigt det är att hålla sig inom budgetmässiga ramar (se Bergman och Lundberg, 2013). Rädslan för överprövning sägs också göra att många upphandlare väljer bort förhandlings- och dialogmöjligheten (SOU 2011:73).

Sannolikheten för att en upphandling överprövas är inte nödvändigtvis kopplad till i vilken utsträckning en upphandling resulterar i en juridiskt korrekt och samhälls-ekonomiskt effektivt genomförd upphandling. I Upphandlingsutredningens delbetänkande (2011:73) anges att det påtalats att leverantörer i besittning av ett befintligt kontrakt satt i system att överpröva för att få kontraktstiden förlängd. Inte heller är det nödvändigtvis så att en upphandling som inte överprövas är juridiskt korrekt. Samhällsekonomiskt är en överprövning motiverad om transaktionskostnaden för denna kan motiveras med storleken på den ineffektivitet (jämfört med ett effektivt utfall, en god affär) som överprövningen korrigerar.

Skrivningar om vikten av *goda affärer* och *affärsmässighet* har länge förekommit i de offentliga upphandlingsreglerna. I lagen om offentlig upphandling (1992:1528) ingick följande formulering i 1. kap. 4 § som berörde affärsmässighet i upphandlingssammanhang.

"Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn."

Själva begreppet affärsmässighet är inte definierat i lagen och återfinns inte som begrepp i EG-direktiven. Innebörden av begreppet utvecklades dock i relation till EG-direktiven, vilket förarbetena till LOU vittnar om. Där står att:

”Affärsmässigheten ska ha en koppling till EG-direktiven, genom kravet på att grunden för att anta ett anbud är att det ska vara lägsta pris, alternativt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då hänsyn till andra faktorer kan tas. Det inbegriper pris, leveranstid, driftskostnader, tekniska, estetiska och funktionella egenskaper, service med mera. En upphandlande enhet får inte godtyckligt förkasta eller anta anbud och givetvis får de gemenskapsrättsliga grundprinciperna inte åsidosättas”.¹³

I nuvarande lagstiftning är kraven på affärsmässighet inte lika uttalade. I LOU och LUF står inget uttryckligen om vikten av affärsmässighet eller den goda affären. De allmänna bestämmelserna under 1 kap. 9 § (24 § i LUF) innehåller dock följande text som bygger på de gemenskapsrättsliga principerna:

”Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.”

Vidare följer exempelvis av 12 kap. 1 § 2 st. LOU att den upphandlande myndigheten ska bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån de olika kriterier som är kopplade till föremålet för upphandlingen, såsom pris, kostnads-effektivitet och driftskostnader.

Bergman m.fl. (2011) skriver att begrepp som *affärsmässighet* och *god affär* alltså kan ses som att de innehåller krav som fortfarande ges uttryck för i nu gällande upphandlingslagstiftning, även om det inte är dessa begrepp som används uttryckligen i nuvarande lagstiftning. Detta innebär således att upphandlande myndigheter och enheter har krav på sig att i förfrågningsunderlag och annons precisera de krav och kriterier som ligger till grund för vad som ska anses utgöra affärsmässighet i den aktuella upphandlingssituationen.

I sin definition av begreppet *Den goda affären* anger Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) att den goda affären bör vara målet för offentlig upphandling. Utredningen menar att detta innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten, inom ramen för regelverket tillgodoser verksamheternas behov genom att:

- a) ställa och följa upp krav,
- b) göra detta till lägsta möjliga totalkostnad vilket i sin tur innebär att
- c) så långt det är möjligt, ta hänsyn till livscykelkostnaden,
- d) tar ansvar för miljömässigt och socialt hållbar utveckling då upphandlingens art tillåter detta

¹³ Prop. 1992/93:88.

- e) beaktar möjligheterna att ta tillvara nya och innovativa lösningar som möter verksamhetens behov, samt
- f) tillvaratar och vårdar konkurrensen på de aktuella upphandlingsmarknaderna, vilket bland annat inbegriper att överväga åtgärder för att underlätta de mindre företagens deltagande.

Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) konstaterade i sitt slutbetänkande att antalet överprövningar var en av de frågor som diskuterades mest frekvent i samband med utredningsarbetet. Flertalet upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer upplever att den offentliga upphandlingen blivit mer av en juridisk process än något som ska syfta till goda affärer och att överprövningar är en viktig orsak till detta. Upphandlingsutredningen anger också att det finns en risk att upphandlare gör avkall på affärsmässigheten och utformar upphandlingen vad gäller förfarande och utvärderingsmetod så att konkurrensen begränsas och risken för överprövning minimeras. Fokus flyttas därmed från det primära: att uppfylla ett behov till så låg kostnad som möjligt.

Rädslan för att upphandlingen ska bli överprövad leder därmed enligt utredningen till suboptimering, d.v.s. att upphandlingarna utformas på ett sådant sätt som inte främjar utvecklingen av innovativa och hållbara varor och tjänster av god kvalitet (SOU 2013:12).

En sådan suboptimering kan uppstå då den upphandlande myndigheten eller enheten begränsar konkurrensen i ett försök att reducera risken för en överprövning. Statistik från Visma Opic och Konkurrensverket visar att risken för överprövning ökar med antalet anbudsgivare (Konkurrensverket, 2013).

Det kan dock finnas andra anledningar till att vilja begränsa marknaden vid en upphandling. Gupta (2002) pekar på transaktionskostnaden av att utvärdera anbud i form av arbetstid och visar att en upphandling inte behöver sträva efter (o)ändligt antal anbudsgivare för maximal konkurrens effekt på priset. Baserat på amerikanska data visar Gupta att marginaleffekten på priset av en extra anbudsgivare upphör vid ungefär den åttonde anbudsgivaren.¹⁴ Därefter påför varje extra anbud en transaktionskostnad som överstiger/motverkar dess konkurrens effekt på priset.

¹⁴ Gupta's studie avsåg offentlig upphandling i samband med anläggning av motorväg.

5 Grunder för överprövning och utgångspunkter för intervjuer

Konkurrensverkets granskningsrapport (2007) omfattar en genomgång av samtliga 572 överprövningsmål om offentlig upphandling som dåvarande länsrätter avgjorde under första halvåret 2006. Rapporten visar att den vanligaste grunden för ansökan om överprövning under denna period var *utvärdering av anbud*, vilket även är utfallet i en studie av Lundberg, Strömbäck och Zetterdahl (2010) som omfattade 35 överprövningsmål av läkemedelsrelaterade upphandlingar. I samband med att denna grund anfördes, gavs normalt också bristfälligt förfrågningsunderlag som skäl. Bristfälligheten kan avse t.ex. att förfrågningsunderlaget varit otydligt, diskriminerande eller utformat på ett sätt som försämrat möjligheten för anbudsgivare att lämna ett optimalt anbud. Andra vanliga grunder som anges vid ansökan om överprövning rör ska-krav, både vid kvalificering av leverantörer och för de varor och tjänster som upphandlingen avser.

5.1 Faktorer som påverkar överprövningssannolikhet

Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) lyfter i samband med överprövningsfrågor ett antal faktorer som kan tänkas ligga till grund för överprövningar. I detta avsnitt beskrivs dessa tillsammans med ett antal andra tänkbara faktorer och de belyses även ur dels ett LUF-perspektiv och dels ur ett LOU-perspektiv. Nedan, i tabell 2, ges en schematisk bild över de faktorer som kan tänkas orsaka en överprövning, samt en kort beskrivning av deras hypotetiska effekter på överprövningssannolikhet. De övergripande områdena diskuteras mer i detalj nedan. De utgör var och en grunden för de frågor som vår empiriska studie bygger på.

Tabell 2 Översikt av överprövningens möjliga orsaker

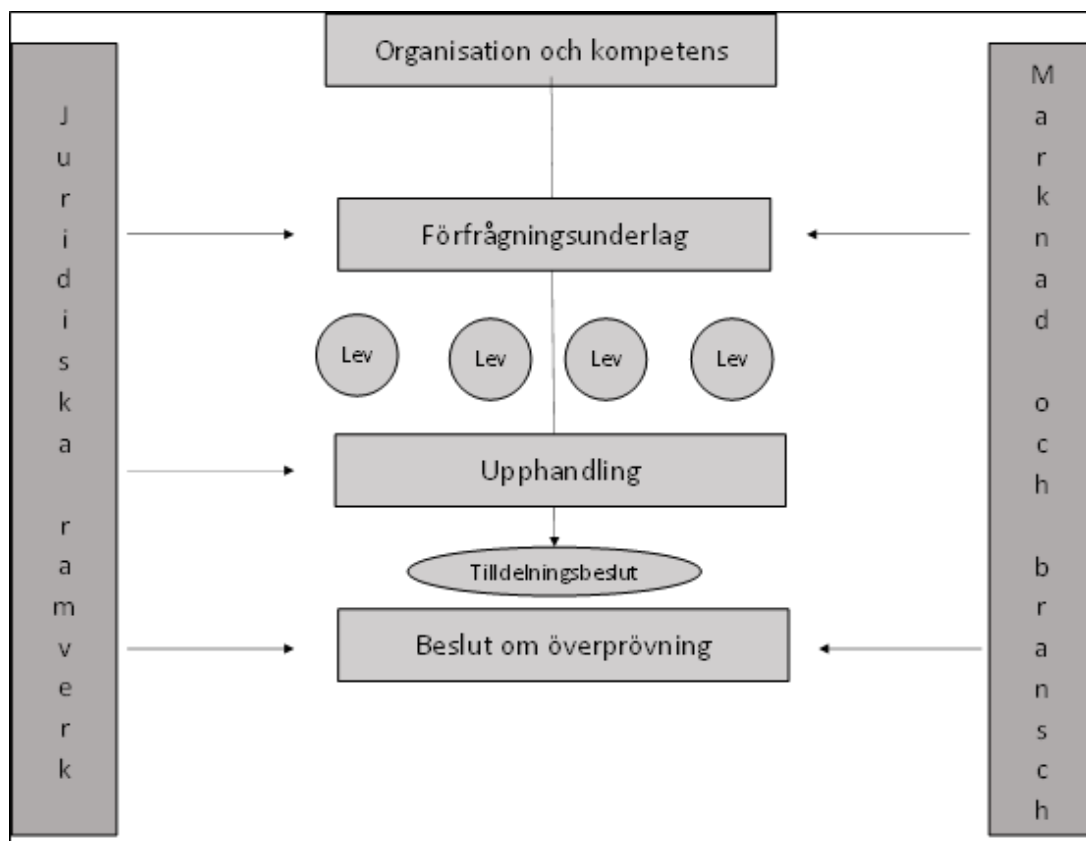
Övergripande område	Faktor som kan påverka överprövningssannolikhet	Tänkbar effekt på överprövningssannolikhet
Upphandlings-situation	Organisation och kompetens	Upphandlarens kompetens påverkar kvaliteten (tydlighet och förutsägbarhet bl.a.) i förfrågningsunderlaget.
		Den upphandlande myndighetens/enhetens organisation påverkar kvaliteten på förfrågningsunderlag och på själva upphandlingen.
	Kommunikation mellan upphandlare och leverantör före och efter upphandling	Ger möjlighet att lyfta missförstånd och synpunkter i god tid, samt minskar distans mellan parterna.
Juridiska faktorer	Förhandlingsmöjligheter ges i upphandlingsförfarandet	Ger möjlighet att lyfta missförstånd och synpunkter i god tid, samt minskar distans mellan parterna.
	Bestämmelser om ramavtal	Detaljerade regelverk är mer benägna att bestridas.
	Detaljerat regelverk	Detaljerade regelverk är mer benägna att bestridas.
Leverantörers attityder	Produkttyp	En upphandling av en produkt med subjektiva/kvalitativa egenskaper innebär ofta verifikationsproblem vilket gör den mer benägen att överprövas.
	Överprövningskultur inom vissa branscher	Vissa branscher är utifrån sammansättning, konkurrens och företagarkultur mer benägna att överpröva.
	Kontraktsvärde	Med ökat kontraktsvärde ökar incitamenten för en anbudsgivare att överpröva en förlorad upphandling. Även det relativa kontraktsvärdet (marknadsandel, strategisk referens) påverkar.
	Synen på affärsrelationen mellan leverantör och upphandlare	Viljan att bevara en sund affärsrelation gör att anbudsgivare undviker att överpröva en upphandling
	Överprövning som en affärsstrategi	Att få behålla ett befintligt kontrakt under tiden en överprövningsprocess pågår kan innebära viktiga intäkter.
	Överprövning i syfte att ”träna” myndigheter	Att använda sig av överprövningar som ett led i att ”träna” upphandlande myndigheter är en relativt spridd, men inte bekräftad uppfattning.

En sammanfattning av överprövningsrelaterade faktorer inom offentlig upphandling och själva processen illustreras i figur 4. Sannolikheten för en överprövning kan påverkas av både marknadsmässiga och juridiska förutsättningar.

Juridiska faktorer genomsyrar processen från det att förfrågningsunderlaget (med tillhörande annons) utformas till dess att en överprövning prövas i domstol. Tillämpningen av de juridiska faktorerna kan också vara själva föremålet för överprövningen.

Det kan också finnas marknads- och branschspecifika förutsättningar på både efterfråge- och utbudssidan som i sig är särskilt problematiska och möjligen associerade med om och i vilken utsträckning en upphandling överprövas eller inte.

Figur 4 Upphandlingsprocessen och dess påverkansfaktorer



De resurser och den kompetens som upphandlande myndighet eller enhet har till sitt föfogande har även de en möjlig påverkan på både överprövning om och av hur många, en upphandling överprövas och huruvida en överprövning ges bifall eller inte. Graden av komplexitet, i vilken mån det är relativt enkelt eller svårt att beskriva kvalitativa egenskaper hos föremålet för upphandlingen är en annan tänkbar faktor som kan påverka detta.

Vidare kan anbudsgivarens (den potentielle leverantörens) egenskaper spela in för sannolikheten att överpröva en upphandling. Det är tänkbart att små leverantörer, på grund av sin storlek, inte väljer att överpröva i lika hög utsträckning som medelstora och stora leverantörer. En rapport från Företagarna (2011) visar att drygt en fjärdedel av alla små leverantörer som upplever att upphandlingen inte genomförts på rätt sätt, lämnar in en ansökan om överprövning. Det främsta skälet till att de

avstår är, enligt samma rapport, att en överprövningsprocess anses för resurskrävande. Leverantörernas storlek är med andra ord en av de branschspecifika förhållanden på utbudssidan som kan påverka om och i vilken utsträckning en upphandling överprövas eller inte. En annan sådan faktor är potentiell konkurrensgrad (potentiella anbudsgivare) och, vilket nämndes ovan, produktens karaktär (komplexitet). Dessa förhållanden kommer att beskrivas mer i detalj nedan.

5.2 Upphandlingssituationen

5.2.1 Organisation och kompetens

Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) beskriver i kapitel 4 att den goda affären är i hög grad beroende av kompetensen hos både upphandlare och potentiella leverantörer. Utredningen definierar i detta sammanhang kompetens som något som *"handlar om att kunna utföra tilldelade uppgifter och att möta förväntningarna i förhållande till den roll man innehar."*¹⁵ I delbetänkandet tas även upp att det är svårt att rekrytera till upphandlingsfunktionen inom offentlig sektor och att denna roll anses ha låg status. I utredningen nämns att små upphandlande myndigheter och enheter, som ofta har mycket små resurser, inte anser sig kunna prioritera egen upphandlingskompetens. Detta försvårar sannolikt möjligheten att genomföra offentliga upphandlingar av god kvalitet.

Konkurrensverket (2007) granskade Länsrätternas överprövningsdomar under ett år, och drog slutsatsen att det krävs ytterligare utbildningsinsatser riktade både mot leverantörer och upphandlande myndigheter och enheter vad avser kunskaper om dels leverantörernas kommersiella villkor och dels de villkor som präglar den offentliga sektorns upphandling. I granskningsrapporten anges obligatoriska krav avseende leverantörerna som en vanligt förekommande grund för ansökan om överprövning. I samma rapport görs bedömningen att upphandlande myndigheter och enheter har en tendens att ställa samma krav, på ett nästan slentrianmässigt sätt, oavsett storlek på eller typ av kontrakt. Detta medför en risk att anbudsgivare i vissa upphandlingar kommer uppfatta kraven som oproportionerliga. Krav som inte är kopplade till det specifika behov (och preferenser för kvalitet) som upphandlingen syftar till att tillgodose försvårar också möjligheten att nå en effektiv upphandling (se figur 3).

Obligatoriska krav avseende själva föremålet för upphandlingen angavs också som en vanlig grund för ansökan om överprövning vid 2007 års granskning av överprövningsdomar. Dessa gavs också bifall i 65 procent av de granskade fallen. Överprövning på grund av denna typ av problem förklaras av upphandlarsidan och sökande anbudsgivare har haft olika uppfattningar om den tekniska specifikationens tolkning, vilket kan bero på att kraven fått en otydlig eller tvetydig utformning.

¹⁵På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen (SOU2011:73), s. 143.

I rapporten (Konkurrensverket, 2007) beskrivs kunskaperna bland såväl upphandlare som leverantörer om bestämmelserna kring tekniska specifikationer som ”påfallande bristfälliga” och att ett antal av överprövningarna som rör denna grund skulle kunna undvikas om förfrågningsunderlagets tekniska specifikationer utformades i enlighet med LOU:s bestämmelser.

Huruvida det skulle föreligga någon skillnad i rekryteringsförmåga och/eller kompetens mellan myndigheter som upphandlar under LOU och enheter som upphandlar under LUF, går naturligtvis bara att spekulera i. Det förefaller dock rimligt att en upphandlande myndighet eller enhet med stor upphandlingsvolym och/eller komplexa projekt prioriterar att rekrytera upphandlare med hög kompetens, samt prioritera dess ställning inom den egna organisationen och resurser till fortbildning. Om så är fallet bör kommunala bolag och större (nationella) upphandlande myndigheter ha relativt sett större möjligheter att hålla sig med hög specifik kompetens om upphandlingsreglerna och god marknadskänedom.

För en upphandlande myndighet eller enhet med diversifierad upphandlingsportfölj kan det uppstå problem vid kompetensförsörjning då det sannolikt är mycket resurskrävande att hålla sig med specifik kompetens inom många upphandlingsområden (marknader). Detta problem blir sannolikt än mer påtagligt för små kommuner då de i grunden har samma skyldighet att tillhandahålla sina invånare samhällsservice som större kommuner har. För mindre kommuner utanför storstadsområden utgör rekryteringen sannolikt ett större problem i termer av löneläge och rekryteringsbas än för större upphandlande enheter som är lokaliserade i områden med fler invånare. Ett annat problem för små kommuner kan vara att de vill upphandla en viss vara, tjänst eller entreprenad men att marknaden för detta saknas.

5.2.2 Kommunikation mellan upphandlare och leverantör, före och efter upphandling

I Konkurrensverkets granskningsrapport (2007) fastslås att en av de vanligaste grunderna för ansökan om överprövning under första halvåret 2006 var bristfälliga förfrågningsunderlag. Författarna till granskningsrapporten menar att denna ansökningsgrund ofta beror på missförstånd eller felaktiga förväntningar hos både upphandlare och leverantörer och att det ofta brister i kommunikationen mellan parterna. En anledning till detta tros vara de skilda miljöer som parterna verkar inom och att de saknar kunskap om varandras olika förutsättningar. I rapporten dras slutsatsen att mer tidigt aktiva anbudsgivare som ställer frågor till den upphandlande myndigheten eller enheten, kan leda till minskat antal överprövningsmål med grund i bristfälliga förfrågningsunderlag. Slutsatsen dras dock med reservation för att många oklarheter och otydligheter med förfrågningsunderlaget inte blir synliga förrän vid tilldelningsbeslutet.

Även Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) och slutbetänkande (SOU 2013:12) behandlar kommunikation i form av dialog och förhandling. Utredningen visar att både leverantörs- och upphandlarsidan önskar ökade möjligheter till förhandling och förbättrad dialog. Men, en genomlysning av hur det ser ut i praktiken ger vid handen att upphandlarsidan inte utnyttjar de möjligheter som finns att förhandla och föra dialog. Detta förklaras av att möjligheten till förhandling betraktas som ett undantag från huvudregeln och rädsla för att bryta mot regelverket. En annan förklaring är att det saknas resurser och kompetens för att genomföra förhandling eller dialog med potentiella leverantörer.

Upphandlingsutredningen menar att ökad förståelse för vilka behov upphandlingen syftar till att fylla (föremålet) kan nås via en dialog. Dialogen anses också kunna bidra till ökad förståelse för vad marknaden faktiskt kan erbjuda offentlig sektor samt öka förutsättningarna för en leverans i enlighet med kontraktet. Missförstånd som kan klaras ut redan innan upphandlingen är slutförd minskar risken för tids- och resurskonsumerande missförstånd och kanske också överprövning. Förhandling inom ramen för de förfaranden som medger detta kan, enligt Upphandlingsutredningen, ge ökade förutsättningar för en leverans som stämmer överens med de upphandlande myndigheternas och enheternas behov.

Det förefaller rimligt att förutsättningarna för upphandlarnas möjligheter att hålla sig uppdaterade om marknadens utveckling genom leverantörsmöten, RFI¹⁶, hearings m.m. beror av den upphandlande myndighetens eller enhetens kompetensmässiga och finansiella resurser. Då enheter som upphandlar under LUF har andra, lite mer generösa, möjligheter till förhandling ges de möjligen bättre förutsättningar att undvika missförstånd och på ett tidigt stadium reda ut oklarheter i förfrågningsunderlaget. En annan rimlig utgångspunkt är att tydlig kommunikation mellan parterna vid omfattande upphandlingar av komplexa produkter, som ofta är fallet med upphandlingar under LUF, ger förutsättningar för att missförstånd och oklarheter kan avhjälpas redan innan förfrågningsunderlaget utformas.

Att den upphandlande myndigheten eller enheten återkopplar upphandlingens utfall och varför ett anbud inte antagits efter att tilldelningsbeslutet gått ut kan också tänkas motverka överprövning. Möjligheten att ge återkoppling beror dock sannolikt, även det, på vilka resurser som myndigheten eller enheten förfogar över. Möjligheten att återkoppla till respektive anbudsgivare påverkas även sannolikt av antalet leverantörer som inkommit med anbud.

¹⁶ RFI står för "Request for information".

5.3 Juridiska faktorer

5.3.1 Förhandlingsmöjligheter

LOU och LUF anger vilka förfaranden som är tillämpbara utifrån beräknat kontraktswärde och upphandlingsområde. Förfarandet påverkar i stor utsträckning vilka möjligheter som upphandlingsprocessen rymmer i fråga om att kunna förhandla, föra dialog samt ta in synpunkter, faktorer som i stor utsträckning upplevs kunna stävja överprövningar, enligt Upphandlingsutredningens slutbetänkande (SOU 2013:12). För upphandlingar som genomförs enligt LUF är förhandlat förfarande standardförfarande, medan upphandlingar som genomförs enligt LOU vanligtvis tillämpar öppet förfarande och endast i undantagsfall tillämpar förhandlat förfarande (se kapitel 2). I tabell 3 presenteras statistik för andel upphandlingar som överprövades under 2012, utifrån förfarande.

Tabell 3 Andel upphandlingar som överprövats av de upphandlingar som genomfördes under 2012, per förfarande

Förfarande	Antal upphandlingar	Varav överprövade	Andel procent	i
<i>Icke direktivstyrda</i>				
Urvalsupphandling	289	18	6	
Förenklat	13 452	705	5	
<i>Direktivstyrda</i>				
Selektivt	182	27	15	
Öppet	5 431	707	13	
Konkurrenspräglad dialog	25	2	8	
Förhandlat	563	37	7	
Påskyndat selektivt	3	0	0	
Påskyndat förhandlat	2	0	0	
Kvalificeringssystem	7	0	0	
Formgivningstävlan	1	0	0	
Samtliga	19 955	1 496	7	

Källa: Visma Opic och Konkurrensverket 2012

Av tabell 3 framgår att cirka 13 procent av de upphandlingar som tillämpade öppet förfarande överprövades jämfört med 7 procent av de upphandlingar som genomfördes med förhandlat förfarande. Dessa siffror stärks av Upphandlingsutredningens (SOU 2013:12) utåtriktade undersökningar där flertalet leverantörer och upphandlare påpekat att möjligheten att kunna förhandla minskar risken för överprövning och ökar möjligheten att bättre tillvarata anbudsgivarnas engagemang och innovationslösningar. Som nämnts under tidigare avsnitt får dock inte förhand-

lingar avse grundläggande delar av en upphandling och inte heller resultera i en förändring som är av grundläggande betydelse för anbudet. Den upphandlande parten bryter i så fall mot regleringen i artikel 2 i upphandlingsdirektivet. Förhandlat förfarande får heller inte innebära att förhandlingar uppväger brister i förfrågningsunderlaget.¹⁷

Utifrån detta resonemang förefaller det som att upphandlingar under LUF där förhandlat förfarande tillämpas är förenade med mindre risk att överprövas än upphandlingar som genomförs under LOU, där det vanligaste förfarandet är öppet.

5.3.2 Bestämmelser om ramavtal

Tidigare reglerades frågor om ramavtal endast i upphandlingsdirektivet för försörjningssektorerna. Numera regleras ramavtal i både LOU och LUF med en gemensam definition, men med vissa betydande regelskillnader. Bestämmelserna för ramavtal enligt LOU kräver exempelvis att beställaren rangordnar leverantörerna, samt att varje upphandling via ramavtal som slutits med flera leverantörer sker via så kallad förnyad konkurrensutsättning, 5 kap. 5-7 §§. LUF innehåller inte några sådana krav.

I Konkurrensverkets granskningsrapport (2007) beskrivs ramavtal som sluts med flera leverantörer, och där omfattningen av upphandlingen från leverantörerna är svåra att förutse, innebära stora åtaganden för de leverantörer som är med och lämnar anbud, men relativt små åtaganden för köparen. Detta anses skapa betydande transaktionskostnader för företagen och inträdeshinder på marknaden. Denna bakgrund till trots visade granskningen av domarna att även om ett flertal fall handlade om upphandlingar som rör ramavtal, så var det väldigt sällan som specifika frågor kring ramavtalsanvändning blev föremål för prövning.

Sedan 2007 har det dock införlivats ett flertal bestämmelser kring ramavtal inom framförallt LOU. Att myndigheter som upphandlar under LUF inte behöver rangordna eller genomföra en förnyad konkurrensutsättning antyder ett mer begränsat utrymme för leverantörerna att överpröva.

5.3.3 Detaljerat regelverk i LOU

Tidigare reglerades frågor om ramavtal endast i upphandlingsdirektivet för försörjningssektorerna. Numera regleras ramavtal i både LOU och LUF med en gemensam definition, men med vissa betydande regelskillnader. Bestämmelserna för ramavtal enligt LOU kräver exempelvis att beställaren rangordnar leverantörerna, samt att varje upphandling via ramavtal som slutits med flera leverantörer

¹⁷ Se avsnitt 2.2 samt Kammarrättens i Sundsvall dom av den 27 april 2004, mål nr 3441-03.

sker via så kallad förnyad konkurrensutsättning, 5 kap. 5-7 §§. LUF innehåller inte några sådana krav.

I Konkurrensverkets granskningsrapport (2007) beskrivs ramavtal som sluts med flera leverantörer, och där omfattningen av upphandlingen från leverantörerna är svåra att förutse, innebära stora åtaganden för de leverantörer som är med och lämnar anbud, men relativt små åtaganden för köparen. Detta anses skapa betydande transaktionskostnader för företagen och inträdeshinder på marknaden. Denna bakgrund till trots visade granskningen av domarna att även om ett flertal fall handlade om upphandlingar som rör ramavtal, så var det väldigt sällan som specifika frågor kring ramavtalsanvändning blev föremål för prövning.

Sedan 2007 har det dock införlivats ett flertal bestämmelser kring ramavtal inom framförallt LOU. Att myndigheter som upphandlar under LUF inte behöver rangordna eller genomföra en förnyad konkurrensutsättning antyder ett mer begränsat utrymme för leverantörerna att överpröva.

5.4 Leverantörernas attityder

5.4.1 Produkttyp

Att utvärdera en vara utifrån givna tilldelningskriterier kan vara en komplex och resurskrävande uppgift för upphandlarsidan. En produkt som i hög grad präglas av mätbara och kvantifierbara egenskaper, är relativt enkel att utvärdera och kontraktera (se t.ex. Bergman och Lundberg, 2009, 2013). Handlar det istället om en produkt där kvaliteten är av central betydelse men svår att mäta och verifiera, är det inte en lika enkel uppgift. Utifrån ett ekonomiskt perspektiv bör utvärderingsgrund och utvärderingsmodell väljas så att upphandlaren får ett relativt stort mått av frihet att välja lämplig utförare, ifall varan präglas av kvalitet som är fullt möjlig att observera, men svår att mäta och verifiera. (Bergman m.fl., 2011). Lagstiftningen anger dock att utvärderingsgrund, krav och kriterier ska anges i förfrågningsunderlaget. Av de fem grundprinciperna följer att utvärdering av anbud ska ske gentemot dessa och inget annat.

I Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) framhåller aktörer inom konsultbranschen att LOU är anpassad för varor, men inte för tjänster. I första hand avses då tjänster som präglas av kvalitativa egenskaper såsom erfarenhet eller kompetens. Offentliga upphandlare för i delbetänkandet fram att LOU är i sin detaljrikedom, processuellt sett inriktad på att upphandla standardprodukter av relativt strikt avgränsad kvantitet och kapacitet, men inte nödvändigtvis komplexa system, avancerad teknik eller komplicerade tjänsteupphandlingar. Ur ett LUF-perspektiv skulle en tjänsteupphandling inte nödvändigtvis präglas av samma rigiditet, då det står LUF-upphandlaren fritt att välja förhandlat förfarande vilket ger möjlighet att förhandla om vissa punkter i anbuden innan avtal sluts.

Ett annat exempel på en produkt, vars egenskaper kan tänkas öka sannolikheten att överprövas, är livsmedel. I Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) beskrivs livsmedelsupphandlingar som associerade med omstridda krav inom exempelvis miljöområdet. Detta anses vara krav som är svåra och möjligen resurskrävande att följa upp och verifiera. Stöd för att krav inom ramen för det som brukar nämnas grön offentlig upphandling är komplexa och svåra att följa upp finns i Lundberg och Marklund (2013). Både livsmedelsupphandlingar och konsultupphandlingar beskrivs i Upphandlingsutredningens delbetänkande som "problemupphandlingar".

I Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73) beskrivs hur leverantörer upplever att upphandlare undviker att utvärdera kvalitet, på grund av att det ses som svårt att definiera och utvärdera kvalitet på ett klanderfritt sätt. Statistik över överprövningsgrunder indikerar också att den vanligaste grunden för ansökan om överprövning är just *utvärdering av anbud* (Konkurrensverket, 2007).

Det är möjligt att egenskaper hos föremålet för upphandlingen och komplexa och icke-transparenta utvärderingsmodeller ökar sannolikheten att en upphandling överprövas. Detta kommer därför att belysas i intervjuerna.

5.4.2 Överprövningskultur inom vissa branscher

Vad som i resultatdelen beskrivs som "överprövningskultur" av vissa av respondenterna är inte något entydigt begrepp. Upphandlingsutredningen beskriver i sitt slutbetänkande (SOU 2013:12) förekomsten av vissa branscher som ses som särskilt problematiska att upphandla inom. Problemen som präglar upphandlingarna ses oftast som strukturella problem, och mer eller mindre specifika för respektive bransch, varu- eller tjänsteområde. Inte sällan leder upphandlingar inom dessa branscher till överprövningar, vilket skapar stora svårigheter för upphandlingsmarknaden. I tabell 4 redovisas de fem mest överprövade CPV-huvudgrupperna under åren 2010-2012.

Tabell 4 De fem mest överprövade CPV-huvudgrupperna 2010-2012. $\bar{X}$ = genomsnittligt antal anbudsgivare, Andel ÖP = andel överprövade upphandlingar i procent.

2010			2011			2012		
CPV-grupp	$\bar{X}^{18}$	Andel ÖP	CPV-grupp	$\bar{X}^{19}$	Andel ÖP	CPV-grupp	$\bar{X}^{20}$	Andel ÖP
Livsmedel, drycker, tobak o.d.	3,9	17	Transporter (utom avfallstransport)	3,5	17	Post- och telekommunikationstjänster	3,4	19
Post- och telekommunikationstjänster	3,9	17	Kontorsmaskiner, datorer, samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara	3,8	15	Skinns och textilier, plast- och gummimaterial	3,5	19
Skinns och textilier, plast- och gummimaterial	4,7	16	Kringtjänster för transporter; resebyråttjänster	3,3	13	Kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara	4,0	14
Radio-, televisions-, kommunikations- och telekommunikationsutrustning samt tillhörande utrustning	4,4	15	Livsmedel, drycker, tobak o.d.	3,4	13	Möbler (inkl. kontorsmöbler), inredning, hushållsapparater (exkl. belysning) och rengöringsprodukter	3,8	14
Kontorsmaskiner, datorer, samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara	4,0	14	Hälsö- och sjukvård, samt socialvård	5,6	12	Kringtjänster för transporter; resebyråttjänster	3,3	13

Källa: Visma Opic och Konkurrensverket (2012a), Konkurrensverket (2012b), Konkurrensverket (2013b)

¹⁸ Genomsnittligt antal anbudsgivare för samtliga CPV-huvudgrupper: 4,4.

¹⁹ Genomsnittligt antal anbudsgivare för samtliga CPV-huvudgrupper: 4,2.

²⁰ Genomsnittligt antal anbudsgivare för samtliga CPV-huvudgrupper: 4,4.

År 2012 var överprövningar vanligast inom CPV-huvudgruppen Post- och telekommunikationstjänster, där andelen överprövningar låg på 19 procent. År 2011 var överprövningar vanligast inom CPV-huvudgruppen Transporter (utom avfalls-transport), där 17 procent av upphandlingarna blev föremål för överprövning. År 2010 var det Livsmedel, drycker, tobak o.d., samt Post- och telekommunikationstjänster som överprövades i störst utsträckning, 17 procent av fallen. Som jämförelse kan upprepas att under åren 2010-2012 överprövades i genomsnitt 7 procent av alla upphandlingar, både direktivstyrda och icke direktivstyrda (se tabell 2). Det är svårt att avgöra om CPV-huvudgrupperna i tabell 4 är mer eller mindre förekommande inom LOU respektive LUF.

Konkurrensverkets egen statistik visar att sannolikheten för överprövning ökar med antal anbudsbudgivare (Konkurrensverket, 2012b). I tabell 4 ovan finns det genomsnittliga antalet anbudsgivare per CPV-huvudgrupp därför noterat. Det finns alltså anledning att tro att sannolikheten för överprövning är större inom branscher där det råder hög konkurrens och där upphandlingar attraherar ett relativt stort antal budgivare. En relevant faktor att beakta i detta sammanhang är huruvida den offentliga sektorn är en stor eller strategiskt viktig köpare för marknaden ifråga. Ytterligare en relevant faktor är hur stor andelen vinnande anbudsgivare är inom varje upphandling. Är denna andel stor, är ett stort antal anbudsgivare inte nödvändigtvis synonymt med högre sannolikhet för överprövning. I tabell 5 återges vilka CPV-huvudgrupper som attraherade flest, respektive lägst antal anbudsgivare per upphandling under 2012 (Konkurrensverket, 2013b).

Det är utifrån de uppgifter som återges i tabell 5 svårt att dra några slutsatser eller få en antydning om kopplingen mellan konkurrensgrad och överprövningsfrekvens är mer eller mindre framträdande inom LOU respektive LUF.

Det är dock troligt att flertalet av de branscher som i regel upphandlas under LUF präglas av stordriftsfördelar och därmed begränsad konkurrens (se Carlton och Perloff, 2003). Baserat på detta resonemang skulle upphandlingar under LUF attrahera i genomsnitt färre anbudsgivare än upphandlingar under LOU och av den anledningen präglas av lägre sannolikhet för en överprövning.

En annan faktor som ibland beskrivs påverka överprövningsfrekvensen är branschens mognadsgrad och därigenom dess kunskaper om offentlig upphandling och dess regelverk (se resultatdel). Författarna till denna rapport vill dock betona att denna faktors effekt kan ses som tudelad. Å ena sidan kan en omfattande erfarenhet av upphandling och dess regelverk bidra till att en leverantör har förmågan att observera när det finns ett "utrymme" för överprövning. En studie gjord på ett antal överprövningsmål inom läkemedelssektorn i Sverige indikerar exempelvis att företag som överprövar mer frekvent oftare vinner bifall i domslutet (Lundberg, Strömbäck, Zetterdahl, 2010). Å andra sidan skulle bristande kunskaper om LOU kunna innebära att en leverantör som anser sig ha blivit otillbörligt behandlad i upphandlingen, fast den i själva verket har gått rätt till, beslutar sig för att överpröva. Det är dock troligt att den senare effekten är försumbar då en sådan ansökan

om överprövning sannolikt skulle avskrivas, alternativt stävjas med hjälp av ett samtal med den upphandlande myndigheten eller enheten.

Tabell 5 CPV-huvudgrupper med högsta och lägsta antal anbudsgivare per upphandling under 2012

Högst antal anbudsgivare			Lägst antal anbudsgivare		
CPV-grupp	$\bar{x}$	#Upph.	CPV-grupp	$\bar{x}$	#Upph.
Hotell-, restaurang- och detaljhandelstjänster	7,0	212	Uppsamlat och renat vatten	2,4	10
Hälso- och sjukvård samt socialvård	6,8	746	Laboratorieutrustning, optisk utrustning och precisionsutrustning (exkl. glas)	2,8	684
Arkitekt-, bygg-, ingenjör- och besiktningstjänster	6,5	2005	Jordbruksmaskiner	2,9	169
Fritids-, kultur- och sporttjänster	6,3	283	Gruvprodukter, basmetaller och tillhörande produkter	3,1	112
Företagstjänster: lagstiftning, marknadsföring, rådgivning, rekrytering, tryckning och säkerhet	6,2	1908	Finans- och försäkringstjänster	3,1	411

Källa: Visma och Konkurrensverket 2013

Vad som i resultatdelen beskrivs som "överprövningskultur" är som sagt inte något entydigt begrepp. Ett försök att beskriva en bransch som präglas av en relativt hög andel överprövningar kommer dock göras med utgångspunkt i Upphandlingsutredningens delbetänkande (SOU 2011:73). Där adresseras tre branscher som beskrivs som särskilt problematiska att upphandla inom:

- a) Livsmedelsbranschen
- b) Konsultbranschen
- c) Byggbranschen

Problematiken är förmodligen helt eller delvis specifik för varje bransch och i detta avsnitt kommer endast livsmedelsbranschen beskrivas. Det som i Upphandlingsutredningen beskrivs som särskilt problematiskt med livsmedelsbranschen är; brister i konkurrensen²¹, att avtalade priser och sortiment blir föremål för omfattande revidering under kontraktstiden, att det är relativt vanligt med överprövningar²², att det råder oklarhet om hur och vilka krav som kan ställas gällande exempelvis djurskydd och transporter och att det finns brister i uppföljningen av upphandling och avtal.

²¹ Genomsnittligt antal anbudsgivare per upphandling 2012: 3,1 st.

²² Se tabell 3. Andel överprövade upphandlingar 2012: 12 % (Konkurrensverket, 2013b).

Huruvida dessa faktorer i samverkan orsakar överprövningar går endast att spekulera i. Brister i konkurrensen talar exempelvis emot en hög överprövningssannolikhet utifrån resonemanget om att fler anbudsgivare ökar risken för överprövning. Det förefaller dock relativt okontroversiellt att påstå att dessa faktorer i mer eller mindre utsträckning präglar förfrågningsunderlagen så till den grad att det riskerar uppstå oklarheter och oförutsägbarhet för anbudsgivaren.

Med denna beskrivning i åtanke vill författarna poängtera att vad som respondenter har beskrivit som en "överprövningskultur" och som beskrivits ovan kan vara den sammansatta effekten av en eller flera faktorer som förtjänar att belysas separat.

5.4.3 Kontraktsvärde

Det är även möjligt att det beräknade kontraktsvärdet påverkar anbudsgivares incitament att överpröva en upphandling, utifrån åtminstone två aspekter. Dels utifrån det absoluta kontraktsvärdet och dels utifrån det relativa kontraktsvärdet. Det relativa kontraktsvärdet kan beskrivas som att upphandlingen, om än liten, kan ha en avgörande betydelse för det enskilda företags totala omsättning.

Kontraktsvärdets betydelse för en anbudsgivare går även att koppla till branschstruktur. I Upphandlingsutredningen beskrivs att i branscher där det offentliga är den största eller kanske enda kunden leder stora kontraktsvärden till att överprövningsfrekvens ökar (SOU 2011:73). Detta är dock en komplex fråga, som rymmer segmentering bland leverantörer inom olika områden av marknaden. Inom livsmedelsbranschen, exempelvis, utgör den offentliga upphandlingen omkring 4 procent av den totala livsmedelsmarknaden, men noterar likväl en hög andel överprövningar, utan att ha tagit in kontraktsvärdets påverkan (ESO-rapport 2013:10).

5.4.4 Synen på affärsrelationen mellan leverantör och upphandlare

Det är troligt att anbudsgivare, som förlorat en upphandling, gör en bedömning av huruvida en överprövning skulle påverka den framtida relationen mellan sig och den upphandlande myndigheten eller enheten.

Det kan också finnas en skillnad mellan LOU och LUF i denna dimension. Leverantörer som upphandlas under LUF har möjligen en närmare relation till upphandlande enhet. Detta antagande baseras på två grunder. Dels drivs upphandlande enheter under LUF i högre utsträckning i bolagsform, vilket gör driftsformen mer lik bolag i det privata näringslivet. Den andra grunden till antagandet är att enheter som upphandlar under LUF oftare tillämpar förhandlat förfarande.

De bestämmelser om ramavtal som finns i LUF ger den upphandlande enheten möjlighet att avropa direkt från en leverantör bland dem som upphandlats inom

ramavtalet. Till skillnad från en upphandlande myndighet som opererar under LOU behöver alltså den LUF-upphandlande enheten inte rangordna eller göra en andra konkurrensutsättning vid ramavtal. Vetskapen om den upphandlande enhetens möjlighet att inom ramavtalet välja leverantör, skulle kunna verka som incitament för leverantörer inom försörjningssektorn att vårda relationen med den upphandlande enheten och i större utsträckning undvika att överpröva en upphandling. Även enligt detta resonemang påminner försörjningssektorn om den privata sektorn. Vid en LOU-upphandling är denna mekanism inte lika framträdande.

5.4.5 Överprövning som en affärsstrategi eller i syfte att "träna" myndigheter

I Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) beskrivs problemen med fullgörande av det offentliga uppdraget i de fall en överprövning leder till ett tidsmässigt glapp mellan avslutad avtalsperiod och till dess det nya kontraktet börjar löpa. Det finns en (juridiskt tveksam) möjlighet att den leverantör som har haft det upphandlande kontraktet får fortsätta leveransen under den tid som överprövningsprocessen pågår. Detta kan tänkas skapa incitament för befintlig leverantör att överpröva på "vinst och förlust". Konkurrensverket (2007) uppger dock så kallade okynnesöverprövningar inte vara särskilt vanligt förekommande. Som evidens för detta framförs att 31 procent av alla överprövningar ges bifall. Samma rapport påpekar också att en upphandling som görs om ofta leder till lägre priser på grund av tillkännagivna kostnader samt att en överprövningsprocess även är resurskrävande för den sökande. Det finns heller ingen garanti för att leverantören vinner kontraktet om den rättas eller görs om. Dessa faktorer anses i sig utgöra incitament att undvika överprövning (ibid). En kortare tids leverans under överprövningstiden och den tid det eventuellt tar att organisera och genomföra en ny överprövning kan oavsett detta vara lönsam.

Upphandlingsutredningens delbetänkande berör "okynnesöverprövningar" i sin genomgång över "problembranscher". Leverantörer inom dessa branscher hävdar dock att överprövningar endast sker för att lyfta problem med upphandlingen, såsom otydliga eller icke verifierbara krav. Båda parter i upphandlingen lyfter dels att mer resurser behövs för att komma tillrätta med dessa problem, men också att det behöver skapas utrymme för dialog mellan anbudsgivare och upphandlare (SOU 2011:73).

Det finns andra faktorer som kan tänkas ligga till grund för en överprövning. En sådan är den brist på förutsägbarhet som har uppstått som en följd av den variation i rättspraxis som landets domstolar uppvisat. (SOU 2013:12) Problemet inom LUF är ofta att det saknas prejudicerande domar. LOU präglas istället av en stor variation i tillämpning och tolkning av lagstiftning. Ovanstående torde kunna utgöra faktorer som kan påverka överprövningssannolikheten under LOU och LUF. Det går dock endast att spekulera om i vilken utsträckning så är fallet.

6 Metod, intervjustudien

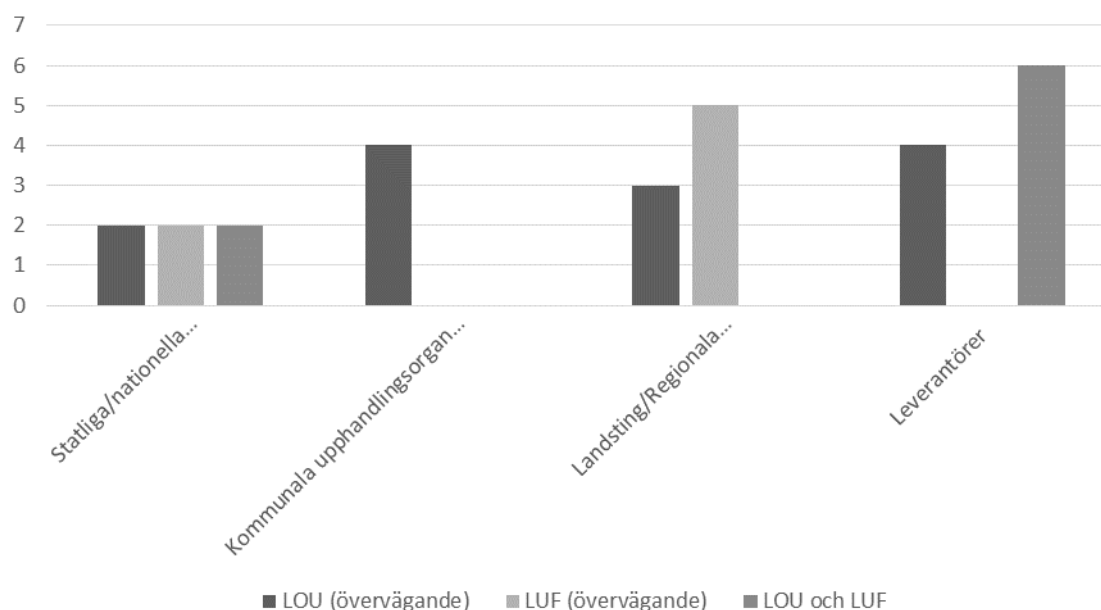
I detta kapitel ges en beskrivning av den intervjustudie som ligger till grund för den empiriska analysen.

Under perioden januari-februari 2014 genomfördes 28 intervjuer. Respondenterna består av representanter för sex statliga/nationella myndigheter, fyra kommunala/regionala upphandlingsorgan, åtta landsting/kommunala bolag samt tio leverantörer från olika branscher. Respondenterna kontaktades inledningsvis via e-mail med en beskrivning av uppdraget samt en intervjufrågan. De intervjuer som bokades in genomfördes på telefon, med undantag för en, som bokades som ett fysiskt möte.

Vid intervjuerna har en intervjuguide använts. Denna har haft sin utgångspunkt i de olika tänkbara överprövningsgrunder som diskuterades i föregående kapitel. Intervjufrågorna finns redovisade i appendix.

Samtliga respondenter valdes ut med studiens syfte som utgångspunkt. Utöver det har respondenter valts ut för att åstadkomma en så god geografisk och verksamhetsmässig spridning som möjligt. För att intervjuerna ska kunna kopplas till skillnader mellan LOU och LUF och hur dessa skillnader eventuellt påverkar andelen överprövningar valdes respondenter med erfarenhet av antingen LOU eller LUF eller av båda lagstiftningarna. I diagram 3 illustreras fördelningen av respondenter utifrån de upphandlande myndigheterna och enheterna i förhållande till tillämpad lagstiftning.

Diagram 3 Fördelning av respondenterna vad avser upphandlingslagstiftning



Bland de statliga/nationella upphandlingsorganen som intervjuats genomför två av dem ungefär lika stora andelar LOU- och LUF-upphandlingar, två av dem tillämpar enbart LOU och två av dem tillämpar i huvudsak endast LUF.

Av de kommunala upphandlingsorganen har samtliga en diversifierad portfölj och tre av dem ingår i någon sorts sammanslutning med andra närliggande kommuner. Samtliga intervjuade kommunala upphandlingsorgan tillämpar i huvudsak LOU, men en liten andel upphandlingar genomförs enligt LUF. Kommunerna som ingår i intervjustudien är befolkningsmässigt små till mellanstora.

Den grupp som består av kommunala eller regionala bolag och landsting innehåller upphandlingsorgan som antingen är stora (landsting) eller upphandlar inom en specifik bransch. Av de som ingår i denna grupp genomför fem av dem i huvudsak LUF-upphandlingar. Tre av dem (varav två landsting) tillämpar LOU i majoriteten av sina upphandlingar.

Bland de intervjuade leverantörerna är det sex som huvudsakligen är intresserade av upphandlingar inom den klassiska sektorn och fyra leverantörer som enbart är intresserade av upphandlingar inom den klassiska sektorn. De intervjuade leverantörerna representerar följande branscher: IT, livsmedel, städning, vatten och avfall, samt konsulttjänster inom entreprenad.

Med intervjufrågorna har vi försökt fånga upp faktorer som kan tala om vad skillnaden i andelen överprövningsärenden mellan LOU och LUF beror på. Med utgångspunkt i den bakgrund som diskuterats i föregående kapitel delades intervjuformuläret in i tre övergripande områden med tillhörande frågor. Dessa tre områden var *upphandlingssituation*, *upphandlingens juridiska förutsättningar* samt *leverantörernas attityder*. Nedan beskrivs huvudfrågorna i undersökningen under respektive område.

Under *upphandlingssituation* togs frågor om affärsmässighet, organisation och kompetens, överprövningsscenario och marknadskommunikation upp. Under *upphandlingens juridiska förutsättningar* togs frågor upp som berörde juridiska skillnader mellan LOU och LUF, vad gäller förfaranden och ramavtalsupphandlingar. Under *leverantörernas attityder* ställdes frågor som rör branschstrukturer, produkttyper, relationen mellan upphandlande myndighet och leverantör, samt leverantörernas inställningar till överprövningar.

Intervjusvaren redovisas delvis utifrån respondentgrupp. Detta då de svarandes uppfattning kan antas se olika ut beroende på vilken typ av upphandlande myndighet eller enhet denne representerar, eller vilken typ av upphandling som respondenten har störst erfarenhet av. Varje frågeområde inleds med en kort beskrivning av det sammanfattande intrycket från samtliga respondentgrupper.

7 Resultat från intervjuerna

7.1 Respondenterna om upphandlingssituationen och affärsmässighet

Samtliga intervjuade på upphandlingssidan och även majoriteten av leverantörerna beskriver affärsmässighet hos upphandlaren som marknads- och produktspecifik kunskap. Bland de kommunala upphandlingsorganen med diversifierad portfölj beskrivs affärsmässighet även som ett gott förarbete, där upphandlar- och bestäl-larenhet är beroende dels av god kommunikation med varandra, men även med leverantörer. Av de intervjuade är det få som kopplar affärsmässighet till kunskap om det juridiska ramverket.

Möjligheten att hålla sig med kunskap om marknader och produkter förefaller överlag god. Gruppen av kommunala upphandlare, som får antas ha en relativt mer diversifierad upphandlingsportfölj, beskriver dock hur deras resurser är knappa i förhållande till upphandlingarnas vitt skilda produkter. Denna grupp är också den som vittnar om att de i begränsad utsträckning har möjlighet att bedriva löpande kommunikation med leverantörer, före, under och efter en upphandling. Övriga intervjugrupper påtalar att denna typ av kommunikation fyller många syften och bland annat kan motverka överprövning.

De intervjuade leverantörerna menar att myndigheter som upphandlar under LUF oftast är mer professionella och affärsmässiga jämfört med mindre upphandlingsorgan som upphandlar under LOU. Majoriteten av de intervjuade på upphandlingssidan menar att just affärsmässighet är en faktor som kan stävja en överprövning.

Det råder samstämmighet bland samtliga intervjugrupperna på upphandlingssidan om att en upphandling inte nödvändigtvis är bristfälligt utförd för att den blir överprövad. Detta förklaras av att de anser att inget förfrågningsunderlag är fritt från överprövningsrisk.

Att ha som mål att undvika en överprövning upplevs av de intervjuade upphandlarna hämma både konkurrens och innovationskraft i upphandlingen. En majoritet av leverantörerna påtalar även att för stark fokusering på att undvika en överprövning medför lägre kvalitet på den upphandlade varan eller tjänsten, dvs. en alltför stor avvikelse från det utfall som illustrerades i figur 3.

7.1.1 Statliga/nationella upphandlingsorgan

Majoriteten av upphandlarna vid statliga/nationella upphandlingsorgan anser att affärsmässighet i upphandlingssammanhang i första hand handlar om att de som upphandlare ska ha kunskap om dels de kommersiella villkor som omger den

marknaden de upphandlar inom, men även rent produktspecifik kunskap. Av de som betonar denna marknads- och produktspecifika kompetens, menar några i gruppen att den juridiska kompetensen är något som bör kopplas på vid behov. Två av de intervjuade i denna grupp ser dock utförlig kunskap om exempelvis utvärderingsmetoder och "de fem kriterierna" som en del av den affärsmässighet som bör präglade offentlig upphandling.

Synen på affärsmässighet tycks, baserat på intervjuerna, vara integrerad i den egna upphandlingsorganisationen. En av de som framhåller affärsmässighet som något synonymt med marknads- och produktspecifik kompetens kommer från en myndighet där upphandlingsavdelningen är indelad i olika avdelningar. Varje avdelning representerar olika typer av marknader och har därför marknadsspecifik kompetens.

En annan av respondenterna i denna grupp ingår i en upphandlingsorganisation som är indelad efter upphandlingens olika delmoment. Det finns alltså en grupp som har ett särskilt fokus på "förundersökningar och marknadsanalyser" och en annan som har "genomförande av upphandling" som sitt huvudsakliga ansvarsområde.

En tredje upphandlingsansvarig upphandlar inom ett väl avgränsat LUF-område och anger att samtliga av deras upphandlare har teknisk kompetens inom det område de upphandlar.

Gemensamt för dessa tre myndigheter är att de menar att det finns en fara med att låta beställare och upphandlare hamna för långt ifrån varandra. En av de intervjuade i denna grupp understryker detta då denne anser att den egna myndigheten saknar de resurser som skulle krävas för att nå önskad nivå på affärsmässigheten. Respondenten menar att de som upphandlare kommer in för sent i upphandlingsprocessen och därmed begränsas möjligheterna att hålla sig med den kunskap och insyn i olika marknader som offentlig upphandling kräver.

En annan av respondenterna i denna grupp spekulerar i att upphandlare inom LOU befinner sig långt ifrån själva beställarenheten och inte alltid har den nödvändiga tekniska eller specifika kunskap om varan/tjänsten som ska upphandlas och att detta leder till bristfälliga förfrågningsunderlag som, med begränsad dialog med leverantörerna och brukarna inom den egna organisationen, riskerar resultera i en överprövning. Tre av de intervjuade tror att även den juridiska kompetensen hos upphandlare som upphandlar enligt LOU är bristfällig, något som får ses i ljuset av att LOU uppfattas som mer detaljerad och rigid än vad LUF gör.

När det kommer till kunskap om och kommunikation med marknader uppger i princip samtliga av de intervjuade upphandlarna vid statliga/nationella upphandlingsorgan att de mer eller mindre löpande för diskussioner med leverantörer både om produkter och om själva utformningen av upphandling och av avtal. Detta gäller för både de respondenter som upphandlar under LOU, och de som upp-

handlar under LUF. Flertalet anger också att de i görligaste mån försöker ta emot synpunkter från anbudsgivare på upphandlingen eller mer utförligt diskutera anbudets brister med vederbörande. En av de intervjuade vid en statlig myndighet som upphandlar via LOU menar att sådan återkoppling kan vara ett sätt att motverka överprövningar för en myndighet som inte har möjlighet att tillämpa förhandlat förfarande. Notera att LOU medger detta förfarande (se avsnitt 2.3.1).

Medan samtliga respondenter i denna grupp medger att en överprövning innebär förseningar och fördyrningar är dock synen på överprövningar inte helt samstämmig. En av de intervjuade, som upphandlar under LUF, menar att överprövningar inom LUF-området är välkomna, då prejudicerande fall inom LUF skulle gynna både beställare och upphandlare. Några framhåller att överprövningar är ett relativt dåligt mått på om en upphandling är lyckad eller inte, då det i princip alltid går att "hitta något fel" med en upphandling. Att se det som en framgångsfaktor att inte få in en överprövning, menar respondenterna kan leda till att innovationen inom upphandling hämmas och att upphandlarna inte vågar ställa kontroversiella krav eller pröva nya upphandlingsmetoder. Andra konsekvenser av att ha som mål att "undvika överprövning" uppges vara att det uppstår ett väldigt slutet och tillknäppt upphandlingsförfarande med misstänksamhet från bägge parter, samt att samtliga krav sätts som obligatoriska krav, vilket i sin tur får till följd att färre leverantörer kvalificerar sig och kan konkurrera om kontrakt.

En av de intervjuade vid en nationell myndighet menar att "lägsta pris" som utvärderingsmetod istället för ekonomiskt mest fördelaktiga anbud är ett effektivt sätt att minska antalet överprövningar. Ett inte helt oproblematiskt resonemang som tas upp även i inledningen av rapporten.

En tredjedel av de intervjuade i denna grupp menar att så länge man som upphandlare är affärsmässig och följer de fem principerna, behöver det inte finnas någon avvägning mellan affärsmässighet och ett undvikande av överprövningar.

7.1.2 Kommunala upphandlingsorgan

I den respondentgrupp som innehåller kommunala upphandlingsorgan anser tre av fyra respondenter att affärsmässighet i upphandlingssammanhang handlar om ett gott förarbete och majoriteten av gruppens respondenter beskriver dialogen mellan upphandlare och leverantör som en viktig faktor för att upprätthålla affärsmässighet. Respondenterna i denna grupp förfogar i regel över en upphandlingsportfölj som, jämfört med övriga grupper, är mer diversifierad.

En av de intervjuade i denna grupp ser, förutom kompetens och resurser, samarbetet mellan upphandlare och beställarenhet som centralt för att uppnå affärsmässighet. Alla utom en nämner att de har för lite resurser för att ha den marknadskunskap som deras diversifierade portföljer egentligen kräver. En av dessa påtalar att resursbristen återspeglas i bristfälliga förfrågningsunderlag. En av de

intervjuade nämner också att kommunala bolag (som oftare upphandlar under LUF) ofta har mer "muskler" och befinner sig närmare näringslivet och längre ifrån politiken, och att de enheter som upphandlar under LOU ofta kan vara bakbundna av politiska beslut. Detta försvårar, enligt respondenterna, möjligheterna att nå affärsmässiga utfall.

De kommunala upphandlarnas kontakter med marknaden skiljer sig åt, men som grupp syns tydliga skillnader jämfört med de statliga/nationella upphandlingsorganen. Alla utom en av de intervjuade försöker ta in synpunkter från leverantörer innan de skriver ett förfrågningsunderlag, medan en av de intervjuade uppger att de saknar resurser för detta. De kan därför inte kommunicera med potentiella leverantörer varken före, under eller efter en upphandling. Trots att ingen av de intervjuade återkopplar efter avslutad upphandling uppger två av de intervjuade att de ser ett värde i att förklara för anbudsgivare varför deras anbud inte har gått vidare eller vunnit, och att de tror att det på detta sätt går att motverka överprövning.

Alla utom en av de intervjuade kommunala upphandlarna anser att en överprövning inte per automatik betyder att upphandlingen var dåligt utförd, då det är svårt att undvika överprövning.

Att förlita sig på affärsmässighet med ett gott förarbete förordas av de intervjuade och en nämner att även om subjektiva obligatoriska krav kan medföra en risk för överprövning, behöver det inte betyda att man måste göra avkall på affärsmässigheten. En av de intervjuade anser dock att detta kan medföra en avvägning mellan affärsmässighet och överprövning. Denne tar upp det som även upphandlingsutredningen belyser; nämligen att genom att ställa relativt många krav begränsas antalet anbudsgivare, vilket i sin tur medför mindre risk för överprövning, men till priset av lägre konkurrenseffekt.

7.1.3 Landsting, kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan

Affärsmässighet handlar, enligt dem själva, även för denna respondentgrupp om att i första hand känna till marknaden både vad gäller produktspecifik kompetens och kommersiella villkor som präglar marknaden. Sex av åtta respondenter nämner att affärsmässighet även inkluderar en förmåga att skriva ett tydligt och transparent förfrågningsunderlag och två av respondenterna uppger att en lyckad upphandling är en upphandling som attraherat många anbudsgivare. En av respondenterna nämner att den juridiska kompetensen bör kopplas på först i slutskedet av en upphandling.

Samtliga av respondenterna i denna grupp bedriver löpande kommunikation med marknaden i form av exempelvis RFI, hearings, mässdagar, samt leverantörsträffar. Detta beskrivs som en viktig del av upphandlingen och att möjligheten att ta in synpunkter från leverantörer uppges leda till bättre upphandlingar. Alla utom en av de intervjuade i denna grupp uppger att de ger någon form av återkoppling i

tillägg till det elektroniska tilldelningsbeslutet och tror att denna återkoppling kan bidra till att minska sannolikheten för överprövning.

Att ha som mål att undvika en överprövning menar flertalet av de intervjuade i denna grupp kolliderar med affärsmässigheten. Några av de intervjuade menar att det hämmar innovationen i själva upphandlingen och leder till att alla krav sätts som obligatoriska krav så att utvärderingsgrunden blir "lägsta pris".

Några andra av de intervjuade menar att överprövningsrisken gör att möjligheter att förhandla eller föra dialog inte tillvaratas. Tre av de intervjuade menar att så länge man är affärsmässig så finns det ingen anledning att oroa sig för en överprövning och lika många menar att hur mycket du än försöker undvika en överprövning så är inget förfrågningsunderlag oantastbart. Som en av de intervjuade uttrycker det: *"Vill en anbudsgivare hitta något så gör den det."*

En av de intervjuade menar att en överprövning i sig inte är något problem om det inte vore för den resurskrävande rättsprocessen och den långa tid det tar att få ett domstolsavgörande.

7.1.4 Leverantörer

På frågan om vad affärsmässighet innebär återkommer uppfattningen om att det handlar om kunskap om marknaden och produkten. Mer än hälften av de intervjuade leverantörerna tar upp detta. Nästan lika många anger tydliga förfrågningsunderlag med förutsägbara och genomförbara krav som tecken på affärsmässighet hos upphandlaren. Tre av de intervjuade ser att affärsmässigheten blir lidande av att det ofta finns ett glapp mellan uppköpare och beställarverksamhet inom den offentliga sektorn, samt av att de kommunala upphandlarna alltför ofta är bakbundna av politiska beslut. Att kunna föra en dialog med leverantören är ytterligare ett tecken på affärsmässighet som tre av de intervjuade tar upp.

Drygt hälften av de intervjuade leverantörerna tar upp att det skulle behövas mer kommunikation mellan beställare och leverantör inför en upphandling. Både för att det ska bli tydligare vilka behov upphandlaren har, men även för att tydliggöra hur upphandlingen ska gå till och reda ut missförstånd innan de hinner leda till en överprövning.

Två av de intervjuade leverantörerna, som upphandlas både under LOU och LUF, tycker att kommunikationen med offentliga upphandlare i de flesta fall är öppen och inte bristfällig i något speciellt avseende.

På frågan om hur leverantörerna upplever skillnader mellan att upphandlas under LUF och LOU kontra privat sektor svarar respondenterna väldigt olika. Vid jämförelsen mellan LOU och LUF uppger de som svarat att upphandlingar under LUF ofta genomförs av stora kommunala och statliga bolag och att dessa i regel är mer

professionella och affärsmässiga än mindre inköpsorgan som upphandlar under LOU. Jämfört med privat sektor nämner två av de intervjuade leverantörerna att inköparen i privat sektor har betydligt högre dignitet än upphandlaren i offentlig sektor. Två av respondenterna nämner också att de upplever ett glapp mellan inköpare och beställarverksamhet i offentlig sektor.

Andra skillnader som tas upp är att offentlig upphandling är väldigt likriktande och att det därför är svårt att kunna erbjuda bra teknologiska lösningar, samt att leverantören sällan kan ge synpunkter på upphandlingarna, åtminstone vid LOU-upphandlingar.

Drygt hälften av de intervjuade leverantörerna menar att de ser en avvägning mellan affärsmässighet och rädsla för överprövning när upphandlingar utvärderas på basis av lägsta pris och alla krav som kan uppfattas som subjektiva sätts som obligatoriska krav. Detta minskar förutsättningarna för den goda affären och har en negativ effekt på produktens kvalitet. Två av de intervjuade menar att det inte bör vara något problem med att ställa subjektiva krav, så länge kraven är tydliga och faktiskt genomförbara utifrån marknadens förutsättningar. En av de intervjuade tycker sig märka att det finns en stark rädsla för överprövning som gör att kontakten mellan upphandlare och leverantör blir väldigt rigid och reserverad.

7.2 Respondenterna om de upphandlingsjuridiska förutsättningarna för LOU och LUF

Upphandlarsidans respondenter är relativt överens om att det är förhandlingsutrymmet i LUF som är den avgörande juridiska faktorn till varför LUF-upphandlingar överprövas i lägre utsträckning än LOU-upphandlingar. De strikta ramavtalsbestämmelserna tas även upp som en faktor av de som har erfarenhet av båda dessa lagar. Ungefär hälften av de intervjuade på upphandlingssidan tar även upp LOU:s detaljrikedom och rigiditet som en faktor som medför högre sannolikhet för överprövning. Bland leverantörerna anser nästan hälften att det är bristen på förhandlingsutrymme i LOU som leder till högre andel överprövningar. Några av leverantörerna påtalar även LOU:s detaljrikedom i förhållande till LUF:s som något som står för skillnaden i andel överprövningar.

Vid val av förfarande är det, ganska naturligt, kontraktsvärde och produkttyp som avgör förfarandetyp. Detta mönster återkommer i samtliga respondentgrupper. Bland de kommunala upphandlingsorganen uppger två av de intervjuade att de även tittar på hur marknaden ser ut. Ytterligare två i denna grupp talar om att de utgår helt ifrån vad lagstiftningen (LUF) säger.

7.2.1 Statliga/nationella upphandlingsorgan

Majoriteten av de intervjuade vid statliga/nationella upphandlingsorgan pekar ut förhandlingsmöjligheten inom LUF som den avgörande (juridiska) faktorn till att LUF-upphandlingar överprövas i lägre utsträckning än LOU-upphandlingar. Mer specifikt talar de intervjuade om att möjligheten att kommunicera och föra en dialog med leverantörer under upphandlingens gång, gör att många överprövningar kan stävas genom att missförstånd och synpunkter kan ventileras och adresseras innan tilldelningsbeslut skickas ut. Att enbart kommunicera genom "frågor och svar"/e-avrop, som ofta är fallet under LOU-upphandlingar, tror de intervjuade leder till anonymitet och att en distans skapas mellan beställare och leverantör. Förhandlingsutrymmet anses ge möjligheter att utforma ett för båda parter mer fördelaktigt avtal i slutändan.

Vad gäller bestämmelserna kring ramavtal uppger alla utom en av respondenterna i denna grupp att de strikta reglerna kring rangordning och förnyad konkurrensutsättning i LOU kan vara en del av LOU-upphandlingarnas överrepresentation i överprövningsstatistiken.

En av de intervjuade resonerar kring hur LOU:s och LUF:s ramverk skiljer sig åt i termer av maktförhållanden mellan beställare och leverantör. Inom den klassiska sektorn är normalt sett beställarsidan en stor köpare och leverantörerna många och små. Inom försörjningssektorn ser maktförhållandet annorlunda ut. Beställarsidan är ofta relativt liten, och koncernerna som levererar ofta stora. LOU skulle utifrån detta perspektiv kunna ses som mer "leverantörsvänlig" och LUF som mer "beställarvänlig" och den intervjuade tror att en del av bakgrunden till skillnaden i överprövningar ligger i just detta förhållande.

Valet av förfarande förefaller i första hand styras av kontraktsvärde och upphandlingsobjekt. En av respondenterna anger att de tillämpar förhandlat förfarande för att kunna ta in synpunkter av och föra dialog med leverantörerna, då det handlar om en sådan typ av tjänst där det är svårt för dem att bestämma slutresultatet. En annan av respondenterna anger att de i regel tillämpar öppet förfarande, oavsett lagstiftning, och att ett sätt för dem att undvika överprövningar är att använda sig av "lägsta pris" som utvärderingsgrund, något som inte är helt oproblematiskt (se tidigare avsnitt). Två av respondenterna anger att selektivt förhandlande är att föredra då det rör sig om stora förhandlingar som kräver att de "borrar ner sig" i upphandlingen.

7.2.2 Kommunala upphandlingsorgan med diversifierad portfölj

På frågan om vad det är i LOU och LUF som gör att LOU-upphandlingar överprövas i större utsträckning än LUF-upphandlingar tar de kommunala upphandlarna dels upp förhandlingsutrymmet i LUF och dels de strikta bestämmelserna om ramavtal som finns i LOU. En av de intervjuade nämner också att LOU är processuellt

krångligare och att LUF ger möjlighet att nå förankring och förståelse under upphandlingsprocessens gång. En av de som framhåller förhandlingsutrymmet anser att mer dialog överhuvudtaget inom LOU skulle medföra en minskad risk för överprövningar.

Val av förfarande styrs även i denna grupp av framförallt kontraktsvärde och upphandlingsobjekt. En av de intervjuade uppger att de i nästan samtliga fall saknar resurser för ett förhandlat förfarande, men att de tillämpat det vid komplexa upphandlingar, som inom t.ex. IT-området. En av kommunerna upphandlar konsulter som sköter upphandlingen vid förhandlat förfarande. Respondenten menar att det inte är optimalt att ha konsulter som sköter upphandlingen och att det kan uppstå brister i exempelvis dokumentation, men att missförstånd som uppstår kan klaras upp med hjälp av just förhandlingsutrymmet. För- och nackdelar med de olika förfarandena framgår inte för alla respondenter, men en nämner att öppet förfarande rent krasst tar kortast tid, samt att konkurrenspräglad dialog är det mest tidskrävande.

7.2.3 Landsting, kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan

Det råder relativt stor samstämmighet bland de intervjuade i denna respondentgrupp, vad gäller de juridiska ramverkens effekt på skillnader i andel överprövningar mellan LOU och LUF. Samtliga nämner förhandlingsutrymmet i LUF som en stävande faktor i överprövningssammanhang, då det ger möjlighet att föra dialog om och diskutera oklarheter och synpunkter. Hälften av de intervjuade påpekar att LOU i sin detaljrikedom istället manar till misstänksamhet och får anbudsgivare att vilja "leta fel".

En intressant aspekt är att två av de intervjuade framhåller att det inte är LOU:s regelverk i sig som angrips vid en överprövning, utan i första hand någon av de fem grundprinciperna, vilka gäller i lika hög grad för både LOU och LUF.

När det kommer till ramavtal är det få av de intervjuade som har erfarenhet av ramavtal. Ungefär hälften uppger att de är medvetna om att LUF är betydligt flexiblere och att det detaljerade regelverket i LOU skulle kunna medföra en högre överprövningssannolikhet och en av de intervjuade tycker att det fungerar lika bra med ramavtal på LUF som på LOU.

I denna grupp av respondenter förfaller det relativt vanligt att ta fler saker än kontraktsvärdet i beaktning vid val av förfarande. Två av de intervjuade ser även på produkttyp och hur marknaden ser ut. Två av de intervjuade upphandlar i regel under LUF och uppger att de utgår helt från vilken lagstiftning det rör sig om. Den stora fördelen med förhandlat förfarande uppges vara just möjligheten att kunna kommunicera och föra dialog med anbudsgivarna. En av de intervjuade påtalar dock att förhandlat förfarande är tidskrävande, framförallt för upphandlingssidan. Fördelen med öppet förfarande nämner en av de intervjuade är att det ofta är väl-

digt förutsägbart och därmed inte så tidskrävande. Nackdelen med öppet förfarande är dock bristen på förhandlingsutrymme, vilket gör att upphandlaren måste "säkra upp" för mycket i förfrågningsunderlaget.

7.2.4 Leverantörer

På frågan om vad det är i LOU och LUF som gör att LOU-upphandlingar överprövas i större utsträckning än LUF-upphandlingar är leverantörerna inne på några olika spår. Dessa spår är inte helt obesläktade och det är viktigt att ha i åtanke att av leverantörerna är det få som har erfarenhet av både LOU och LUF. Några av de intervjuade betonar att det är LOU:s detaljrikedom som är orsaken till den stora andelen överprövningar och att upphandlare vrider syftet med LOU "för långt". Fyra av de intervjuade nämner att det är möjligheten till förhandling inom LUF som gör att det överprövas mer sällan enligt LUF och fyra av de intervjuade menar att LOU-upphandlingar i hög utsträckning präglas av felaktigt ställda och/eller för många krav och att detta skapar en mylla för överprövningar. Nämnas bör att de som tagit upp detta spår tillhör samtliga någon av de branscher som Upphandlingsutredningen tar upp under "Problemupphandlingar" (se avsnitt om överprövningar).

7.3 Respondenterna om leverantörernas attityder

På upphandlingssidan svarar majoriteten av de intervjuade att de upplever det som att det råder en överprövningskultur inom vissa branscher, snarare än att vissa upphandlade produkter skulle vara svårare/lättare att överpröva än andra. Detta stämmer överens med den tidigare redovisade uppfattningen hos upphandlarna om att det inte finns några oantastbara förfrågningsunderlag. Av leverantörerna uppger dock en majoritet att en produkt som präglas av mätbara eller fysiska kriterier inte är lika sannolik att överprövas.

Kontraktsvärdets storlek ses av samtliga intervjuade som en av faktorerna till huruvida en leverantör överprövar eller inte, men inte den enda. Bevarandet av en sund affärsrelation tas också upp av flera, framförallt av respondenter som upphandlar under LUF. Av leverantörerna uppger en majoritet att bevarandet av en sund affärsrelation är en relevant faktor vid beslut om överprövning.

Att leverantörer skulle överpröva för att fostra eller träna myndigheter förefaller orimligt för majoriteten av de intervjuade på både upphandlings- och leverantörsidan. Ett flertal av de intervjuade på upphandlingssidan uppger dock att de tror att leverantörer med befintliga kontrakt kan ha ekonomiska incitament att överpröva för att behålla kontraktet ett tag till. De intervjuade leverantörerna understryker dock att en överprövning alltid är förenad med kostnader och att överprövningar helt enkelt inte sker utan att det skett ett flagrant fel i upphandlingen.

7.3.1 Statliga/nationella upphandlingsorgan

Det verkar råda stor samstämmighet bland de intervjuade vid statliga/nationella upphandlingsorgan om att överprövningssannolikhet är mer hänförligt till branscher än till produkter. Det vill säga, att det kan röra sig om någon sorts överprövningskultur som fått fäste inom vissa branscher, mer eller mindre hänförligt till hur marknadsstrukturen inom den branschen ser ut. Två av de intervjuade nämner här att försörjningssektorn i hög utsträckning präglas av ett närmare förhållande och större förståelse mellan beställare och leverantörer samt att konkurrensen inte nödvändigtvis är lika hård inom försörjningssektorn jämfört med den klassiska sektorn. Förhandlingsmöjligheten uppges även underlätta i de fall där kontrakten är stora, leverantörerna få och konkurrensen tuff. Flera av de intervjuade i denna grupp vittnar om att exempelvis IT-branschen präglas av en viss överprövningskultur, med flera aktörer och hård konkurrens. Även taxibranschen ses av många av de intervjuade som en bransch där leverantörernas inbördes stridigheter hamnar i knäet på upphandlande myndigheter, genom just överprövningar.

Endast en av de intervjuade anger att standardiserade produkter, såsom exempelvis pennor, är lätta att upphandla i det avseendet att det är lätt att ställa tydliga och okontroversiella krav och att de i mindre utsträckning riskerar att överprövas. Ett resonemang om att sådana upphandlingar överprövas i lägre utsträckning än mer komplexa bör dock kontrasteras mot hur flertalet av de intervjuade har resonerat kring att det inte finns några oangripbara förfrågningsunderlag.

Kontraktsvärdet påverkar i viss mån benägenheten att överpröva, enligt de intervjuade, men påverkas också av andra faktorer, såsom marknadsandelar, eller ifall kontraktet innebär en strategiskt viktig referens. Av de intervjuade i denna grupp är det endast två av de intervjuade som menar att bevarandet av en sund affärsrelation kan vara en faktor som påverkar benägenheten att överpröva. Båda dessa respondenter upphandlar under LUF och menar att det skulle kunna påverka den långsiktiga tilliten mellan beställare och leverantör inom viktiga samhällsfunktioner ifall leverantören fått ett "överprövningsrykte". Tre av de intervjuade har ingen uppfattning i frågan, medan en av respondenterna, som upphandlar under LOU i första hand, menar att affärsrelationen inte har någon påverkan, eftersom en upphandlande myndighet/enhet ändå inte kan "straffa" en anbudsgivare som sätter det i system att överpröva. Det förefaller alltså finnas ett större fokus på affärsrelationen bland de intervjuade som upphandlar under LUF i första hand.

Respondenterna i denna grupp tror inte att det finns fog för att tro att anbudsgivare överprövar för att "träna" myndigheter. Däremot tror en av de svarande att leverantörernas kunskaper inom framförallt LOU har ökat de senaste åren och att upphandlingssidan kanske inte varit beredd på detta. Hälften av gruppens respondenter anger att det verkar som att befintliga leverantörer ofta överprövar för att behålla kontrakt, som en affärsstrategi. En av de svarande ser detta framförallt på nya marknader, där aktörer inte gärna vill släppa ifrån sig marknadsandelar. En av

LUF-upphandlarna i gruppen anser att denna strategi skulle vara förödande då det skulle leda till rykten om bristande seriositet.

7.3.2 Kommunal upphandlingsorgan med diversifierad portfölj

Även de kommunala upphandlarna tror att sannolikheten för överprövning är mer hänförligt till branschens struktur och till en "överprövningskultur" än till själva produkten, samt att utsatta branscher är mer förekommande inom LOU-upphandlingar. Exempel på dessa marknader är, enligt respondenterna, dels de med relativt fler små aktörer, såsom IT-branschen och dels marknader med ett fåtal stora företag, såsom livsmedelsbranschen.

Endast en av de intervjuade gör kopplingen mellan produkt och överprövnings-sannolikhet och menar att den klassiska sektorn i högre utsträckning präglas av produkter med mjuka parametrar och att detta medför högre risk för överprövning än inom försörjningssektorn, där respondenten anser att det är lättare att vara tydlig och precis i förfrågningsunderlaget.

Respondenterna i denna grupp tror att kontraktsvärdet påverkar benägenheten att överpröva. Två av gruppens respondenter verkar i mindre kommuner och tror att deras småföretagare i första hand måste se till sin överlevnad och därför inte har råd att vårda affärsrelationen till kommunen. En av dessa tycker sig kunna skönja ett större fokus på affärsrelation då det kommer till kommunala bolag. Inte heller denna grupp av svarande ser några tecken på att leverantörer överprövar för att träna eller fostra myndigheter. Endast en av fyra respondenter instämmer i detta. Samtliga svarande anser dock att det finns fog för att tro att leverantörer med befintliga kontrakt överprövar i första hand för att få ha kvar kontraktet ett tag till.

7.3.3 Landsting, kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan

Även i denna grupp tror majoriteten av de svarande att vissa branscher helt enkelt präglas av en överprövningskultur. Endast två av de intervjuade tror att homogena varor som är lätta att mäta och beskriva kvalitetsmässigt gör att sannolikheten att upphandlingen överprövas minskar. Branscher som nämns som "överprövningsbenägna" är konsultbranschen och byggbranschen, branscher som båda präglas av hög konkurrens. Två av de svarande diskuterar branschens mognad och menar att i takt med att en bransch når mer kunskap om LOU avtar överprövningarna. En av de svarande menar dock att det har skapats en marknad för överprövningar inom just LOU, då jurister resursmässigt prioriterat att granska LOU och marknadsför den som "överprövningssbar". Samma respondent uppger att:

"Jag har till och med hört talas om kurser med namnet 'Så använder du överprövningar som ett led i din affärsstrategi'"

Hälften av de svarande i denna grupp är övertygade om att det absoluta kontraktsvärdet har betydelse för huruvida en anbudsgivare väljer att överpröva eller inte. En av dessa menar att en anledning till att LOU överprövas i högre utsträckning är att det oftast är större volymer och kontraktsvärden inom LOU. Två av de svarande framhåller att det framförallt handlar om det relativa kontraktsvärdet, alltså i förhållande till omsättning och marknadsandelar. Drygt hälften av de svarande tror att rädslan för att stöta sig med beställaren gör att en anbudsgivare drar sig för att överpröva. Av dessa återfinns både respondenter som upphandlar under LUF och under LOU, samt de som upphandlar under båda lagstiftningarna.

Till skillnad från övriga grupper saknas bland de svarande i denna grupp uppfattningen om att leverantörer skulle överpröva för att störa sina konkurrenter eller fostra myndigheter. Av de svarande vid kommunala bolag och regionala upphandlingsorgan tror tre av de svarande inte att anbudsgivare skulle lägga tid och pengar på att störa konkurrenter eller fostra myndigheter på dessa sätt. Lika många kan dock tänka sig att en anbudsgivare använder överprövning som ett sätt att "störa" konkurrenterna. Två av de svarande uppger att det kan vara ett sätt för leverantörer att markera för den upphandlande myndigheten/enheten att de anser sig ha blivit osjyst behandlade.

7.3.4 Leverantörer

Leverantörerna som intervjuats är relativt samstämmiga runt denna fråga. Sex av de intervjuade nämner att en produkt som präglas av mätbara eller fysiska kriterier inte är lika sannolik att överprövas i en upphandling. Tre av de intervjuade för fram ett besläktat fenomen som handlar om "vaga" eller "luddiga" begrepp och krav och att dessa skapar utrymme för överprövningar i det att de nästan aldrig går att följa upp eller verifiera.

Endast tre av de intervjuade leverantörerna tror att incitamenten att överpröva ökar med kontraktsvärdet. Tre av respondenterna tror endast att det spelar roll ifall du som anbudsgivare redan är befintlig leverantör. Nästan samtliga av de svarande betonar att de endast förordar överprövning om det är ett flagrant fel i förfrågningsunderlaget och en majoritet av de svarande tror att bevarandet av en sund affärsrelation är en relevant faktor att ta ställning till vid beslutet om överprövning. Två av de svarande, båda LOU-leverantörer, talar också om att de ibland släpper överprövningar trots uppenbara fel, ifall de vet att det snart kommer ut en ny upphandling som de tror sig kunna vinna.

En av de intervjuade tar upp att det blir ett problem även för leverantörerna då förvaltningsdomstolarna inte dömer likadant. Det skapar en oförutsägbarhet som gör att anbudsgivare inte vet vad som gäller helt enkelt. Av leverantörsgruppen är det endast en som tror att det förekommer fall av leverantörer som överprövar för att störa konkurrenter eller "träna" myndigheter. I övrigt betonar samtliga respon-

denter att en överprövning alltid är förbunden med kostnader och att det helt enkelt inte är värt det.

8 Slutsatser

Av de 28 intervjuer som genomförts skönjer rapportens författare en sammanfattande bild av de faktorer som kan tänkas ligga bakom den relativt högre andelen överprövningar inom LOU-upphandlingar jämfört med LUF-upphandlingar.

- a) *Affärsmässighet och Organisation:* Affärsmässighet anses i regel synonymt med bransch- och produktkunskap och inte nödvändigtvis med insikter i upphandlingslagstiftningen. God affärsmässighet anses förbygga överprövning. En diversifierad upphandlingsportfölj gör att offentliga upphandlare inte har samma möjlighet att hålla sig med specifik bransch- och produktkunskap som deras kollegor som upphandlar inom en avgränsad marknad. Det är också förenat med ett större avstånd till brukarna inom den egna organisationen. Detta går i sin tur ut över upphandlingens planeringsfas (förarbete och förfrågningsunderlag). Intervjuerna ger vid handen att det är i högre grad upphandlande myndigheter (reglerade av LOU) som präglas av en diversifierad upphandlingsportfölj jämfört med upphandlande enheter (reglerade under LUF).
- b) *Förhandlingsmöjligheter:* Statistik visar att upphandlingar genomförda med förhandlat förfarande överprövas i lägre utsträckning än de som genomförs under öppet förfarande. Åtskilliga av respondenterna påtalar också att LUF:s förhandlingsutrymme är en bidragande orsak till LUF:s lägre överprövningsgrad. Flertalet av de intervjuade påtalar att förhandlingsutrymmet ger möjlighet att lyfta synpunkter och eventuella missförstånd innan det hinner gå till överprövning. Här vill författarna till rapporten dock poängtera att förhandlingsmöjligheten inte får användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlag.²³
- c) *Dialog och återkoppling alltid av godo:* Av intervjuerna framgår att i brist på förhandlingsmöjligheter kan dialog och återkoppling istället motverka överprövning. Detta gäller särskilt de situationer där en anbudsgivare upplever sig missförstådd eller förfördelad. Författarna till rapporten vill i detta sammanhang poängtera att även om upphandlingens art inte tillåter förhandlat förfarande, finns det alltid utrymme för den upphandlande parten att be anbudsgivaren precisera sitt anbud eller delar av det, då detta inte ses som förhandling. Dialog är också tillåtet.
- d) *"Överprövningskulturer":* Flera av de intervjuade på upphandlarsidan påtalar att överprövningar är mer hänförligt till kultur och struktur inom en bransch än till produkt. Detta fenomen talar för att det inte nödvändigtvis handlar om inneboende egenskaper hos produkten som gör det svårt att författa ett klanderfritt förfrågningsunderlag. Enligt detta resonemang

²³ Se avsnitt 2.2 samt Kammarrättens i Sundsvall dom av den 27 april 2004, mål nr 3441-03.

spelar det alltså inte någon roll hur "enkel" en upphandling verkar, eller, för den delen, hur tydligt förfrågningsunderlaget skrivs. Präglas branschen av en överprövningskultur är det alltså stor sannolikhet att upphandlingen kommer att överprövas, oavsett. Författarna till studien noterar att uppfattningen om "överprövningskulturer" inom vissa branscher var väldigt enhälligt och att mer omfattande genomgångar av överprövningsmål för specifika branscher skulle vara intressant ur detta perspektiv.²⁴

- e) *Produkttyp och Marknadsvärde*. Vilken typ av vara, tjänst eller entreprenad som upphandlas samt dess relativa kontraktswärde (betydelse för den enskilde leverantören) kan påverka i vilken utsträckning upphandlingen överprövas. Vissa leverantörer anser att LOU i högre grad än LUF är förknippad med upphandlingar av svårsmåbara produkter, s.k. mjuka parametrar. Sådana upphandlingar överprövas, enligt respondenterna, mer frekvent.
- f) *Risk för suboptimering*: Som nämnts ovan menar många av upphandlarna att det inte förefaller finnas ett oantastligt förfrågningsunderlag och att "vill någon överpröva, så hittar den något". Trots detta synsätt beskriver många av de intervjuade på både upphandlingssidan och leverantörssidan att rädslan för en överprövning ändå tar sig uttryck vid utformningen av upphandlingen och att upphandlingen suboptimeras på grund av denna rädsla. Suboptimeringen sker t.ex. i form av att konkurrensen begränsas med ett relativt stort antal obligatoriska krav och utvärderingsgrunden lägsta-pris för att minska risken för överprövningar. Framförallt leverantörer påtalar att upphandlingar suboptimeras på grund av att utvärdering sker på lägsta pris, vilket drar ner kvaliteten på den upphandlade varan eller tjänsten. Även innovationen i själva upphandlingsförfarandet hämmas av rädslan att överprövas och rädslan för överprövningar medför också en distans och misstänksamhet mellan de båda parterna.

Av intervjuerna framkommer att det finns en risk för att upphandlingar utformas med syfte att undvika en överprövning. Detta minskar förutsättningarna för ett effektivt nyttjande av skattebetalarnas medel och att den vara, tjänst och entreprenad som efterfrågas också levereras. Utvärderingsgrund, utvärderingsmodell, krav och kriterier bör istället väljas utifrån vad som upphandlas och budgetmässiga överväganden.

Den generella slutsatsen av detta är att organisation, resurstilldelning, förhandlingsmöjligheter och föremålet för upphandlingen har betydelse för i vilken utsträckningen en upphandling överprövas eller inte. Det som inte är valbart i detta är föremålet för upphandlingen. Upphandlande myndighet eller enhet kan dock i viss utsträckning påverka i vilken grad möjligheterna dialog och förhandling

²⁴ Ett exempel är Lundberg, Strömbäck, Zetterdahls (2010) studie av överprövningsmål inom läkemedelsindustrin, utförd på uppdrag av LIF.

används och hur upphandlingsfunktionen är organiserad. Detta är till viss del beroende av resurstilldelning och här kan vi inte annat än hålla med Upphandlingsutredningen (2013:12) om att upphandlingsfunktionens strategiska betydelse behöver stärkas och att det behövs kompetenshöjande åtgärder.

9 Referenser

- Andersson, Arne, och Anders Lunander (2004), Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling. En inventering och analys av utvärderingsmodeller inom offentlig upphandling, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2004:1.
- Binmore, Ken, och Paul Klemperer (2002), The Biggest Auction Ever: The Sale of the British 3G Telecom Licenses, *Economic Journal* 112(478): C74-C96.
- Bergman, Mats, Jan-Eric Nilsson och Roger Pyddoke, (2004) *Den svåra beställarrollen – Om konkurrensutsättning och upphandling i offentlig sektor*. SNS förlag, Mölnlycke.
- Bergman, Mats och Sofia Lundberg, (2009), Att utvärderar anbud, utvärderingsmodeller i teori och praktik, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2009:10.
- Bergman, Mats, Tobias Indén, Sofia Lundberg och Tom Madell, (2011), *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, Lund.
- Bergman, Mats och Sofia Lundberg, (2013), Tender Evaluation and Supplier Selection Methods in Public Procurement. *Journal of Purchasing and Supply Management*, 19(2): 73-83.
- Borgers, Tilman och Cristian Dustmann, (2003), Awarding Telecom Licences: The Recent European Experience, *Economic Policy*, 18(36): 215-268.
- Eriksson, Anette, och Stefan Jönsson, (2011), Bättre statistik om offentliga upphandlingar. Konkurrensverkets rapportserie 2011:15.
- Falk, Jan-Erik (2009), *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Jure, Stockholm.
- Falk, Jan-Erik (2010), *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – en kommentar*, Jure, Stockholm.
- Företagarna (2011), Offentlig upphandling – något för små företag? *Rapport från Företagarna*, juli, 2011.
- Gupta, Srabana (2002), Competition and collusion in a government procurement auction, *Atlantic Economic Journal*, 308(1): 13-25.
- Konkurrensverket (2013), *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, Konkurrensverket rapportserie 2013:9.

Konkurrensverket (2013), *Överprövningar av offentliga upphandlingar*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:5.

Konkurrensverket (2012), *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, Konkurrensverkets rapportserie 2012:6.

Konkurrensverket (2012), *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, Konkurrensverkets rapportserie 2012:3.

Konkurrensverket (2007), *Länsrätternas domar om offentlig upphandling*, Konkurrensverkets rapportserie 2007:2.

Lunander, Anders (2009), En logisk fälla - relativ poängsättning av pris vid anbudsvärdering i offentlig upphandling, Konkurrensverkets uppdragsforskning 2009:12.

Lundberg, Sofia (2005), Restrictions on Competition in Municipal Competitive Procurement in Sweden, *International Advances in Economic Research*, 11(3): 329-342

Lundberg, Sofia; Strömbäck, Elon; Zetterdahl, Emma (2010). *Analys av läkemedelsrelaterade överprövningar; omfattning, orsak, utfall samt trender*. Rapport framtagen på uppdrag av Läkemedelsindustriföreningens Service AB.

Lundberg, Sofia och Per-Olov Marklund (2013), *Offentlig upphandling eller gröna nedköp? En ESO-rapport om miljöpolitiska ambitioner*, ESO-rapport 2013:10, Fritzes, Stockholm.

Poulsen, Sune Troels, Peter Stig Jakobsen och Simon Evers Kalsmose-Hjelmberg (2012), *EU Public Procurement Law*, Djøf / Jurist- og Økonomforbundet, 2.ed., København.

Steinicke, Michael och Lisa Groesmeyer (2008), *EU's udbudsdirektiver*, Djøf / Jurist- og Økonomforbundet, København.

SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2010.

Bilaga 1 Intervjuformulär

Upphandlings-situationen	Om upphandlingsverksamheten? Hur stor andel LOU/LUF upphandlar verksamheten?
	Vad anser du vara en lyckad upphandling?
	Hur ser du på termen "affärsmässighet" i upphandlingssammanhang? Vad krävs för att uppnå detta?
	Hur ser ett förhandlat förfarande ut för er verksamhet? Hur sker marknadskommunikationen före under och efter upphandling?
	Hur ser ett öppet förfarande ut i er verksamhet? Hur sker marknadskommunikationen före under och efter upphandling?
	Hur ser du på målet/framgångsfaktorn "att undvika en överprövning"? Vilka är de negativa aspekterna av en eventuell överprövning?
	Hur ser du på en eventuell avvägning mellan den upphandlande myndighetens/enhetens affärsmässighet och försök att undvika en överprövning?
Upphandlingens juridiska förutsättningar	Vilka delar av det juridiska ramverket i LOU tror du är anledningen till att LOU-upphandlingar överprövas i högre grad än LUF-upphandlingar?
	Finns det något i bestämmelserna om ramavtal som påverkar andelen överprövningar bland LOU- resp. LUF-upphandlingar?
	Hur går det till när du/ni som upphandlare väljer förfarande? På vilka grunder?
	Vad anser du vara för- och nackdelarna med öppet förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog?
Leverantörernas attityder	Finns det särskilda egenskaper hos en produkt som gör att en upphandling "lättare" överprövas? Är dessa produkter mer eller mindre förekommande inom LOU resp. LUF?
	Finns det någon skillnad i kommunikation/affärsmässighet om du ingår i en LOU- eller LUF-upphandling? Till leverantörer endast: Jämfört med privat sektor?
	I vilken utsträckning påverkar kontraktsvärdet (både relativt och absolut) benägenheten hos en anbudsgivare att överpröva?
	Vilka faktorer vägs in när en anbudsgivare bestämmer sig för att överpröva? Juridiska kostnader? Sannolikhet att vinna ÖP? Bevara sund relation med upphandlare?
	Finns det någon anledning att tro att leverantörer vill "träna myndighet" eller störa konkurrenterna (förhåla upphandling) och därför överpröva?



Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se