



SÖDERTÖRNS HÖGSKOLA | STOCKHOLM  
sh.se

# Europeiska unionens påverkan på svensk motiveringskyldighet under offentlig upphandling

Av: Tom Bramler

Handledare: Maya Seltén

Södertörns högskola | Institutionen för samhällsvetenskaper

Magisteruppsats 30 hp

VT19

## **Sammanfattning**

Den här uppsatsen utgår från det upphandlingsdirektiv som Europeiska unionen antog 2014, ett direktiv som skulle modernisera och uppdatera föråldrade upphandlingsregler inom hela den europeiska gemenskapen. Uppsatsen tittar närmare på de direktivartiklar som ställer krav på upphandlande myndigheters motiveringsskyldighet som är en del av det som inom EU-rätten kallas för principen om god förvaltning. En rättssäkerhetsprincip som ska garantera den enskildes trygghet emot maktutövare. Beslut som fattas av maktutövare ska motiveras för att öka transparensen och öppenheten. Uppsatsen tar också upp det som inom EU-rätten kallas för medlemsländernas processuella autonomi, ett begrepp som innebär att medlemsländer har rätt till visst självbestämmande när det kommer till hur deras förvaltningsarbete ska skötas och verka, så länge EU-rättens mål och krav genomförs ska medlemsstaterna själva kunna bestämma över genomförandet. För att EU ska kunna rättfärdiga att de gör intrång i medlemsländernas självbestämmande måste de kunna hänvisa till grundfördragets mål.

**Syftet** men den här uppsatsen är att undersöka hur artiklarna om motiveringsskyldighet implementerades av Sverige. Uppsatsen ämnar också kommentera förhållandet mellan artiklarna om motiveringsskyldighet och den processuella autonomin som medlemsländerna har i förhållande till unionen. Uppsatsen söker också svar på motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandlingsförfarandet kan komma att användas i framtiden.

**Slutsatsen** som uppsatsen leder fram till är att de artiklar som ålägger myndigheter att motivera individuella beslut hade kunnat genomföras med den svenska förvaltningslagen och är således inte nödvändiga för att upprätthålla en god konkurrens inom offentlig upphandling. Däremot är de artiklar som rör normbeslut inte genomförbara med hjälp av Sveriges tolkning av motiveringsskyldigheten och därför nödvändiga försvarbara i förhållande till konkurrensen. Den andra slutsatsen uppsatsen kommer fram till är att EU tenderar att använda motiveringsskyldigheten som ett verktyg för att driva igenom och normalisera deras vision för upphandlingsförfarandet. Om utgångspunkten för motiveringsskyldigheten är att främja rättssäkerheten för den enskilde så har EU använt denna utgångspunkt för att driva igenom sin politiska vision och inte bara för att stärka den enskildes ställning i förhållande till myndigheter. Det är ingen hemlighet att EU ser offentlig upphandling som ett viktigt område där de har stora möjligheter att påverka utvecklingen.

## Förkortningar

|                |                                                                                                                                                                         |
|----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LOU            | Lag om offentlig upphandling                                                                                                                                            |
| LOU-Direktivet | EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (Text av betydelse för EES) |
| FEU            | Fördraget om Europeiska Unionen                                                                                                                                         |
| FEUF           | Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt                                                                                                                          |
| EU             | Europeiska Unionen                                                                                                                                                      |
| PROP           | Proposition                                                                                                                                                             |
| SvJT           | Svensk Juristtidning                                                                                                                                                    |
| HFD            | Högsta förvaltningsdomstolen                                                                                                                                            |

## **Innehåll**

|                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|
| Inledning                                                                   | 5  |
| Syfte                                                                       | 7  |
| Avgränsning                                                                 | 7  |
| Metod                                                                       | 8  |
| Disposition                                                                 | 8  |
| Från EU rätt till svensk rätt                                               | 8  |
| EU:s kompetens att påverka medlemsstaterna                                  | 9  |
| EU:s rättsakter                                                             | 11 |
| De normgivande institutionerna inom EU                                      | 12 |
| Det ordinarie lagstiftningsförfarandet och särskilt lagstiftningsförfarande | 12 |
| Processuell och institutionell autonomi                                     | 13 |
| Genomförandet av EU-rätt i det svenska rättssystemet                        | 14 |
| God förvaltning                                                             | 16 |
| Principer om god förvaltning                                                | 16 |
| God förvaltning i svensk lagstiftning                                       | 17 |
| God förvaltning i offentlig upphandling                                     | 17 |
| Motiveringsskyldighet i Sverige och EU                                      | 18 |
| Beslut som motiveras i svensk rätt                                          | 19 |
| Den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten i Sverige             | 19 |
| Motiveringsskyldigheten i Sverige idag                                      | 20 |
| Motiveringsskyldigheten i EU                                                | 20 |
| Offentlig upphandling i Sverige och EU                                      | 22 |
| Upphandlingsförfarandet                                                     | 23 |
| Principer för upphandling                                                   | 24 |
| Tillsynsmyndigheter                                                         | 25 |
| Svensk offentlig upphandling i historien                                    | 26 |
| Bakgrunden till det nya LOU-Direktivet                                      | 28 |
| Kort om innehållet i 2014/24/EU                                             | 30 |
| Genomförandet av LOU-direktivet                                             | 30 |
| Genomförandeutredningen                                                     | 31 |
| Regeringens proposition                                                     | 36 |
| Riksdagens arbete                                                           | 39 |
| Lag (2016:1145) om offentlig upphandling                                    | 39 |

|                                                                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Upphandlingsförordning (2016:1162)                                                                                                              | 40 |
| Analys                                                                                                                                          | 40 |
| Motiveringsskyldighet i LOU-Direktivet artiklar och dess motsvarighet i svensk rätt                                                             | 40 |
| Artikel 22 Regler för kommunikation                                                                                                             | 40 |
| Genomförandet i Svensk rätt                                                                                                                     | 40 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 41 |
| Artikel 33: Ramavtal                                                                                                                            | 42 |
| Genomförandet i svensk rätt                                                                                                                     | 42 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 42 |
| Artikel 46: Uppdelning av kontrakt i delar                                                                                                      | 43 |
| Genomförandet i svensk rätt                                                                                                                     | 44 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 44 |
| Artikel 55: Information till anbudssökande och anbudsgivare                                                                                     | 45 |
| Genomförande i svensk rätt                                                                                                                      | 45 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 45 |
| Artikel 57: Skäl för uteslutning                                                                                                                | 45 |
| Genomförande i svensk rätt                                                                                                                      | 46 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 46 |
| Artikel 58: Urvalskriterier                                                                                                                     | 46 |
| Genomförande i svensk rätt                                                                                                                      | 46 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 47 |
| Artikel 64: Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga organ | 47 |
| Genomförande i svensk rätt                                                                                                                      | 47 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 47 |
| Artikel 84: Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt                                                                   | 47 |
| Genomförande i svensk rätt                                                                                                                      | 48 |
| Kommentar                                                                                                                                       | 49 |
| Sammanfattning                                                                                                                                  | 50 |
| Genomförandet                                                                                                                                   | 51 |
| Direktivets påverkan på motiveringsskyldigheten och den processuella autonomi                                                                   | 51 |
| Den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandling                                                                | 53 |
| Källförteckning                                                                                                                                 | 54 |

## **Inledning**

Förödelsen som 1900-talets första hälft inneburit för Europa skulle aldrig mer få bli ett faktum, nationalism skulle bytas ut mot europaintegration och Västeuropa skulle stå samlat emot den kommunistiska jätten i öst.<sup>1</sup> Detta var grunden för Europeiska unionens födelse och utgångspunkten för den inre marknad som vuxit fram under de lite drygt 60 år som gått sen unionen bildades. Den inre marknaden är grundpelaren för den europeiska unionen och förverkligas genom kodifierade principer om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster.<sup>2</sup> Med andra ord ska det inom unionens gränser inte existera några hinder för medborgare att handla, leva och arbeta. För att förverkliga den inre marknaden har det genom rättstillämpning tillkommit en rad viktiga principer så som likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Förödelsen som 1900-talets första hälft inneburit för Europa skulle aldrig mer få bli ett faktum, nationalism skulle bytas ut mot europaintegration och Västeuropa skulle stå samlat emot den kommunistiska jätten i öst.<sup>3</sup> Detta var grunden för Europeiska unionens födelse och utgångspunkten för den inre marknad som vuxit fram under de lite drygt 60 år som gått sen unionen bildades. Den inre marknaden är grundpelaren för den europeiska unionen och förverkligas genom kodifierade principer som utgör de fyra friheterna. Dessa är fri rörlighet för varor, kapital och etableringsfrihet samt frihet att tillhandahålla tjänster.<sup>4</sup> Med andra ord ska det inom unionens gränser inte existera några hinder för medborgare att handla, leva och arbeta. För att förverkliga den inre marknaden har det genom rättstillämpning tillkommit en rad viktiga principer så som likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Stiftandet av det direktiv som denna uppsats handlar om är ett exempel på EU:s strävan efter att uppnå en så väl fungerande inre marknad som möjligt genom att införa regler som ska gynna konkurrensen, och harmonisera myndigheters förfaranden i hela unionen, när de ägnar sig åt offentlig upphandling. Begreppet offentlig upphandling är inte helt lätt att definiera. I grunden innebär det köp som görs av myndigheter

---

<sup>1</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder s.22

<sup>2</sup> Artikel 28, Artikel 49 & Artikel 56 i FEUF

<sup>3</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder s.22

<sup>4</sup> Artikel 26 p.2, Artikel 28, Artikel 49 & Artikel 56 i FEUF

för skattepengar. Myndigheter behöver nämligen allt som oftast köpa såväl tjänster som varor för att kunna utföra sina uppdrag.<sup>5</sup>

Den Europeiska unionen utgör den största marknaden för offentlig upphandling i världen<sup>6</sup> och över 250 000 medlemsstatsmyndigheter spenderar runt 1,9 triljoner euro om året på att handla varor och tjänster av ekonomiska aktörer inom gemenskapen.<sup>7</sup> För att reglera hur upphandlingarna sköts inom den gemensamma marknaden finns det diverse bestämmelser, först och främst i form av EU-direktiv, och på nationell nivå upphandlingslagstiftning, förordningar och föreskrifter. Dessa regler finns till för att se till att offentlig upphandling sker på ett sätt som inte snedvrider konkurrensen, till exempel genom att förhindra att en myndighetschef bara köper tjänster av sitt syskons företag, eller vägrar att köpa varor från företag i andra EU-medlemsländer.

Den här uppsatsen handlar om de EU-bestämmelser som ålägger medlemsländernas myndigheter att motivera beslut de fattar under upphandlingsprocessen, så kallad motiveringsskyldighet. Uppsatsen kommer gå in i detalj på vad motiveringsskyldigheten innebär och hur den tar sig uttryck inom offentlig upphandling, i korthet innebär det en skyldighet att resonemanget som ligger bakom ett beslut ska göras offentligt av myndigheten som fattar beslutet.<sup>8</sup> Om en Svensk myndighet under upphandlingsprocessen till exempel väljer att tilldela ett byggnadskontrakt till en byggfirma från Sverige framför ett likvärdigt företag från Polen måste skälen till varför ett sådant val har gjorts presenteras.<sup>9</sup> Ett annat fiktivt exempel på hur EU direktivet skulle kunna påverka offentlig upphandling är att om ett företag från till exempel Litauen vill delta i en upphandling ska företaget bemötas av samma typ av förfarande oavsett vilket land inom unionen upphandlingen äger rum i. Detta kan till exempel röra sig om att myndigheter i alla EU länder upprättar samma typ av dokumentation och kräver samma typ av information av företagen, eller motiverar sina beslut på samma sätt. Motiveringsskyldigheten utgör också en del av det som inom juridiken kallas för principen om god förvaltning som är en rättssäkerhetsgaranti för den enskilde i förhållande till förvaltningen. God förvaltning handlar om att upprätthålla en viss standard på det

---

<sup>5</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. s.22

<sup>6</sup> Auby, Jean-bernard, Caranta, Roberto, Edelstam, Gunilla. EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond (Droit administratif / Administrative law. s.1

<sup>7</sup> EU Public Procurement reform: Less bureaucracy, higher efficiency. An overview of the new EU procurement and concession. Rules introduced on 18 April 2016. s.1

<sup>8</sup> Warnling Conradson, Wiweka. En introduktion till förvaltningsrätten. s.48

<sup>9</sup> 12 § Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

administrativa förvaltningsarbetet och har vuxit fram i Sverige och EU under 1900-talet i takt med att förvaltningen blivit mer och mer omfattande och komplex.<sup>10</sup>

EU använder sitt senaste upphandlingsdirektiv för att se till att alla myndigheter i Europa utför sina upphandlingar på samma sätt, ner på detaljnivå. Dock är det inte helt självklart att EU kan bestämma exakt hur medlemsstaternas myndigheter ska agera under upphandlingsförfarandet. Relationen mellan union och medlemsstat är en juridisk balansgång som bygger på den makt unionens medlemsstater överlåtit till EU. Medlemsstaterna har så kallad processuell och institutionell autonomi i förhållande till unionen. Vilket innebär att de själva får bestämma hur de ska genomföra EU-rätten i inom sina nationsgränser, så länge det övergripande målet med bestämmelsen införlivas och EU-rätten får den önskade effekten. Upphandlingsdirektivet inför regler som gör intrång i denna autonomi, genom att bestämma i detalj hur myndigheterna i varje medlemsland ska agera när de utför upphandlingar. Detta är ett juridiskt dilemma där EU genom sina bestämmelser tränger undan den nationella lagstiftningen till förmån för unionens egna bestämmelser och agenda.

## **Syfte**

Uppsatsens syfte är att granska den svenska implementeringen av de artiklar i LOU-direktivet som påverkar myndigheters motiveringsskyldighet och hur direktivet påverkat den svenska processuella autonomin med fokus på motiveringsskyldigheten.

Uppsatsen tar också upp den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandling i Sverige, och baserat på den informationen som presenteras samt gällande rätt ska uppsatsen söka svar på hur den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandling komma att se ut i framtiden.

## **Avgränsning**

Uppsatsen kommer bara undersöka de artiklar i LOU-direktivet som påverkar myndigheters motiveringsskyldighet. Artiklar som rör andra delar av upphandlingsförfarandet kommer inte behandlas. Uppsatsen kommer också bara granska den processuella autonomin och inte den institutionella.

---

<sup>10</sup> Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige. s.19



## **Metod**

För att uppnå uppsatsens syfte kommer den så kallade rättsdogmatiska metoden användas genom att tillgängliga rättskällor från såväl EU som Sverige granskas.<sup>11</sup> Detta innebär i huvudsak en granskning av det senaste LOU-direktivet, och svenska förarbeten och författningar som det påverkar. En begränsad mängd rättsfall har även blivit föremål för viss granskning för att fördjupa förståelsen för området. Granskningen av EU-rätten och svensk rätt innebär att uppsatsen också kommer använda sig av en komparativrättslig metod som innebär att flera rättssystem ställs i förhållande till varandra med syftet att belysa en rättslig fråga. Uppsatsen kommer också dela upp syftet i delar där olika aspekter av motiveringsskyldighetens implementering och påverkan redogörs för och analyseras. Detta innebär en metodologisk systematisering där motiveringsskyldighetens påverkan på olika förvaltningsrättsliga beslutsformer analyseras i syfte svara på huruvida direktivet kan godtas i förhållande till den processuella autonomi. Metoden bygger på att olika typer av beslut förhåller sig annorlunda i förhållande till den svenska förvaltningslagen, och en systematisering av beslutsformerna förtydligar och analyserar detta förhållande.

## **Disposition**

Uppsatsen börjar med en introduktion till EU-rätten. Detta stycke syftar till att introducera läsaren till förhållandet mellan EU och medlemsstaterna. Efter detta stycke följer en del som handlar om god förvaltning, med särskilt fokus på motiveringsskyldigheten. Därefter introduceras begreppet offentlig upphandling. Detta stycke följs av den del i uppsatsen som handlar om implementeringen av LOU-direktivet, denna del utgör bulken av uppsatstexten och går igenom förarbeten och andra relevanta källor för att beskriva implementeringen av direktivet. Avslutningsvis analyseras direktivets artiklar och paras ihop med dess motsvarighet i svensk författning. Denna analysdel innehåller också en sammanfattning.

## **Från EU rätt till svensk rätt**

Eftersom en stor del av uppsatsen kretsar kring den svenska implementeringen av LOU-Direktivet är det brukligt att tilldela ett stycke åt att förklara ett antal begrepp och förfaranden som leder upp till ett genomförande av EU-rätt av medlemsstaterna. Till att börja med krävs en förståelse för vilken befogenhet EU har att påverka medlemsstaterna och med vilka rättsakter de kan bestämma vad varje medlemsstat ska göra. Det hjälper också att ha en viss

---

<sup>11</sup> Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, s.43

insyn och förståelse för EU:s uppbyggnad och förfarandet som leder fram till en rättsakt från unionen. Vidare är det relevant att även förstå Sveriges rättsakter och hur dessa kommer till eftersom det är genom nationella rättsakter som Sverige genomför EU-rätten. Följande stycke ämnar redogöra för denna process med förhoppningen om att du som läsare ska kunna ta till dig kommande redogörelse av Sveriges implementering av LOU-direktivet på bästa sätt.

### **EU:s kompetens att påverka medlemsstaterna**

För att EU ska kunna fungera som en gemensam plattform för dess medlemsstater så krävs att en viss makt lämnas över från medlemsstaterna till unionen. Detta för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att uppnå de mål som EU medlemsstaterna gemensamt tagit fasta på. Målen för EU är uppsatta och redovisade i Fördraget om Europeiska unionen, vilket är ett av grundfördragen som unionen bygger på. Ett av målen är att etablera och upprätthålla en *inre marknad* där det råder god konkurrens, ekonomisk tillväxt och stabilitet.<sup>12</sup> Detta är av relevans för uppsatsämnet då offentlig upphandling med sin omfattning utgör en stor del av aktiviteten på den inre marknaden. Ett annat av grundfördragen är Fördraget om europeiska unionens funktionssätt, där medlemsstaterna gemensamt kommit överens om hur unionen ska fungera och arbeta, vilket bland annat inkluderar vilken kompetens och befogenhet som medlemsstaterna har lämnat över till unionen.<sup>13</sup>

Att unionen agerar inom ramen för den kompetens som överlämnats av medlemsstaterna kallas för *principen om tilldelade befogenheter* och bygger på att kompetensen delas in i tre kategorier. *Exklusiv, delad och stödjande/samordnande*.<sup>14</sup> Dessa tre kategorier innehåller i sin tur vissa områden där EU har mer eller mindre makt att påverka.

Att EU har exklusiv kompetens inom ett område innebär det att de har ensam befogenhet att anta rättsakter på det specifika området. Medlemsstaterna får bara anta rättsakter om de delgivits tillåtelse av unionen, eller för att genomföra unionens bestämmelser.<sup>15</sup> Till den exklusiva kompetensen hör tullunionen, EU:s konkurrensregler och den monetära politiken för de länder som anslutit sig till euron, samt beslut kring unionens fiskeripolitik och bevarande av havens biologiska resurser. EU har även exklusiv kompetens att bestämma om EU:s handelspolitik.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Artikel 3.3 FEU

<sup>13</sup> Artikel 1-6 FEUF

<sup>14</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. s.40

<sup>15</sup> Artikel 2.1 FEUF

<sup>16</sup> Artikel 3.1 b) FEUF

Vad gäller den delade kompetensen innebär detta att medlemsstaterna har rätt att bestämma så länge EU inte vill något annat. Om EU bestämmer att reglera något inom ett område där det råder delad kompetens måste medlemsländerna somika böja sig och följa EUs bestämmelser.<sup>17</sup> De områden som ligger under den delade kompetensen är bland annat miljö, transport och den inre marknaden.<sup>18</sup> Det sistnämnda området är av speciellt intresse för uppsatsen då den inre marknaden inkluderar offentlig upphandling.

Det finns även ett kompletterande område där EU enbart har möjlighet att stödja och samordna. Till exempel inom kultur och turism och administrativt samarbete.<sup>19</sup> Den stödjande kompetensen gällande administrativt samarbete inbegriper principen om god förvaltning och motiveringsskyldigheten. I praktiken innebär detta att EU har befogenhet att vida åtgärder som stödjer och samordnar förvaltningsarbetet inom unionen.

Beroende inom vilket område EU lagstiftar uppstår mer eller mindre påtagliga argumentationer och debatter inom unionen gällande dess intrång i medlemsstaternas självbestämmande. Att EU inför bestämmelser på de områden där de har exklusiv kompetens är i regel vedertaget accepterat eftersom det finns en tydlig koppling till EU:s övergripande mål så som de är fastställda i FEU. Däremot är det inte lika självklart att EU ska eller kan påverka de områden där de har delad kompetens med medlemsstaterna.<sup>20</sup> Det är nämligen så att när EU väljer att införa regler inom ett område där det råder delad kompetens tränger unionsrätten undan medlemsstaternas möjlighet att styra, vilket i slutet mer och mer liknar exklusiv kompetens. Det är därför av vikt att varje rättsakt som stiftas inom unionen och som påverkar de nationella bestämmelserna kan stödjas med att de är nödvändigt att inför unionsrättsliga bestämmelser för att uppnå unionens mål. Här är det av relevans att ta upp två principer som ska agera ramar för att unionen inte ska gå utöver sina befogenheter när de inför bestämmelser. *Proportionalitetsprincipen* innebär att EU bara får införa bestämmelser om de är nödvändiga för att uppnå unionens mål och står i proportion till målet.<sup>21</sup> Utöver det existerar även *subsidiaritetsprincipen* som innebär att unionen bara får agera om det inte går

---

<sup>17</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. s.41

<sup>18</sup> Artikel 4 FEUF

<sup>19</sup> Artikel 6 FEUF

<sup>20</sup> Dieter Grimm argumenterar till exempel för en återgång till det som en gång var grunden för unionen och som anges i fördragen. Se *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*

<sup>21</sup> Artikel 5.4 Fördraget om Europeiska unionen

att låta medlemsstaterna sköta regleringen på nationell nivå.<sup>22</sup> Med andra ord ska unionen bara reglera på ett område om bestämmelsen kan uppnås bäst på unionsnivå.<sup>23</sup>

### **EU:s rättsakter**

Rättsakterna som används inom unionen kan delas upp i två kategorier, *primärrätt* och *sekundärrätt*. I föregående stycke nämndes de två grundfördrag som utgör primärrätten, *Fördraget om europeiska unionen* och *Fördraget om europeiska unionens funktionssätt*. Utöver dessa två tillkommer även *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna* som agerar rättighetskatalog för EU:s medborgare.<sup>24</sup> Här listas bland annat rätten till god förvaltning som en grundläggande rättigheter för medborgare i förhållande till unionens institutioner.<sup>25</sup> Fördragen har dessutom en rad protokoll och förklaringar som förklarar fördragens syften mer ingående.<sup>26</sup> Utöver fördragen och stadgan finns också ett antal anslutningsfördrag som tillkommit i takt med att nya medlemsstater anslutit sig till unionen.<sup>27</sup>

Sekundärrätten är de rättsakter som stiftas utifrån den kompetens medlemsstaterna delgivit EU:s organ genom primärrätten. Artikel 288 i FEUF listar de rättsakter som klassas som sekundärrätt i följande ordning: förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden. Förordningar, är direkt tillämpliga för samtliga medlemsstater och dess medborgare, utan att för den delen behöva genomgå någon typ av implementeringsprocess. Direktiv å andra sidan är rättsakter som inte är direkt tillämpliga utan måste implementeras i diverse medlemsstats rättssystem inom en viss tid från de att de antagits av EU. Inom EU-rätten existerar även begreppet *direkt effekt*, som är en rättsprincip utvecklad av EU-domstolen som ett skydd för den enskildes rättigheter. Principen om direkt effekt innebär att medborgare i medlemsländerna kan åberopa unionsrättsliga direktivbestämmelser i inför nationella domstolar, om direktivet inte implementerats i tid eller på ett godtagbart sätt av medlemsstaterna. Direktiv kan dock enbart ha så kallad *vertikal direkt effekt*, vilket innebär att medborgare bara kan åberopa bestämmelser som ger dem rättigheter i förhållande till medlemslandet.<sup>28</sup> Utöver direkt effekt har EU-domstolen också utvecklat rättsprincipen om

---

<sup>22</sup> Ibid. Artikel 5.3

<sup>23</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder.s.43

<sup>24</sup> Lebeck, Carl. EU-stadgan: om grundläggande rättigheter. s.22

<sup>25</sup> Artikel 41 EU-stadgan

<sup>26</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. s.54

<sup>27</sup> Ibid s.53

<sup>28</sup> Ibid s.120

spärrverkan av direktiv. Vilket innebär att medlemsländer inte får införa nationella bestämmelser som går emot direktivet, under implementeringsprocessen.<sup>29</sup>

Ytterligare en rättsakt som tillhör sekundärrätten är beslut. Som är bindande enbart för den adressat de är riktade till. Rekommendationer och yttrande däremot är inte bindande rättsakter utan enbart vägledande.<sup>30</sup> De sistnämnda rättsakterna brukar även kallas för *soft law*.<sup>31</sup>

### **De normgivande institutionerna inom EU**

EU är uppbyggt av sju institutioner. Men de tre institutionerna som påverkar skapandet av unionens rättsakter direkt är Europaparlamentet, ministerrådet och kommissionen.

Europaparlamentet som består av folkvalda politiker från medlemsstaterna, tanken är att de ska ge en röst åt unionsmedborgarna och representera den politiska folkviljan inom unionen.<sup>32</sup>

Ministerrådet är sammansatt av ministrar från de olika medlemsstaterna och därför skiftar dess deltagare beroende på vilket politikområde som rådet ska behandla under sina sammanträden. Om det till exempel ska ske överläggningar kring EUs energipolitik sammanträder medlemsstaternas energiministrar, men om rådet sammanträder för att diskutera miljöfrågor deltar medlemsländernas miljöministrar.<sup>33</sup> Ministerrådet anses representera medlemsstaternas intressen. Kommissionen består av politiskt oberoende tjänstemän som har till uppgift att förvalta EUs makt och styra de andra förvaltningsinstitutionerna. Kommissionen har också en kontrolluppgift gentemot medlemsstaterna då de övervakar implementeringen av EUs rättsakter på nationell nivå.<sup>34</sup> Kommissionen representerar EUs intressen.

### **Det ordinarie lagstiftningsförfarandet och särskilt lagstiftningsförfarande**

Normgivning inom unionen bygger på att kommissionen arbetar fram ett normgivningsförslag som sedan bearbetas och antas av europaparlamentet och/eller ministerrådet. Detta kan i regel ske på två sätt. *Det ordinarie lagstiftningsförfarandet* går ut på att europaparlamentet och rådet i samråd antar en av de sekundärrättsliga rättsakterna.<sup>35</sup> *Det särskilda lagstiftningsförfarandet* går ut på att Europaparlamentet lagstiftar med medverkan av

---

<sup>29</sup> Ibid s.120

<sup>30</sup> Artikel 288 FEUF

<sup>31</sup> Nyström, Birgitta. Zanderin, Lars. Rätt och rättssystem: en introduktion för professionsutbildningar s.52

<sup>32</sup> Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. S.77

<sup>33</sup> Ibid s.68

<sup>34</sup> Ibid s.74

<sup>35</sup> Artikel 289 p.1 FEUF

ministerrådet. Detta kan också göras på motsatt vis, det vill säga att ministerrådet lagstiftar med medverkan av europaparlamentet.<sup>36</sup>

### **Processuell och institutionell autonomi**

Processuell autonomi syftar till medlemsstaternas möjlighet att självständigt styra över sitt förvaltningsförfarande. EU ska respektera medlemsländernas självständighet och den rättsliga mångfalden inom unionen.<sup>37</sup> Medlemsstaterna har nämligen inte tilldelat unionen befogenhet nog att lagstifta om deras förfarandeprocesser. Istället är det upp till varje medlemsstat att se till att EU-rätten får önskat genomslag genom att anpassa sin lagstiftning och förvaltning.<sup>38</sup> För att säkerställa att EU-rätten införs på rätt sätt har EU ibland lagt in lojalitets och samarbetskrav inte bara anger *att* medlemsstaternas myndighet ska genomföra EU-rätten utan också *hur* detta ska gå till.<sup>39</sup>

Detta till trots har EU-rätten kompetens att agera för att upprätthålla de mål som står skrivna i grundfördragen. Vilket framför allt betyder målet att upprätthålla en väl fungerande inre marknad. Med detta som bakgrund har EU-rätten utvecklats så att vissa områden, så som den fria inre marknaden och sedermera offentlig upphandling kan bli föremål för kompletterande bestämmelser av processuell karaktär.<sup>40</sup> Detta innebär att EU kan anta kompletterande rättsakter som harmoniserar förfarandeprocesserna i medlemsstaterna och indirekt påverka den processuella autonomi i medlemsstaterna.<sup>41</sup>

Den andra aspekten av autonomi gäller den institutionella. Som innebär att EU genom sin lagstiftning inte påverkar hur medlemsstaternas processer ska gå till, utan går in och meddelar vilka institutioner som ska ansvara för utförandet av EU-rätten. EU domstolen har dock gjort klart att unionen i stor utsträckning respekterar medlemsstaternas institutionella autonomi och det är allt som oftast upp till staterna själva att se till att direktivet implementeras.<sup>42</sup> Det kan till exempel röra sig om att en artikel i ett direktiv specifikt anger att det bör finnas en

---

<sup>36</sup> Artikel 289 p.2 FEUF

<sup>37</sup> Bergström, Carl Fredrik. Hettne. Jörgen. Introduktion till EU-rätten s.91

<sup>38</sup> Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige. s.116

<sup>39</sup> Reichel, Jane. Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag. s.436

<sup>40</sup> Ibid.s121

<sup>41</sup> Lundin ,Olle, Reichel, Jane, Sterzel, Fredrik, Marcusson, Lena, Åhman, Karin, Bull, Thomas, Helmius, Ingrid, Lerwall, Lotta. Offentlighetsrättsliga principer s.46

<sup>42</sup> J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven (eds.) - Europeanisation of Public Law s.19

gemensam kontaktpunkt inom ett medlemsland, dit juridiska personer som berörs av ett direktivs bestämmelser kan vända sig.<sup>43</sup>

### **Genomförandet av EU-rätt i det svenska rättssystemet**

De rättsakter som antas av EU:s organ blir föremål för genomföranden i medlemsländerna. Som nämnts tidigare behöver förordningar inte implementeras för att gälla. Direktiv däremot är i behov av att genomföras och implementeras in i varje lands rättssystem på ett sätt som bäst lämpar sig till landets behov, utan att för den delen avvika från direktivets syfte. Det händer att direktiv inte ens blir föremål för något genomförande då medlemsstatens rättssystem redan uppfyller kraven.<sup>44</sup> Sverige har också överlämnat en del makt till unionen i linje med det som förväntas av en medlemsstat. Detta har skett genom fördraget om Sveriges anslutning till EU av 1994<sup>45</sup> och Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. Den svenska bestämmelsen som anger medlemskapet och överlåtandet av beslutandemakt till EU finns i 10 kap. 6 § Regeringsformen. I samband med att Sverige anslöt sig till EU och godtog den gällande EU-rätten accepterade Sverige också att följa två principer som spelar en avgörande roll för att EU-rätten ska genomföras och följas i varje medlemsland. Dessa principer är *effektivitetsprincipen* och *lojalitetsprincipen*. Effektivitetsprincipen bygger på att unionens rättsakter ska implementeras i medlemsstaterna på ett sätt som inte hämmar möjligheten för unionsmedborgare att ta del av EU-rätten i praktiken. Detta ställer till exempel krav på att LOU utformas på ett sådant sätt att upphandlingsdirektivets mål och artiklar utan hinder kan göras tillgängliga för den enskilde, utan att den enskilde behöver ägna tid åt att se över direktivet, istället ska den nationella lagstiftningen tillgodose direktivets syfte. Vad gäller lojalitetsprincipen så är det ett löfte från medlemsstaterna om att troget implementera det som unionen bestämmer, såklart inom ramen för sin kompetens. Det handlar i grunden om att staterna ska sträva åt samma håll som unionen vad gäller mål. Detta gäller till exempel Europa 2020-strategin, som är ett mål som alla medlemsstater förväntas jobba emot lojalt. Denna princip är också erkänd i primärrättslig form i och med Artikel 4.3 i Fördraget om Europeiska unionen. Artikel 291 i FEUF anger att medlemsstaterna är skyldiga att vidta alla typer av nationella lagstiftningsåtgärder som krävs för att genomföra och implementera EU-rättens bindande akter.<sup>46</sup> I Sverige innebär detta antingen att genomförandet sker genom stiftandet av nya lagar, förordningar eller föreskrifter,

---

<sup>43</sup> Detta är fallet i EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

<sup>44</sup> Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. S.58

<sup>45</sup> Ibid.s 54

<sup>46</sup> Ibid s.43

eller att redan gällande författningar ändras och anpassas efter gällande EU-rätt.<sup>47</sup> Hur direktiven implementeras är också upp till varje medlemsstat att bestämma.<sup>48</sup>

Den svenska normgivningen utgår från 8 kap. Regeringsformen (1974:152) om 8 kap. Lagar och andra föreskrifter. När EU-rätten implementeras är det utifrån dessa regler som genomförandet sker. Sverige är en parlamentarisk demokrati och makten utgår från folket<sup>49</sup>, vilket innebär att riksdagen har suveränitet gällande lagstiftning. Regeringen å andra sidan har möjlighet att komma med förordningar och myndigheter med föreskrifter.<sup>50</sup> Alla dessa rättsakter utgör författningar som kan användas för att påverka samhället i den politiska riktning som landet valt. Lagen har den högsta valören av de tre nämnda författningarna och kommer till genom att regeringen lämnar ett lagförslag till riksdagen, detta förslag kallas för proposition. Även riksdagsledamöter kan lämna lagförslag, dessa benämns dock som så kallade motioner.<sup>51</sup> Arbetet med att ta fram en proposition går ut på att regeringen identifierar ett område där de anser att de behövs normgivning på. Varpå det departement som ansvarar för området får i uppdrag att påbörja arbetet med att ta fram propositionen. Detta arbete går i regel ut på att departementet tillsätter utredningar ledda av experter och sakkunniga, och låter myndigheter, organisationer eller andra berörda parter komma med åsikter på lagförslaget i form av så kallade remisser.<sup>52</sup> Även lagrådet<sup>53</sup> yttrar sig allt som oftast om lagförslaget under arbets gång. Efter att arbetet med propositionen är klart lämnas den över till riksdagen som granskar och bearbetar förslaget i diverse utskott. Riksdagen har också debatter och överläggningar innan de är dags att rösta ja eller nej till lagförslaget.<sup>54</sup> Om riksdagen godkänner förslaget sker det oftast genom enkel majoritet, vilket innebär att mer än hälften av de som röstar godkänner lagförslaget.<sup>55</sup> Eftersom regeringen ansvarar för förvaltningen i Sverige faller själva genomförandet av lagen i praktiken på dem. Det är alltså regeringen som ska se till att lagen blir till verklighet och rättstillämparna följer de nya reglerna. Regeringen kan använda sig av förordningar för att förtydliga hur myndigheterna ska använda sig av lagtexten. Regeringen kan utföra förordningar inom offentligrättsliga områden som riksdagen

---

<sup>47</sup> Ibid s.128

<sup>48</sup> Artikel 288. 3st FEUF

<sup>49</sup> 1 kap. 1 § Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

<sup>50</sup> Nergelius, Joakim. Svensk statsrätt. s.83

<sup>51</sup> Ibid. s.4

<sup>52</sup> Nyström, Birgitta. Zanderin, Lars. Rätt och rättssystem: en introduktion för professionsutbildningar. s.28

<sup>53</sup> Lagrådet är en enhet bestående av juridisk mycket kunniga män och kvinnor, de har ofta ett förlåtet som domare i någon av Sveriges högsta domstolar. Nyström, Birgitta. Zanderin, Lars. Rätt och rättssystem – en introduktion för professionsutbildningar s.28

<sup>54</sup> Nergelius, Joakim. Svensk statsrätt. s.73-74

<sup>55</sup> Ibid s.76



godkänt genom delegation, och i viss mån på området de har restkompetens<sup>56</sup> inom.<sup>57</sup> Det är viktigt att notera att förordningar aldrig kan strida mot lagtexten de baseras på.<sup>58</sup> Även myndigheter kan ägna sig åt normgivning genom att skapa föreskrifter, ur ett hierarkiskt perspektiv är dessa av lägre rang än både lag och förordning och kan såklart inte heller strida mot någon av de ovan nämnda rättskällorna.<sup>59</sup>

## **God förvaltning**

Precis som all annan förvaltningsverksamhet är offentlig upphandling föremål för principen om god förvaltning. I korthet är principen om god förvaltning ett juridiskt svar på en ökad förvaltnings närvaro inom rättsstaterna i västvärlden. Där myndigheter fått allt mer spelrum och samhällspåverkan under 1900-talet. För att motverka maktmissbruk och upprätthålla en god kvalitet inom statsapparaten har det genom praxis utvecklats ett antal normer som ämnar säkerställa att förvaltningen sker på rätt sätt.<sup>60</sup> Dessa är kodifierade i primärrätten genom Artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Även EU-ombudsmannen har bidragit till utvecklingen av god förvaltning inom EU.<sup>61</sup> Historiskt har EU varit förhållandevis restriktivt gällande påtryckningar om att medlemsstater ska beakta god förvaltning så som den uttrycks i rättighetsstadgan och istället respekterat den processuella autonomi som medlemsstaterna har. Men i takt med att EU-samarbetet fördjupas har kommissionen också ansett det behövligt att harmonisera medlemsstaternas förvaltning varpå god förvaltning i EU:s tappning trängt djupare in i de nationella rättssystemen.<sup>62</sup>

## **Principer om god förvaltning**

Att kalla det för principen om god förvaltning kan dock vara en aning missvisande då det egentligen rör sig om ett flertal principer uppdelat i två kategorier. För det första har vi de principer som påverkar beslutfattningsprocessen, så kallade principer av processuell natur.<sup>63</sup> Exempel på processuella regler är omsorgsprincipen, motiveringsskyldighet och rätten att bli hörd. Gemensamt för dem är att de existerar för att säkerställa att beslutet fattas på rätt grunder och att vägen fram till beslutsfattande är utstakad på ett sätt som garanterar den enskildes

---

<sup>56</sup> Restkompetens innebär bland annat att regeringen kan styra hur myndigheter ska utföra sitt arbete, i regel gäller restkompetensen områden som riksdagen enligt grundlagen inte ska besluta om. - Nergelius, Joakim. Svensk statsrätt. s.101

<sup>57</sup> Zetterström, Stefan, Lind, Anna-Sara. Offentlig rätt. s.82

<sup>58</sup> Nergelius, Joakim. Svensk statsrätt. s.91

<sup>59</sup> Zetterström, Stefan, Lind, Anna-Sara. Offentlig rätt. s.78

<sup>60</sup> Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige. s.19 & 269-270

<sup>61</sup> Reichel, Jane. Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag. s.428

<sup>62</sup> Ibid. s.436

<sup>63</sup> Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige.s.116

juridiska rättigheter.<sup>64</sup> Den andra kategorin av principer om god förvaltning är de som berör de materiella aspekterna av beslutet. Med detta menas principer som appliceras på innehållet i ett beslut efter att det är fattat och som är bedömningskriterier för att fastställa beslutets kvalitet. Typexemplet för en princip av materiell natur är den väletablerade proportionalitetsprincipen och, den för den inre marknaden så avgörande likabehandlingsprincipen.<sup>65</sup>

### **God förvaltning i svensk lagstiftning**

Även om God förvaltning på ett eller annat vis varit den del av svensk rättskultur sen länge var det inte förens genom 2017 års förvaltningslag som begreppet uttryckligen lagfästes.<sup>66</sup> Förvaltningslagen innehåller numera ett stycke om ”*Grunderna för god förvaltning*” och de principer som valts ut av lagstiftarna för att representera god förvaltning i svensk rätt är legalitetsprincipen, objektivitetsprincipen samt proportionalitetsprincipen, serviceskyldighet och enkelhet, tillgänglighet samt samverkan.<sup>67</sup> Motiveringsskyldigheten är också en del av god förvaltning men de svenska lagstiftarna har i sin tolkning av vad som gäller som generell god förvaltning valt att inte inkludera motiveringsskyldighet som grund för god förvaltning. Istället har motiveringsskyldigheten kommit till uttryck i 32 § FL.<sup>68</sup>

### **God förvaltning i offentlig upphandling**

Hur tar sig då principen om god förvaltning uttryck inom offentlig upphandling? Till att börja med bör det fastställas vad offentlig upphandling i grunden bygger på. Som förklarar inledningsvis är det stora målet för all typ av upphandlingsreglering inom unionen att undanröja hinder för ekonomiska aktörer som vill erbjuda varor och tjänster till myndigheter, och se till att myndigheternas förfarande följer samma linje oavsett vilket EU-land myndigheten representerar. Detta bygger på EUF fördraget om de grundläggande friheterna, och de allmänna rättsprinciperna som högakts inom EU. Ett rättsfall som aktualiserar principen om god förvaltning inom ramen för offentlig upphandling kommer från 2016 och bygger på att Nacka kommun mottagit anbud avseende drift av skolkök, varpå matleverantören Sodexo AB ansökt men ansetts vara okvalificerad då de i sin ansökan inte

---

<sup>64</sup> Se till exempel Mål C-269/90: Technische Universität München mot Hauptzollamt München-Mitte. Domstolens dom den 21 november 1991, Mål C-166/13 Sophie Mukarubega v Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis och Judgment of the Court of 8 November 1983. - NV IAZ International Belgium and others v Commission of the European Communities samt Mål 222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) mot Georges Heylens m.fl..

<sup>65</sup> Ibid s.261

<sup>66</sup> 5 § Förvaltningslag (2017:900)

<sup>67</sup> Reichel, Jane. Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag. s.425

<sup>68</sup> 32 § Förvaltningslag (2017:900)

redovisat de angivna kraven på enkelomättat fett i maten som Livsmedelsverket bestämt. Sodexo AB yrkade att Nacka kommun agerat oproportionerligt under upphandlingsprocessen då de förkastat deras anbud på basis av att det enkelomättade fettet inte var angivet under en egen rubrik, fast det var uppenbart och enkelt att räkna ut baserat på de övriga angivna näringsvärdena i deras ansökan. De ville därför att upphandlingen skulle göras om och deras anbud tas i beaktning. Nacka kommun anför däremot att om de skulle godta Sodexo AB's anbud skulle de bryta mot likabehandlingsprincipen eftersom de i så fall skulle förbise ett uppställt krav om att enkelomättat fett måste vara angivet, något som de andra anbudsgivarna följt. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att Nacka kommun agerat rätt när de förkastat Sodexo AB's anbud med hänvisning till att de krav som ställs av en upphandlande myndighet måste uppfyllas för att leverantörer ska kunna vara säkra på att alla behandlas lika i linje med likabehandlingsprincipen, och att alla krav bör vara i proportion till upphandlingens syfte.<sup>69</sup>

### **Motiveringsskyldighet i Sverige och EU**

Föregående stycke har introducerat begreppet god förvaltning i korthet och där nämndes motiveringsskyldigheten som en del av de principer inom god förvaltning som är av processuell natur. Nu följer en mer detaljerad beskrivning av motiveringsskyldigheten i förhållande till offentlig upphandling som ämnar redogöra för varför den spelar en sådan avgörande roll för rättssäkerheten och god förvaltning inom EU. Som nämnts tidigare är öppenhet ett krav som ställs på all typ av EU-rättslig administration som rör den fria marknaden. Institutioner och myndigheter förväntas vara öppna med vad som ligger till grund för ett beslut så att beslutet kan överklagas på tydliga grunder.<sup>70</sup> Med andra ord behöver beslutet motiveras och beslutsunderlaget redovisas för att det ska råda transparens i förvaltningsprocessen. Ett välmotiverat slutgiltigt beslut kan bland annat göra att personen som mottar beslutet får en bättre förståelse för beslutet, vilket i sin tur kan minska belastningen på domstolar då färre beslut överklagas. Att förklara varför ett beslut är som det är, gör också att förtroendet för institutionen bakom beslutet får ett bättre anseende och förtroende i förhållande till allmänheten.<sup>71</sup> Motiveringsskyldigheten finns också som en del av Europarådet och Europakonventionens regler, genom en resolution som kom 1977 och som garanterade den enskilde rätten till motiverade beslut.<sup>72</sup> I Sverige kommer

---

<sup>69</sup> HFD 2016 ref. 37

<sup>70</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. s.176

<sup>71</sup> Zetterström, Stefan, Lind, Anna-Sara. Offentlig rätt. s.217

<sup>72</sup> Reichel, Jane. Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag. s.431

motiveringsskyldigheten som nämnt i föregående stycke till uttryck i gällande lagstiftning genom 32 § Förvaltningslagen om *Motivering av beslut*.

### **Beslut som motiveras i svensk rätt**

32 § Förvaltningslagen såväl som Artikel 41 i rättighetsstadgan anger att motiveringsskyldigheten gäller myndighets beslut mot en direkt mottagare. Denna typ av beslut kallas ofta för individuella beslut. Motsatsen till denna typ av beslut är så kallade normbeslut, där det inte finns en specifik adressat. Utöver detta finns det även gynnande och betungande beslut, som innebär att ett beslut antingen är positivt för dess mottagare eller negativt.<sup>73</sup> Det bör även skiljas på så kallade beredningsbeslut och avgörandebeslut. Beredningsbeslut är beslut som fattas under handläggningen av ett ärende. Ett avgörande beslut syftar till det beslut som bestämmer den slutgiltiga utgången av ärendet.<sup>74</sup> Historiskt sett har det enbart varit betungande beslut som behövt motiveras. Förarbetet till den senaste Förvaltningslagen gör dock klart att motiveringsskyldigheten också kan komma att gälla gynnande beslut som tas under beredningen.<sup>75</sup> Normen är att det enbart är avgörandebeslut som motiveras, men den senaste upplagan av förvaltningslagen anger att även beredningsbeslut kan komma att bli föremål för motiveringskrav.<sup>76</sup>

### **Den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten i Sverige**

I Sverige spelade Justitieombudsmannen en avgörande roll i processen att kodifiera motiveringsskyldigheten, och göra det till en allmän lagregel för förvaltningsmyndigheterna. Den 23 december 1960 förklarade den dåvarande Justitieombudsmannen att det bör ställas lagkrav på myndigheter att redovisa skälen för sina beslut. Detta efter att ha granskat praxis på området. På 60-talet var dock inte alla eniga om att en skyldighet att motivera beslut var befogat då det ansågs att det riskerade att belasta tjänstemännen på myndigheterna i allt för hög utsträckning.<sup>77</sup> Det var först med stiftandet av Förvaltningslag (1971:290) som motiveringsskyldighet introducerades som lagregel. Den oro för att en motiveringsplikt skulle belasta myndigheterna för mycket går i viss mån att skönja i de lagregler som stiftades. Bland annat angavs att det bara är det slutgiltiga beslutet som behöver motiveras. Vidare tillkom en rad undantag då skälen för beslutet kan utelämnas. Bland annat om beslutet är brådskande, eller om beslutet ändå inte kommer kunna överklagas. Dilemmat handlade i grunden om en

---

<sup>73</sup> Von Essen, Ulrik, Bohlin, Alf. Warnling Conradson, Wiweka. Förvaltningsrättens grunder. s.48

<sup>74</sup> Ibid. s.51

<sup>75</sup> Prop. 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag. s.189

<sup>76</sup> 32 § Förvaltningslagen ” Ett beslut som kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt ska innehålla en klaggörande motivering”

<sup>77</sup> Kungl. Maj.ts proposition nr 30 år 1971 s.477

konflikt mellan motiveringsskyldigheten som princip, och lagkravet på att ärenden ska handläggas så snabbt och enkelt som möjligt. De sakkunniga på området kom dock fram till att det likväl var befogad att införa en motiveringsskyldighet för att upprätthålla en rättssäker standard inom förvaltningen.<sup>78</sup>

### **Motiveringsskyldigheten i Sverige idag**

Motiveringsskyldighetens vara eller icke-vara i förhållande till handläggningstiden debatterades också flitigt av lagstiftare även under stiftandet av 2017 års förvaltningslag. Samma argument som förts sen motivering av beslut blev ett faktum kom ekar även i förarbetena till den senaste förvaltningslagen. Nämligen att motiveringsskyldigheten påverkar arbetsbörda och bör regleras varsamt.<sup>79</sup> Den svenska förvaltningslagen anger att motiveringsskyldigheten gäller ”*Ett beslut som kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt*”. När den nya förvaltningslagen utarbetades poängterades det att kravet på motivering inte ska belasta myndigheter i onödan. Det noterades också att det i vissa fall inte är tillräckligt att enbart det slutgiltiga beslutet motiveras då det ibland kan fattas beslut under beredningen som är viktiga för den enskilde att få reda på, så att denne eventuellt kan överklaga beslutet.<sup>80</sup> Detta innebar att kravet på motiveringsskyldighet i den svenska förvaltningslagen även innefattar vissa beredningsbeslut, så till vida att de kan anses relevant för den enskilde att vara medveten om dem. Motiveringsskyldigheten i den svenska förvaltningslagen innehåller också en rad undantag för när myndigheter inte behöver motivera sitt beslut.<sup>81</sup>

### **Motiveringsskyldigheten i EU**

Vad gäller EU-rätten bygger motiveringsskyldigheten för EU:s institutioner på Artikel 41 om god förvaltning i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som anger att förvaltningen är skyldig att motivera sina beslut. Även artikel 296 i FEUF ställer krav på att alla bindande rättsakter som publiceras av institutionerna inom unionen ska motiveras.<sup>82</sup> Precis som andra allmänna rättsprinciper inom EU så har motiveringsskyldigheten utvecklats och kontextualiserats genom praxis från gemenskapsrättens domstolar, och medlemsstaternas rättstraditioner.<sup>83</sup> Medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa att deras myndigheter motiverar

---

<sup>78</sup> Ibid s.479

<sup>79</sup> Se till exempel Prop. 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag. s.35

<sup>80</sup> Ibid s.188

<sup>81</sup> 32 § Förvaltningslagen 2.st p.1-4

<sup>82</sup> Lundin ,Olle, Reichel, Jane, Sterzel, Fredrik, Marcusson, Lena, Åhman, Karin, Bull, Thomas, Helmius, Ingrid, Lerwall, Lotta. Offentlighetsprinciper. s.53

<sup>83</sup> Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige. s. 31

slutgiltiga beslut som påverkar den enskildes grundläggande rättigheter genom EU:s grundfördrag.<sup>84</sup>

Ett av de första rättsfallen som introducerade motiveringsskyldigheten som en del av god förvaltning inom förvaltningsprocessen var Mål C-269/90: Technische Universität München mot Hauptzollamt München-Mitte. Detta fall var viktigt ur många hänseenden vad gäller god förvaltning då EU-domstolen med sitt avgörande flyttade fram positionerna vad gäller god förvaltning inom unionen. Det var nämligen ett av de första fallen då domstolen avgjorde ett mål baserat på förvaltningsprocessen.<sup>85</sup> I korthet gick fallet ut på att ett universitet i Tyskland importerat ett forskningsföremål från Japan och ville ha det tullbefriat baserat på EU-regeln som hävdar att föremål som är till för utbildning kan befrias från tull så länge det inte finns ett lika dant föremål som tillverkas inom unionen, Kommissionen beslutade att avslå ansökan om tullfrihet. Processen som kommissionen bedrev för att ta reda på om föremålet var befogat att befrias från tull blev föremål för domstolsprövning och underkändes sedermera baserat på ett flertal faktorer, bland annat på grund av en bristfällig motivering till de skäl som legat till grund för kommissionens slutsats att inte tillåta tullfrihet.

Ett utav de första rättsfallen som tog upp motiveringsskyldigheten i förhållande till offentlig upphandling gällde två franska företag som ställde kommissionen inför rätta i ett mål som berörde upphandlingskontrakt i Somalia 1986. Det franska företagen anklagade EU-kommissionen för att ha lagt sig i deras anbudsförhandlingar med de Somaliska myndigheterna i allt för stor utsträckning, vilket lett till att de förlorat kampen om upphandlingskontraktet för ett farmaceutiskt institut i Somalia. Anledningen till att kommissionen involverades i processen var för att finansieringen av projektet som upphandlingen handlade om skulle göras med nyckelmärkta medel från unionen i syfte att stödja utvecklingen av de Afrikanska länderna. De franska företagen yrkade bland annat att kommissionen lagt sig i anbudsgivningen mellan företagen och de somaliska myndigheterna utan att ha något direkt fog för att ingripa, inte heller har de enligt företagen tydligt motiverat varför de varit så benägna att lägga sig i processen. Domstolen kom dock fram till att kommissionen inte agerat fel utan tvärt om uppfyllt sin plikt att noggrant undersöka om

---

<sup>84</sup> Dom den 15 oktober 1987 i 188 mål 222/86, Heylens m.fl., REG 1987 s. 4097, punkterna 14–17, svensk specialutgåva volym 9, s. 223

<sup>85</sup> Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige. s.304

upphandlingen använde unionens bidrag adekvat, inte heller hade de brustit i sin motiveringskyldighet då de lagt sig i upphandlingen.<sup>86</sup>

### **Offentlig upphandling i Sverige och EU**

Inledningsvis har begreppet offentlig upphandling introducerats och du som läsare har förhoppningsvis en viss förståelse för upphandlingsprocessen. Offentlig upphandling är köp som görs av den offentliga sektorn för skattepengar för att kunna utföra det statliga förvaltningsuppdrag de har tilldelats. Det kan röra sig om köp inom hela statsapparaten från militären till kommunal verksamhet, men även ibland privata företag som finansieras av statliga medel.<sup>87</sup> För att säkerställa att upphandlingen sker på ett rättvist inom EU:s gemensamma marknad har det utvecklats regelverk inom EU och medlemsstaterna. Samma upphandlingsregler ska gälla inom hela unionen.

Gemenskapsrätten låg till grund för upprättandet av Lagen om offentlig upphandling i Sverige 1994, men det var då, och LOU anno 2019 skiljer sig avsevärt åt i förhållande till sitt ursprung. EU kommissionen har i omgångar utformat nya direktiv kring området varpå LOU har fått anpassas. Den 26 februari 2014 kom den senaste upplagan av ändringar i form av LOU-direktivet<sup>88</sup> och den här uppsatsen tar avstamp i Sveriges implementering av detta direktiv. En process som pågick mellan 2014 och 2016. Offentlig upphandling inom EU bygger på det mest grundläggande målet som EU kretsar kring. Nämligen att skapa en fri och öppen marknad, där företag och myndigheter ska kunna köpa och sälja varor och tjänster utanför sina nationsgränser, men innanför unionens. De EU-rättsliga källor som sätter ramarna för upphandling inom unionen är Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, där icke-diskriminering, proportionalitet, ömsesidigt erkännande och likabehandling sätter standarden för hur offentlig upphandling ska skötas på principiell nivå. Vidare är det ovan nämnda Direktiv 2014/24/EU det senaste rättsliga styrdokumentet för att harmonisera utövandet. Men det har även sällskap av ytterligare två direktiv. Nämligen Direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF-direktivet) och Direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).<sup>89</sup> Tillsammans utgör dem det rättsliga ramverket för hur

---

<sup>86</sup> Mål 267/82 Développement SA och Clemessy mot Europeiska gemenskapernas kommission

<sup>87</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. s.21

<sup>88</sup> EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (Text av betydelse för EES)

<sup>89</sup> Public Procurement guidance for practitioners. On avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds s.13

offentlig upphandling ska utövas. I korthet ämnar den senaste upplagan av upphandlingsdirektiv förenkla för myndigheter att främja samhällliga mål med hjälp av offentlig upphandling, göra det enklare att upphandla med hänsyn till miljö, sociala, samt arbetsrättsliga faktorer. Till exempel ska en leverantör kunna uteslutas ur upphandlingsprocessen om denna åsidosatt dessa faktorer.<sup>90</sup> Den senaste upplagan av direktiv sätter också mål om att effektivisera spenderandet av offentliga medel, förtydliga vissa begrepp som tidigare försvårat den juridiska prövningen av upphandlingsfrågor. Men också implementera rådande praxis från EU-domstolen in i den skriva rätten.<sup>91</sup> Värt att nämna är att direktiven som berör upphandling bara aktualiseras så länge upphandlingen uppnår ett förbestämt kapitalt tröskelvärde.<sup>92</sup> Således behöver i teorin inte Huddinge kommun anmäla upphandlingsintresse inom hela EU om de enbart behöver köpa in en ny kopiator. Sverige har dock valt att låta de förfaranderegler som bestämts genom EU-direktiven styra all upphandling, även de som sker under tröskelvärdena, samma förfarande gäller således för alla typer av upphandlingsförfaranden.<sup>93</sup> De förvaltningsregler som fastställs genom direktivet kvarstår även på upphandlingar av liten skala. Ett av de tydligaste exemplen på denna typ av EU-rättsliga förfarandepåverkan är kravet på att likabehandling och transparens gäller oavsett skala på upphandlingen.<sup>94</sup>

### **Upphandlingsförfarandet**

Upphandling som följer standardformatet börjar med att myndigheten gör en behovsanalys och tar fasta på vad för typ av vara och tjänst de är i behov av, därefter behöver myndigheten formulera vilka krav och önskemål de vill sätta på potentiella leverantörer. Nästa steg i upphandlingsprocessen är skapandet av ett förfrågningsunderlag som leverantörer kan utgå ifrån. Detta dokument ska tydliggöra för leverantörer vad det är som myndigheten vill upphandla och hur mycket och under hur lång tid. Samt villkoren som gäller, de krav som myndigheten har på leverantören och varan eller tjänsten som de ska leverera. Underlaget ska säkerställ att upphandlingen tillgodoser myndighetens behov och samtidigt utnyttjar

---

<sup>90</sup> Regeringens proposition 2015/16:195 - Nytt regelverk om upphandling

<sup>91</sup> PublicProcurement guidance for practitioners. On avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds s.13

<sup>92</sup> Tröskelvärdet skiljer sig åt beroende på vilken typ av upphandling som utförs. Till exempel är byggtreprenadkontrakt enbart obligerade att utannonseras utanför landsgränserna om de uppgår till mer än 5 225 000 euro. Medan gränsen för varu – och tjänstekontrakt varierar mellan 135 000 euro till 209 000 euro beroende på huruvida myndigheten är regional eller central. -

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/Upphandlingsforfarande/troskelvarden/> (hämtad 2019-05-19)

<sup>93</sup> Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder. s. 293

<sup>94</sup> Hettne, Jörgen; Montin, Stig Politik och juridik inom offentlig upphandling. s.5



konkurrensen på marknaden och att upphandlingen ska ske rättssäkert och effektivt. När förfrågningsunderlaget är klart ska myndigheten annonsera upphandlingen på marknaden, om upphandlingen överstiger de av EU bestämda tröskelvärdena ska upphandlingen annonseras på EU-nivå genom att publiceras i EUs gemensamma annonsdatabas Tenders Electronic Daily – ”TED”.<sup>95</sup> De anbud som leverantörerna som vill delta i upphandlingen skickar in till myndigheten får inte öppnas förens anbudstiden är över och minst två tjänstemän från myndigheten måste närvara när anbuderna öppnas.<sup>96</sup> När anbudstiden är över och anbuderna öppnats är det sedan dags att undersöka om anbuderna uppfyller de krav som myndigheten ställt<sup>97</sup>, samt huruvida leverantörerna själva uppfyller de krav som ställts.<sup>98</sup> När alla anbud prövats tar myndigheten ett tilldelningsbeslut, vilket innebär att de bestämmer sig för det anbud som bäst överensstämmer med deras behov och krav varpå det sedan ska informera alla inblandade aktörer om beslutet och skälen till det.<sup>99</sup> Detta avslutar upphandlingen.

### **Principer för upphandling**

Precis som så många andra rättsområden påverkas offentlig upphandling av ett antal allmänna rättsprinciper som vuxit fram genom EU-domstolens praxis genom åren och som sedan kodifierats i såväl EU-fördraget och de upphandlingsdirektiv som tillkommit. Fem principer anses påverka upphandling mer än andra och dessa är *icke-diskriminering*, *Likabehandling*, *proportionalitet*, *öppenhet* och *ömsesidigt erkännande*.<sup>100</sup> Principerna är nära sammankopplade med målet om att upprätta en fri och öppen marknad inom union, och undanröja potentiella hinder för varor och tjänster.

Principen om icke-diskriminering, som i grunden bygger på att förfarandet inte ska behandla olika leverantörer annorlunda baserat på deras nationalitet. Upphandlande myndigheter kan till exempel inte premiera Svenska byggföretag framför Polska baserat på nationell

---

<sup>95</sup> 10 kap. LOU – Annonsering av upphandling och inbjudan till anbudssökande & Promemoria från Upphandlingsmyndigheten angående processen för LOU 2016-12-14 s.25

<sup>96</sup> 12 kap. 10 & 17 §§ LOU – Öppnande av anbudssökningar och anbud

<sup>97</sup> 16 kap. LOU, Tilldelning av kontrakt (över tröskelvärdena)

16 kap. 7-8 §§ LOU, Onormalt låga anbud (över tröskelvärdena)

19 kap. 24-26 §§ LOU, Tilldelning av kontrakt (under tröskelvärdena)

19 kap. 27 § LOU, Onormalt låga anbud (under tröskelvärdena)

<sup>98</sup> 13 kap. LOU, Regler om uteslutning (över tröskelvärdena)

14 kap. LOU, Kvalificering (över tröskelvärdena)

15 kap. LOU, Egen försäkring och utredning om leverantörer ska gå till (över tröskelvärdena)

19 kap. 18 § LOU, Kontroll och uteslutning av leverantörer (under tröskelvärdena)

19 kap. 19 § LOU, Kontroll och uteslutning av leverantörer på grund av bristande betalning av skatter och sociala avgifter (under tröskelvärdena)

<sup>99</sup> 12 kap. 12 § LOU, Underrättelse om beslut

<sup>100</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. s.49

etablering.<sup>101</sup> Eller för den delen ställa krav som bara Svenska företag kan uppfylla. Med det sagt är det helt OK att gå ut med en anbudsannonsering på svenska då det är ett av de officiella EU-språken.<sup>102</sup> Vad gäller likabehandlingsprincipen, som bygger på artikel 18 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, och som garanterar att ingen juridisk person ska behandlas annorlunda i likvärdiga situationer. Inom offentlig upphandling betyder detta att ekonomiska aktörer som konkurrerar om ett upphandlingskontrakt inte ska hämmas och behandlas annorlunda under anbudsförfarandet.<sup>103</sup> Proportionalitetsprincipen ser till att förfarandet inte är ett allt för långtgående ingrepp i förhållande till den juridiska person som tar del av förvaltningsprocessen.<sup>104</sup> Direktivet tydliggör tidigt att offentlig upphandling bör ske med proportionalitet i åtanke. Vilket bland annat innebär att de krav som ställs på leverantörer av myndigheter bör vara rimliga och inte allt för långtgående. Att ställa allt för stora krav på ekonomisk kapacitet kan till exempel vara oproportionerligt och leda till att små och medelstora företag utesluts från upphandlingsprocessen.<sup>105</sup> Öppenhetsprincipen ålägger myndigheter att utöva en transparent och öppen förvaltning och de dokument och den information som arbetas fram under förvaltningsprocessen ska om inget annat sägs vara allmänt tillgängliga. I grunden handlar det om att besluten ska fattas så öppet och nära medborgarna som möjligt.<sup>106</sup> Den sista principen som ofta nämns i samband med upphandlingsförfarandet är den om ömsesidigt erkännande. Precis som de andra principerna som kopplas till den fria rörligheten för varor och tjänster är principen i grunden ett sätt att undanröja handelshinder genom att garantera att en vara eller tjänst som erkänts i en medlemsstat är erkänd inom hela unionen. Inom offentlig upphandling kan det till exempel röra sig om krav på leverantören på behörighetsbevis och kvalifikationer, om dessa är godkända i ett medlemsland ska det således också godkännas av myndigheten som ställer upphandlingskraven oavsett vilket land denna myndighet representerar.<sup>107</sup>

### **Tillsynsmyndigheter**

I Sverige agerar Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten tillsynsorgan, vilket betyder att de ansvarar för att se till att upphandlingar inte bryter mot LOU. Beträffande Konkurrensverkets verksamhet kan de inte besluta om huruvida en upphandling ska göras om

---

<sup>101</sup> Lebeck, Carl. EU-stadgan om grundläggande rättigheter. s.306

<sup>102</sup> Ibid s.52

<sup>103</sup> 7 Dom (andra avdelningen) av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot État belge

<sup>104</sup> Hettne, Jörgen. Rättsprinciper som styrmedel s.132

<sup>105</sup> Direktiv 2004/18/EG (83)

<sup>106</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. s.61

<sup>107</sup> Sundstrand, Andrea. Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt. s.47

då detta enbart faller under domstolarnas kompetens.<sup>108</sup> I övrigt arbetar Konkurrensverket med att ta fram material för vägledning kring upphandlingar och rapporter samt remissutlåtanden. Konkurrensverket har bland annat tagit fram en rapport om motiveringsskyldigheten under upphandlingsförfarandet i förhållande till LOU-Direktivets Artikel 46: *Uppdelning av kontrakt i delar*.<sup>109</sup> Upphandlingsmyndigheten tillkom 2015 och ansvarar för att se till att upphandlingar är rättssäkra, effektiva samt socialt och miljömässigt ansvarsfulla. Likt Konkurrensverket publicerar Upphandlingsmyndigheten också vägledande material på upphandlingsområdet.<sup>110</sup>

### **Svensk offentlig upphandling i historien**

Nedan följer en kort resumé av offentlig upphandling i Sverige och Europa under det senaste århundradet fram tills idag.

Svenska myndigheters upphandlingsförfarande har varit föremål för reglering ända sedan 1800-talet. 1893 publicerades en förordning<sup>111</sup> på området som ämnade allmängöra myndigheternas upphandlingsförfarande i större utsträckning än tidigare, till exempel fastställdes det att upphandlingar skulle annonseras ut i en förutbestämd tidning och bli föremål för allmän auktion. Det övergripande målet för lagstiftningen under 1800-talets slut var att harmonisera förfarandet över samtliga statliga verksamheter, och inte enbart ett fåtal sektorer som var standard sen tidigare. Regelverket som tillkom 1893 gällde fram till 1920 då upphandlingsförfarandet uppdaterades genom en ny upphandlingsförordning som kom att gälla under en lång tid och i takt med att statens inköp ökade och leverantörerna blev fler uppfattades förfarandereglererna som mer och mer utdaterade och omständliga för myndigheterna. Såldes blev 1952 års upphandlingskungörelse varmt välkomnat av de statliga tjänstemännen. Vid denna tidpunkt hade industrialismen och globaliseringen tagit fart och Svenska myndigheter kunde genom de nystiftade bestämmelserna nu annonsera ut sina upphandlingar utanför landets gränser och behövde inte längre ge Svenska varor och tjänster företräde framför utländska. Något som i sin tur ökade konkurrensen bland leverantörerna.<sup>112</sup> Under sjuttioalet skapades, parallellt med det svenska rättssystemet, det första upphandlingsdirektivet inom EU i form av direktiv 71/305/EEG som gav förutsättningar för ekonomiska aktörer inom den inre marknaden att tillgå de grundläggande friheterna gällande

---

<sup>108</sup> Ibid s.208

<sup>109</sup> Dela upp eller motivera i upphandlingen Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU. Rapport 2018:8

<sup>110</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. s.212

<sup>111</sup> 1893 års förordning angående statens upphandlings- och entreprenadväsende med mera (nr 96)

<sup>112</sup> SOU 1971:88 Offentlig upphandling – Regler och riktlinjer för stat och kommun. s.25-27

konkurrens om upphandlingskontrakt, och samtidigt säkerställa att förfarandet inte diskriminerade aktörer och följde den rådande öppenhetsprincipen.<sup>113</sup> Även om Sverige inte ännu var medlemmar i unionen ägnade svenska lagstiftare uppmärksamhet åt vad som hände ute i Europa och år 1973 introducerades en ny upphandlingsreglering i Sverige och den stora nyheten för denna upplaga av regler var att upphandlingar av tjänster nu inkluderades i regelverket.<sup>114</sup> Lagstiftningen hade tidigare applicerats analogt på ärenden gällande tjänster. I och med 1973 års upphandlingskungörelse tillkom tillslut regler som inkluderade även denna typ av upphandling.<sup>115</sup> Nästa stora förändring kom 1994. Svenska myndigheter redan 1920 tillåtit skriva upphandlingsavtal med länder utanför nationsgränserna. Men det var nu EU på allvar tog sig in i den svenska upphandlingslagstiftningen i form av det dåvarande EES-avtalet<sup>116</sup> som ålade Sverige att införa regler som motsvarade EU-rättens direktiv på området. Detta innebar stora ändringar i förfarandet för svenska myndigheter, bland annat ålades de att skicka sina upphandlingar som uppgick till de dåvarande tröskelvärdena till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer för utannonsering. Nu blev den fria marknaden baserat de fyra friheterna ett direkt faktum för Svenska lagstiftare. EU-rätten beskrev också hur principer om konkurrens, objektivitet och icke-diskriminering, men dessa principer hade redan sen lång tid tillbaka varit en del av den svenska upphandlingslagstiftningen och de svenska lagstiftarna ansåg inte att det behövde göra några markanta ändringar till rådande lagstiftning på det området. Det var också nu som Lagen om offentlig upphandling föddes i terminologisk synpunkt och ersatte den gamla termen upphandlingskungörelse.<sup>117</sup> I och med det Svenska inträdet i EES-avtalet och senare EU formades reglerna för offentlig upphandling till den lagstiftning som idag används. Även om Sverige sen en låg tid tillbaka hade fått förhålla sig till EG-rätten och dess direktiv markerade ändå Sveriges inträde i EU ett avgörande skede i den juridiska utvecklingen på upphandlingsområdet, medlemskapet gav bland annat Sverige möjlighet att delta i lagstiftningsprocessen på gemenskapsrättslig nivå. Efter att LOU tillkom 1994 dröjde det till 2004 innan EU stiftade nästa kapitel i upphandlingshistorien. Under denna tid hade Sverige

---

<sup>113</sup> Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling. KOM(2011) 896 slutlig 2011/0438 (COD) s.3

<sup>114</sup> Proposition 1973:73 Kungl. Maj:ts proposition angående riktlinjer för den offentliga handlingen s.4

<sup>115</sup> 2 § 1.st. Upphandlingsförordning (1973:600)

<sup>116</sup> Sverige avhöll sig från att gå med i EG under en lång tid. Detta eftersom Sverige inte ville äventyra sin neutralitet. Lösningen blev istället att Sverige gick med i EES-avtalet varvid Sverige kunde delta i den gemensamma inre marknaden och anammade många av de materiella regler som EG lagstiftat om, utan att för den delen gå med i unionen. Bernitz, Ulf. Kjellgren, Anders. Europarättens grunder.s.27

<sup>117</sup> Proposition. 1992/93:88. Om offentlig upphandling. s.1-2

hunnit rösta ja till EU-medlemskap<sup>118</sup> och hade varit med och tagit fram det nya direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). En process som påbörjades redan 1997 och som uppmärksammade att det krävdes harmoniseringsåtgärder bland annat gällande tröskelvärden som numera skulle anges i euro, och att den elektroniska utvecklingen gjort att tidsfristerna för förfarandet förkortats avsevärt, och att dessa borde fastställas i direktivet.<sup>119</sup> Likväl var grunden av direktivet förhållandevis överensstämmande med tidigare lagstiftning, den markanta skillnaden var att innehållet genomgått en förenklingsprocess, och struktureras om så att de följer upphandlingsprocessen utifrån ett kronologiskt perspektiv.<sup>120</sup> Direktivet fastslogs av europaparlamentet och europeiska unionens råd 2004 och implementerades i svensk rätt genom Lag (2007:1091) om offentlig upphandling. Nästa steg i historien om offentlig upphandling togs 2016 i form av den senaste upplagan av LOU, som i sin tur genomförde implementeringen av Direktiv 2014/24/EU, och det är detta genomförande den här uppsatsen i huvudsak ska undersöka.

### **Bakgrunden till det nya LOU-Direktivet**

Det senaste LOU-direktivet är en produkt av EU:s vilja att uppdatera regelverket i linje med den så kallade Europa 2020-strategin. Denna agenda föddes 2010 som ett svar på den ekonomiska och finansiella krisen som Europa och EU genomgick. EU-kommissionen drog slutsatsen att krisen var en varningssignal och för att lösa och undvika framtida scenarion av samma natur krävdes krafttag och en tydlig agenda för trygga en smart och hållbar tillväxt. Agendan fick namnet Europa 2020-strategin och är en vision för var EU ska befinna sig år 2020. De europeiska ledarna ansåg vid tidpunkten att det var av vikt att fastställa tydliga och mätbara utvecklingsmål, i korthet handlade dessa mål om att trygga en stabil sysselsättning för EU-medborgare, garantera ett fortsatt fokus på klimat och miljöförbättrande åtgärder, investera i innovativ forskning, satsa på utbildning för unga och minska fattigdomen inom unionen.<sup>121</sup> Eftersom offentlig upphandling utgör en sådan väsentlig del av den inre marknaden är det en viktig pusselbit i strategin och EU såg möjligheten att använda upphandlingsdirektivet för att genomföra sina politiska mål.<sup>122</sup> Beslutsfattarna bakom Europa 2020-strategin ansåg att offentlig upphandling kan och ska göras med beaktande av både

---

<sup>118</sup> 1995 röstade 52,3 procent av Sveriges befolkning ja till att gå med i EU <https://www.regeringen.se/sa-styrs-sverige/safungerareu/sveriges-vag-till-eu-medlemskap/> (hämtad 2019-02-19)

<sup>119</sup> Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader (2001/C 29 E/02) s.2

<sup>120</sup> Ibid s.2

<sup>121</sup> Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla. s.6

<sup>122</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. s.24

innovation, miljö och en hälsosam samt ekonomiskt smart konkurrens bland EU-baserade företag. Detta politiska ställningstagande krävde ett moderniserat regelverk som svarade upp till de uppsatta kraven.<sup>123</sup>

Sagt och gjort, 2011 publicerade kommissionen en grönbok om upphandling, och intressegrupper runt om i Europa fick komma med synpunkter på hur de ställde sig till den framtida upphandlingspolitiken som EU-planerade att driva igenom. Både myndigheter och företag välkomnade en omarbetad upphandlingslagstiftning, och poängterade att regelverket borde bli mer flexibelt och mindre byråkratiskt.<sup>124</sup> Det noterades också att de mål som låg till grund för tidigare direktiv, med start redan under 1970-talet nu var uppnådda, detta gällde framförallt transparens och konkurrens, det var nu hög tid att sätta nya mål för framtiden. Sammanfattningsvis är det senaste LOU-direktivet en produkt av förra decenniets finanskris, och ett sätt för EU att driva igenom sin agenda om en mer modern union, där innovation, miljö och social hänsyn agerar ledstjärnor. Konkurrensverket beskrev det nya direktivet som ett införande av regler som är sundare, enklare och flexiblere. Men också bättre anpassade för att möta nya miljömål och sociala utmaningar. Avslutningsvis noterade Konkurrensverket också att små, medelstora och nystartade företag ges bättre förutsättningar att delta på marknaden genom 2014 års upplaga av upphandlingsdirektiv.<sup>125</sup>

LOU-direktivet stiftades genom det ordinarie lagstiftningsförfarandet, vilket innebär att ministerrådet och europaparlamentet gemensamt antar det förslag som kommissionen lagt fram.

Kommissionen lämnade sitt förslag till ministerrådet och europaparlamentet den 20 december 2011.<sup>126</sup> Förslaget innehöll de bestämmelser som kommissionen ansåg var bäst för att genomföra Europa 2020-strategin inom offentlig upphandling. Efter att kommissionen lämnat sitt förslag inhämtades också yttranden från Europeiska och sociala kommittén samt Europeiska regionkommittén. Den europeiska och sociala kommittén noterade i sitt utlåtande att de välkomnade ett harmoniserande av administrativa förfaranderegler inom offentlig upphandling då detta skulle öka öppenheten och objektiviteten och således gynna

---

<sup>123</sup> Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling. KOM(2011) 896 slutlig 2011/0438 (COD) s.2

<sup>124</sup> Ibid s.3-5

<sup>125</sup> <http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/eus-nya-upphandlingsdirektiv/> (hämtad 2019-03-18)

<sup>126</sup> Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling. 2011/0438 (COD)

unionsmedborgarna.<sup>127</sup> Direktivet bearbetades och behandlades av ministerrådet och europaparlamentet och den 26 februari 2014 undertecknades det slutgiltiga dokumentet av ministerrådet och europaparlamentets respektive ordförande, varpå det nya LOU-direktivet var ett faktum.<sup>128</sup>

### **Kort om innehållet i 2014/24/EU**

LOU-direktivet består av en inledande ingress där skälen för direktivet presenteras. Följt av totalt 94 artiklar uppdelat på fem avdelningar. Artiklarna är adresserade till medlemsstaternas myndigheter i första hand, och reglerar förfarandet under upphandlingsprocessen och påverkar den processuella autonomi i vid utsträckning. Bland annat reglerar direktivet vilka krav myndigheterna får ställa på de ekonomiska aktörer som levererar varorna eller tjänsterna, och vilka kriterier som ska ligga till grund för delgivandet av ett upphandlingskontrakt. LOU-direktivet är ett så kallat *förfarandedirektiv* vilket innebär att det detaljregleringar förfarandeprocessen för myndigheter i medlemsländerna.<sup>129</sup>

### **Genomförandet av LOU-direktivet**

Eftersom direktiv inte är direkt tillämpliga i medlemsstaterna kräver de en implementeringsprocess. Kommissionen ger medlemsländerna en tidsfrist för när de bör ha genomfört direktivets bestämmelser i sina respektive rättssystem, hur medlemsstaterna väljer att utforma regleringen är upp till dem själva, så länge direktivets mål och regler genomförs på ett godtagbart sätt. Kommissionen gav medlemsländerna fram till den 18 april 2016 att genomföra direktivet.

Efter att EU antagit direktivet gav den svenska regeringen Finansdepartementet ansvar att implementera direktivet då offentlig upphandling är finansdepartementets ansvar i Sverige.<sup>130</sup> Men de svenska förberedelserna började redan under hösten 2012, i takt med att arbetet inom EU med att ta fram det nya direktivet fortgick. Den dåvarande regeringen agerade proaktivt och tillsatte en utredning som hade till uppgift att komma med förslag till hur det framtida LOU-Direktivet skulle komma att genomföras.<sup>131</sup> Planen var att utredningen skulle presenteras den 1 april 2013 med viss reservation för att tidsramen kunde förlängas då arbetet med att ta fram direktivet på EU-nivå var i fullgång och det kunde komma ändringar i

---

<sup>127</sup> Yttrande från Europeiska och sociala kommittén om ”Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling” skäl. 1.5

<sup>128</sup> Europeiska unionens officiella tidning. L 94 femtiosjunde årgången, 28 mars 2014

<sup>129</sup> Sundstrand, Andrea. Offentlig upphandling : primärrättens reglering av offentliga kontrakt..16

<sup>130</sup> <https://www.regeringen.se/regeringens-politik/offentlig-upphandling/> (hämtad 2019-03-12)

<sup>131</sup> <http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/eus-nya-upphandlingsdirektiv/> (hämtad 2019-03-14)

direktivet.<sup>132</sup> Mycket riktigt blev så också fallet, utredningen behövde mer tid för att färdigställas och regeringen fick skjuta fram slutdatumet två gånger. Den första planen var att utredningen skulle delredovisas den 1 oktober 2013 och slutredovisas först den 1 januari 2014. En av anledningarna till att utredningen krävde mer tid än beräknat var att regeringen ansåg att utredarna behövde se över ”Principer för upphandling”. Något som inte ingick i originaluppdraget, men som tillkommit eftersom förhandlingarna på EU-nivå fortskridit och ökat i omfattning.<sup>133</sup> Med tiden visade det sig dock att tiden inte räckte till och utredningen gavs än mer tid. Delredovisningen skulle nu istället ske 1 juli 2014, och slutredovisningen skulle presenteras senast den 1 oktober 2014.<sup>134</sup> Utredningstiden blev således 18 månader längre än vad regeringen beräknat. Delredovisningen presenterades den 3 juli 2014 och innehöll genomförandeförslag gällande LOU-Direktivet och LOF-Direktivet. Slutredovisningen kom den 2 oktober och detta dokument behandlade genomförandet av LOK-Direktivet.<sup>135</sup> Eftersom uppsatsen enbart fokuserar på LOU-Direktivet behandlas således enbart delbetänkandet. Under arbetet med att ta fram det slutgiltiga lagförslaget yttrade sig även Lagrådet genom ett dokument som gav svidande kritik till genomförandeutredningens förslag. Efter ett flertal turer landade tillslut propositionen hos riksdagen.

### **Genomförandeutredningen**

Genomförandeutredningen noterade tidigt att direktiv kan implementeras på två vis. Antingen görs en tolkning av direktivets eftersträvade resultat varpå medlemsstaterna ändrar samt anpassar lagstiftning efter denna tolkning. Eller så görs en inkorporering av direktivtexten där direktivbestämmelserna ordagrant införlivas i nationell rätt så direktivnära som möjligt. Utredningen noterade att det sistnämnda var att rekommendera, då tolkningar och anpassningar av direktivtexterna allt som oftast lett till att EU-kommissionen inte ansett att genomförandet varit bra nog.<sup>136</sup> Utredningen fortskred med att i tur och ordning redogöra för de bestämmelser som presenterats i direktivet, och hur dessa bestämmelser bäst bör införas i svensk lagstiftning. Vad gäller skyldigheten att motivera beslut kom utredningen fram till följande.

---

<sup>132</sup> Kommittédirektiv Dir.2012:96 s.2

<sup>133</sup> Kommittédirektiv Dir.2013:92 s.1-2

<sup>134</sup> Kommittédirektiv Dir.2014:38

<sup>135</sup> SOU 2014:51 Nya regler om upphandling - Delbetänkande av Genomförandeutredningen

<sup>136</sup> Ibid. s.18



Direktivet ställer krav på att myndigheter ska överväga att dela upp kontrakt i mindre delkontrakt så att mindre företag har möjlighet att delta i upphandlingsprocessen.<sup>137</sup> Om de inte delar upp kontrakt ska det enligt direktivet också motivera varför de avstått från uppdelning. Utredarna noterade att LOU-direktivet är det enda utav de tre upphandlingsdirektiven som ställer krav på att myndigheter måste motivera varför de inte delat upp kontrakt. En annan aspekt som också noteras är att LOU-Direktivet enbart ställer krav på att ”huvudskälen” för ett icke-uppdelat kontrakt behöver redovisas. Utredningen anser att begreppet ”huvudskäl” riskerar att skapa förvirring i förhållande till vad motiveringsskyldigheten egentligen innebär, och föreslår istället att den svenska lagen ska använda begreppet ”skälen” istället.<sup>138</sup> Det torde rimligtvis vara i linje med direktivet att använda det bredare begreppet ”skälen” istället för ”huvudskäl” då det inte skulle gå emot principen om minimiharmonisering.<sup>139</sup> Detta resonemang kom dock att få mothugg i ett remissvar från Domstolsverket senare i lagstiftningsprocessen. Domstolsverket ansåg nämligen att begreppet ”skälen” la större börda på myndigheterna att motivera samtliga skäl. Begreppet ”huvudskäl” är snävare och enklare att förhålla sig till.<sup>140</sup> Det noteras också att en myndighet som väljer att dela upp ett kontrakt för att agera i linje med direktivet, begränsas i sitt handlingsutrymme. Motiveringsskyldigheten blir således bara aktuell så länge myndigheten väljer att stå fast vid sitt handlingsutrymme och inte dela upp kontrakt.<sup>141</sup> Utredningen tar också upp motiveringsskyldigheten i förhållande till uteslutningsbeslut. Det vill säga när myndigheter bestämmer sig för att utesluta en leverantör från upphandlingsprocessen. Grunderna för uteslutning är listade under artikel 57 i direktivet och det kan till exempel röra sig om fall då leverantören använt falska fakturor för att betala svart arbetskraft.<sup>142</sup> Den för uppsatsen viktiga principen om god förvaltning blir aktuell ur många perspektiv vid uteslutningsbeslut. Det är bland annat obligatoriskt för myndigheter att låta den berörda myndigheten komma till tals innan beslut om uteslutning fattas<sup>143</sup>, vilket går i linje med den processuella principen om rätten att bli hörd. Dessutom nämns det att beslutet om uteslutning av en leverantör måste stå i proportion till det aktören anklagas för.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> Artikel 46 LOU-Direktivet

<sup>138</sup> SOU 2014:51 Nya regler om upphandling - Delbetänkande av Genomförandeutredningen. s.170

<sup>139</sup> Minimiharmonisering innebär att EU satt en lägstanivå gällande lagstiftning som medlemsstaterna måste uppfylla, men detta betyder inte att medlemsstaterna kan införa mer långtgående lagstiftning. Se Introduktion till EU-rätten s.262

<sup>140</sup> Dnr: 1459-2014 Remissyttrande över nya regler om upphandling (ds 2004:25 respektive SOU 2014:51) s.2

<sup>141</sup> SOU 2014:51 Nya regler om upphandling - Delbetänkande av Genomförandeutredningen. s.171

<sup>142</sup> HFD 2013 ref. 61.

<sup>143</sup> Se till exempel Artikel 41 3 st & Artikel 57 p.6 LOU-Direktivet

<sup>144</sup> Artikel 57 p.3 2 st. LOU-Direktivet

Utredningen går grundligt igenom både föregående direktiv och svensk lagstiftning, såväl som praxis gällande uteslutningsbeslut.

Utredningen ansåg att LOU-direktivets artiklar om uteslutandebeslut kunde genomföras i svensk rätt med 10 kap. Lag (2007:1091) om offentlig upphandling och 11 kap. 1 § första stycket lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som förebilder.<sup>145</sup>

Utredarna tar också upp Artikel 58.3 andra stycket i direktivet i förhållande till motiveringsskyldigheten. Där framgår det nämligen att myndigheter måste ange huvudskälen för varför de ställer krav på att en leverantör ska redovisa högre årlig omsättning än två gånger kontraktsvärdet. Huvudregeln är att om ett kontrakt exempelvis är värt tre miljoner kronor ska anbudsgivaren ha en omsättning på sex miljoner kronor per år. Utredningen gör där av en tolkning att det råder motiveringsskyldighet under sådana förfaranden. Baserat på begreppet ”huvudskäl”.<sup>146</sup>

Artikel 64 som ställde krav på att myndigheter inte får ifrågasätta information som lämnats av ekonomiska aktörer under registreringen till nationella system med officiella förteckningar eller certifieringsorgan ansåg utredningen inte behövdes implementeras då Sverige inte använder sig av system med officiella förteckningar eller certifieringsorgan. Således blev inte artikel 64 föremål för implementering.<sup>147</sup>

Direktivet godkändes av de lagstiftande institutionerna den 26 februari 2014 och Sverige gavs fram tills den 18 april 2016 att implementera det.<sup>148</sup> Genomförandeutredningen som pågått sen 2012 hade dragit ut på tiden och presenterats först 03 juli 2014. Runt fyra månader efter att direktivet godkänts på EU-nivå och implementeringsklockan börjat ticka. Den 4 juni 2015 togs nästa steg i lagstiftningskedjan då regeringen överlämnade genom Finansdepartementet ett lagutkast till lagrådet på remiss.<sup>149</sup> Lagrådet har i uppgift att granska lagförslaget och säkerställa att det inte bryter mot någon annan lag eller grundlag. Lagrådets uppgift är stadgat i 8 kap. 20, 21 och 22 §§ Regeringsformen. Deltagarna vid lagrådet är allt som oftast erfarna domare och jurister med långvarig erfarenhet. Efter att lagrådet granskat lagförslaget lämnar det sina synpunkter på det till ansvarigt departement. Dessa synpunkter är inte bindande, men

---

<sup>145</sup> SOU 2014:51 Nya regler om upphandling - Delbetänkande av Genomförandeutredningen. s.195

<sup>146</sup> Ibid. s.403

<sup>147</sup> Ibid. s.263

<sup>148</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/NIM/?uri=celex:32014L0024> (hämtad 2019-03-16)

<sup>149</sup> Lagrådsremiss - Nytt regelverk om upphandling. Stockholm den 4 juni 2015

blir en del av propositionen som lämnas till Riksdagen senare under lagstiftningsprocessen.<sup>150</sup> Lagrådsremissen innehöll lagförslag för en ny lag om offentlig upphandling. Men också lagförslag för upphandling inom försörjningssektorerna och koncessioner.

Genomförandeutredningen resulterade i departementspromemorian Nya regler om upphandling.<sup>151</sup> Denna promemoria såväl som genomförandeutredningens betänkande gick gemensamt på remiss till en mängd myndigheter och organisationer.<sup>152</sup> Men det var lagrådets yttrande på den lagrådsremiss som regeringen skickade ut som gav störst ringar på vattnet.

### **Lagrådets yttrande över förslag till lag om offentlig upphandling,**

Den 4 juni 2015 valde Regeringen att inhämta lagrådets yttrande angående det lagförslag som genomförandeutredningen mynnat ut i. Lagrådet gör klart redan inledningsvis i sitt yttrande att de inte är tillfreds med upphandlingsdirektiven till att börja med. De anser att direktiven är vaga i sin utformning att det finns tolkningsproblem i dem som riskerar att överföras även till den nationella rätten. Lagrådet dömde ut flera av direktivens artiklar som rätt och slätt obegripliga och i vissa fall rent av oförnuftiga<sup>153</sup> och hänvisade till att detta i framtiden kanske kan lösas genom praxis från EU-domstolen.<sup>154</sup> Kritiken var så omfattande att det även uppmärksammades i media.<sup>155</sup> Lagrådet sträckte i och med detta upp ett varningens finger i förhållande till idén om att sköta implementeringen så direktivnära som möjligt. Något som genomförandeutredningen tidigare förespråkade.<sup>156</sup> Lagrådet gjorde klart och tydligt att en svensk lag inte borde kompromissa i förhållande till kvalitet till följd av ett undermåligt formulerat direktiv.<sup>157</sup> En annan typ av kritik som också riktades mot upphandlingslagarna i stort var att de är allt för detaljerade och brister i kvalitet i förhållande till kvantitet. Lagrådet hävdade i sitt yttrande att det borde gå att banta ner regelmassan avsevärt.<sup>158</sup> Bland annat ansåg dem att de allmänna principerna så som icke-diskriminering och proportionalitet som lagförslaget fokuserar på inte nödvändigtvis kräver en egen paragraf. Utan att det är

---

<sup>150</sup> Nyström, Birgitta. Zanderin, Lars. Rätt och rättssystem: en introduktion för professionsutbildningar. s.27-28

<sup>151</sup> Ds 2014:25

<sup>152</sup> Regeringens proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling. Bilaga 9

<sup>153</sup> Lagrådets yttrande. Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-02-12. s.3

<sup>154</sup> Ibid s.13

<sup>155</sup> Hemsidan Upphandling24.se noterade att kritik av den magnitud som lagrådet gav regeringen inte hör till vanligheterna <https://upphandling24.se/gor-om-och-gor-ratt-svidande-kritik-fran-lagradet/> Även Inköpsrådet rapporterade om händelsen <https://inkopsradet.se/juridik/lagradet-kritiskt-mot-nya-lou/>

<sup>156</sup> Se tidigare avsnitt om genomförandeutredningen

<sup>157</sup> Lagrådets yttrande. Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-02-12. s.4

<sup>158</sup> Ibid s.4

underförstått att detta gäller även upphandlingsförfarandet då principerna är så pass grundläggande.<sup>159</sup> Ett annat exempel på brister i direktivet som färgat av sig på den nationella lagstiftningen är artiklar och paragrafer som anger att någon ”får” göra något. En formulering som kan tyckas vara ganska överflödigt då hela poängen med lagar och regler är att berätta för någon vad de ”inte får” göra, att i lagtext nämna allt som en individ får göra skulle utan tvekan göra författningen påtagligt omfattande.<sup>160</sup> Lagrådet tog sig också an bestämmelserna om att myndigheter som inte delar upp kontrakt i små delkontrakt måste motivera varför. Lagrådet noterade att uppdelningen inte är obligatorisk utan att direktivet enbart ställer krav på att ” myndigheten bör ha skyldighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar”. Lagrådet fortsatte med att konstatera att trots att myndigheten är skyldig att motivera varför de inte delat upp kontraktet, existerar det ingen sanktion mot ett sådant försummande, inte heller går det att överpröva beslutet.<sup>161</sup> Med andra ord är direktivets bestämmelser, och genom den svenska direktöversättningen till nationell rätt ett exempel på *lex imperfecta*. Vilket innebär att bestämmelsen är sanktionslös.<sup>162</sup>

Lagrådet gav också kritik till lagförslaget som ämnade genomföra direktivets artikel om dokumentation<sup>163</sup>, och att den ska vara så pass omfattande att varje beslut som tas under förvaltningsprocessen ska kunna motiveras utifrån beslutsunderlaget. Lagrådet ansåg inte att ett materiellt krav på kvalitet hör hemma i en paragraf om dokumentation. Istället ansåg dem att paragrafen borde utformas på ett sätt som beskriver att dokumentationen ska upplysa om skälen för beslutet under beslutsprocessen. Detta är ännu ett exempel på hur lagrådet inte uppskattade de direktivnära tolkningarna som regeringen gjort när de planerat genomförandet av direktivet. Istället ville lagrådet att paragraferna ska utformas genom en mer fristående och nationellt anpassad tolkning.

Sammanfattningsvis var lagrådets yttrande lite av en kalldusch för regeringen. Mycket av kritiken kom att handla om regeringens vilja att implementera direktivet med så direktivnära precision som möjligt, och låta mycket av direktivets bestämmelser direktöversättas till nationell rätt. Lagrådet var betydligt mer återhållsamma till denna metod eftersom de inte var tillfreds med direktivets utformning och innehåll.

---

<sup>159</sup> Ibid s.11

<sup>160</sup> Ibid s.14

<sup>161</sup> Ibid s.62

<sup>162</sup> Westerhäll, Lotta. SvJT 1990. Lagstiftning och normgivning s.135

<sup>163</sup> Artikel 84 p.2 LOU-Direktivet 2014

## **Regeringens proposition**

Efterdyningarna från lagrådets svidande kritik syntes tydligt i den proposition som regeringen överlämnade till riksdagen den 22 juni 2016. Regeringen hade vid det här laget dragit över implementeringstiden, det kommer finnas anledning att återgå till detta senare.<sup>164</sup> Propositionen innehöll lagförslag som ämnade genomföra LOU-Direktivet, såväl som lagförslag för LUF och LOK-direktiven. Regeringen uppmärksammade lagrådets synpunkter i propositionen och gjorde ingen hemlighet av att de synpunkter som lämnats av lagrådet påverkat det slutgiltiga lagförslaget. Synpunkterna innebar ett flertal förändringar i lagförslaget. Flera förtydliganden av lagtexten hade tillkommit, såväl som kompletteringar och framförallt hade regeringen i viss mån frångått lagstiftningstekniken om att implementera lagen så direktivnära som möjligt.<sup>165</sup> Något som lagrådet kritiserat dem för, eftersom de hävdade att direktiven i sig själva var undermåligt formulerade. Direktivets artiklar som påverkade myndigheternas processuella autonomi genom motiveringsskyldigheten hade utformats utifrån genomförandeutredningen med påverkan av både remissinstanserna och lagrådet.

Artikel 22.1 som ålägger myndigheter att motivera varför de valt att låta anbud komma in på annat vis än genom elektroniskt förfarande. Detta skulle enligt regeringen genomföras genom en kombination av lagbestämmelser och den kommande upphandlingsförordningen.<sup>166</sup> Propositionen uppmärksammar att denna bestämmelse också kommer till uttryck i artikel 84. Propositionen föreslog att artikel 22.1 skulle genomföras i svensk rätt genom 12 kap. 15 § LOU.

Propositionen ägnade förhållandevis stor uppmärksamhet åt artikel 33 om ramavtal, och hur denna borde implementeras och följas, den för uppsatsen relevanta regeln om att ramavtal som löper längre än fyra år måste motiveras ämnade regeringen genomföra genom att låta den tidigare lagstiftningen stå kvar. Regeringen planerade alltså inte att göra några ändringar i den nya lagen.<sup>167</sup> Istället hänvisade dem till propositionen för den tidigare upplagan av LOU-lagstiftning. Diskussionen som fördes kring ämnet vid tillfället för den föregående propositionen kretsade kring regerings av begreppet ” särskilda skäl” för att beskriva det dåvarande direktivets term ” vederbörligen styrkta undantagsfall”. Ett antal remissinstanser hade åsikter om begreppet då, men debatten tycks inte ha blivit aktuell under

---

<sup>164</sup> Direktivet skulle ha implementerats senast i april samma år.

<sup>165</sup> Proposition2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling. s.284

<sup>166</sup> Ibid s.678

<sup>167</sup> Ibid s.515

implementeringen av 2014 års direktiv. Detta eftersom den nya upplagan av direktivet använde termen ”utom i undantagsfall som vederbörligen motiverats”, vilket får anses vara betydligt tydligare än den förra upplagans terminologi. Den dåvarande regeringen slog också fast att det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndighet som har bevisbördan för att det finns skäl nog att teckna ramavtal längre än fyra år.<sup>168</sup>

Nästa artikel som tar upp motiveringsskyldigheten i direktivet är Artikel 46 om uppdelning av kontrakt i delar. Artikel 46 ställer inget krav på att myndigheter måste dela upp ett kontrakt i delar, men manar myndigheter att ägna seriöst eftertanke åt möjligheten att dela upp kontraktet. Detta är dock en minimiregel och det är inget som säger att ett medlemsland får göra det obligatoriskt att dela upp kontrakt. Sverige valde dock att inte göra detta utan istället följa direktivets ordalydelse och låta myndigheter avgöra själva. Men om de inte delar upp kontrakt måste de ange huvudskälen för detta. Regeringen instämde med utredningens åsikt om att ersätta begreppet ”huvudskäl” med ”skälen istället. Domstolsverket hade i sitt remissyttrande hävdade att de tyckte att lagtexten borde använda originaltermen ”huvudskäl” eftersom ”skäl” är en bredare term och ökar arbetsbördan på myndigheter, ett argument mot motiveringsskyldigheten som funnits med sedan den introducerades i svensk lagtext.<sup>169</sup> Men denna åsikt lämnades där hän av regeringen som gick på utredningens linje istället. Tvärt om ansåg regeringen att skyldigheten att motivera beslut borde genomföras som en lagregel även på upphandlingar inom försörjningssektorerna, trots att LUF-direktivet inte ställer några krav på motiveringsskyldighet i förhållande till uppdelade kontrakt. De ville således applicera LOU-direktivets betydligt mer fylligare motiveringsskyldighet genom en analog tolkning även på LOF-direktivet genomförande. Regeringen ansåg att detta inte skulle innebära någon ökad administrativ börda.<sup>170</sup>

När det kom till propositionens genomförandeförslag gällande artikel 55 om Information till anbudssökande och anbudsgivare<sup>171</sup> hade Kammarrätten i Göteborg som remissinstans under utredningen haft synpunkter angående kravet på att myndigheter måste motivera tilldelningsbeslut av kontrakt, samt motivera varför ett kontrakt inte tilldelats en leverantör, om leverantören begär ett sådant utlåtande. Kammarrätten noterade i sitt remissutlåtande att

---

<sup>168</sup> Proposition 2006/07:128 - Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster- s.334

<sup>169</sup> Se tidigare stycke om ” Den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten i Sverige och EU”

<sup>170</sup> Proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling. s.449-450

<sup>171</sup> Artikel 55 beskriver hur anbudssökande och anbudsgivare ska underrättas om skälen till att myndigheten beslutat att inte ingå ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt efter anbudsfordran eller att upprepa förfarandet eller inrätta ett dynamiskt inköpssystem.

ett krav på motivering inte får åsidosätta bestämmelser om sekretess och företagshemligheter.<sup>172</sup> Således måste myndighet i sina motiveringar vara ytterst försiktiga och informationen som lämnas ut bör vara på en mycket övergripande nivå, mer detaljerade upplysningar måste genomgå en sekretessprövning.<sup>173 174</sup>

Propositionen föreslog att artikel 58 3p 2 st om motiveringsskyldighet för myndigheter som ställer krav på att ekonomiska aktörer ska ha mer än dubbla omsättningen i årsinkomst i förhållande till värdet på upphandlingsobjektet skulle genomföras genom 14 kap. 4§ LOU. Förslaget gick ut på att myndigheter ska ” ange vilka omständigheter som utgör eller har utgjort sådana särskilda skäl”.<sup>175</sup> Artikeln diskuterades inte vidare i propositionen.

LOU-Direktivets artikel 84.2 ställde krav på så pass omfattande dokumentation under upphandlingsförfarandet att det skulle kunna ligga till grund för motivering av samtliga beslut under förfarandekedjan var något nytt inom svensk lagstiftning. Regeringens proposition tog fasta på att en direktivnära tolkning av artikel 84 var det bästa.<sup>176</sup> Även om lagrådet avrått från en sådan typ av implementering, med hänvisning till att artikel 84 i direktivet ställde krav på dokumentationens kvalitet, vilket de ansåg inte hörde hemma i en bestämmelse om dokumentation.

Sammanfattningsvis var regeringens proposition ett förslag till upphandlingslagstiftning som skulle göra det mer flexibelt för myndigheter och ekonomiska aktörer att bedriva upphandling, och främja innovation. Förslaget skulle också förtydliga och förenkla upphandlingsområdet i förhållande till miljö, arbetsrätt och sociala faktorer. Vilket låg i linje med EU-direktivet och Europa 2020-agendan. Direktivets påverkan på den processuella autonomi i förhållande till motiveringsskyldigheten hade kommit till uttryck i propositionen i ett flertal bestämmelser och regeringen hade tagit hänsyn till både genomförandeutredningen och lagrådets yttranden i sin utformning av de lagregler som påverkades av motiveringsskyldigheten. Regeringen lämnade över propositionen till riksdagen den 22 juni 2016 och målet var att lagen skulle träda i kraft i januari 2017.

---

<sup>172</sup> Även EU-domstolen har tagit upp faktumet att företagshemligheter bör skyddas. EU-domstolen syftade dock på rättsprövningen som sker vid ett överklagande. De noterade att det är viktigt att det sker en proportionalitetsbedömning gällande vilken information de olika parterna i ett mål kan få ta del av gällande varandra. Se Mål C-450/06, EU:C:2008:91 p. 51 och 52

<sup>173</sup> Prop. 2015/16:195 s.673

<sup>174</sup> Sekretessprövning innebär att myndigheten måste ta ställning till om uppgiften som begärts ut kan göras offentlig. Detta för att säkerställa att informationen inte kan åstadkomma någon form av skada. - *Justitiedepartementet. Offentlighetsprincipen och sekretess. Information om lagstiftningen s.32*

<sup>175</sup> Prop. 2015/16:195 s.73

<sup>176</sup> Prop. 2015/16:195 s. 675

## **Riksdagens arbete**

Den politiska debatt som följde av propositionen kom i mångt och mycket att handla om arbetsrätten, kollektivavtal och svenska företags ställning på marknaden. Allt som allt lämnades det 40 motioner som svar på propositionen. De handlade om allt från upphandling av skolmat till olja. Det för uppsatsen centrala ämnet om förvaltningsförfarandet och särskilt motiveringsskyldigheten kom inte upp på debattagendan, och för att inte gå vilse i det sammelsurium som det politiska arbetet kan vara nöjer vi oss med att konstatera att alliansen som var i opposition i riksdagen uppskattade direktivet i grunden, men ansåg att den dåvarande socialdemokratiska regeringen i flera avseenden gått emot direktivets syfte genom det nya lagförslaget. Alliansen ansåg bland annat att det nya regelverket inte var strängt nog i förhållande till myndigheters urvalsprocess och tillsyn, vilket enligt dem kan leda till att oseriösa företag tilldelas kontrakt framför mer seriösa aktörer. Alliansen avslutade sin motion med att poängtera att upphandlingspropositionen då den presenterats för riksdagen redan var försenad. Sverige riskerade således vite som påföljd och därför borde de delar i propositionen som genomför EU-direktivet bifallas.<sup>177</sup> Beredningen i riksdagen som gjordes av finansutskottet kom fram till att riksdagen rekommenderades att säga ja till den nya lagen. Med förbehåll för vissa delar som rörde bland annat leverantörernas personal och deras arbetsvillkor och försäkringar.<sup>178</sup> Onsdagen den 30 november 2016 biföll kammaren utskottets förslag och godkände den nya lagen med vissa undantag och den skulle börja gälla 1 januari 2017.<sup>179</sup>

## **Lag (2016:1145) om offentlig upphandling**

LOU anger bestämmelser om upphandling av varor, tjänster och byggnadsentreprenader och projekttävlingar. Det är den största och mest omfattande av alla lagar som påverkar offentlig upphandling.<sup>180</sup> Lagen består av 22 kapitel och ersatte Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, och bygger på diverse EU-direktiv som Sverige kontinuerligt genomfört sen inträdet 1995, men är också en kodifiering av rättspraxis som tillkommit sen införandet av den förra lagens tillträde.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> Motion till riksdagen 2016/17:68 av Ulf Kristersson m.fl. (M, C, L, KD) med anledning av prop. 2015/16:195  
Nytt regelverk om upphandling s.1-4

<sup>178</sup> Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7

<sup>179</sup> Riksdagsskrivelse 2016/17:66

<sup>180</sup> Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig Upphandling – LOU och upphandlingsprocessen. s.29

<sup>181</sup> Ibid. s.32



## **Upphandlingsförordning (2016:1162)**

I samband med att den nya Lagen om offentlig upphandling kom ut publicerades också en uppdaterad förordning som kompletterar LOU samt övrig upphandlingslagstiftning<sup>182</sup> och denna författning gör i huvudsak vissa förtydliganden på området som rör annonsering av upphandlingar.<sup>183</sup>

### **Analys**

Kommande stycke analyserar genomförandet av LOU-direktivet genom att presentera de artiklar innehåller bestämmelser som påverkar nationella myndigheters motiveringsskyldighet. Därefter anges vilken svensk rättsakt som genomfört direktivet och en författarkommentar. Analysdelen innehåller också en sammanfattning med avslutande tankar och kommentarer.

### **Motiveringsskyldighet i LOU-Direktivet artiklar och dess motsvarighet i svensk rätt**

Den normativa delen av direktivet innehåller en hel del artiklar där motiveringsskyldigheten aktualiseras. Nedan följer en återgivning av dessa artiklar följt av genomförandeåtgärden i svensk rätt och en författarkommentar.

#### **Artikel 22 Regler för kommunikation**

Artikel 22 handlar om regler för kommunikation mellan myndigheter och anbudsgivare. De lagstiftande organen inom EU har här beslutat att all kommunikation ska ske på elektroniskt vis under anbudsprocessen, vilket i sig självt är ett intrång i den svenska processuella autonomi. I artikel 22 p.1 d) 4st gör direktivet också klart att en myndighet som begär att kommunikation sker på annat vis än genom elektroniskt förfarande ska ange skälen för varför de ansett att det var nödvändigt att använda andra medel.

#### ***Genomförandet i Svensk rätt***

Artikel 22's krav på att myndigheter som inte använder elektronisk kommunikation måste motivera varför genomförs i svensk rätt genom 12 kap. 16 § p.5 om *Individuella rapporter*. Paragrafen beskriver hur de individuella rapporter som myndigheterna ska upprätta när de

---

<sup>182</sup>Denna lagstiftning utgörs av: Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förordningen kompletterar även kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

<sup>183</sup>Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig Upphandling – LOU och upphandlingsprocessen. s.31

ägnar sig åt upphandlingar och ingår avtal med leverantörer ska innehålla skälen för att andra medel än elektroniska har godkänts.

#### Kommentar

Regeln om att allt annat än elektronisk kommunikation måste motiveras är ny, i Lag (2007:1091) om offentlig upphandling existerade inget sånt krav på motiveringsskyldighet, istället kunde anbud lämnas genom ”*elektroniskt medel eller på något annat sätt*”.<sup>184</sup>

Den svenska förvaltningslagen ställer inga krav på elektronisk kommunikation under förfarandet. Finland däremot har infört specialreglering på området genom Lag om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet (13/2003). Motiveringsskyldigheten i samband med avsaknad av elektronisk kommunikation är därför bara kopplat till förfaranden som rör offentlig upphandling och inte förvaltningen i stort.

EU genomförde artikeln med motiveringen att ett normaliserande av elektronisk kommunikation under upphandlingsprocessen gynnar effektiviteten och öppenheten och ökar möjligheten för leverantörer att dela i upphandlingar inom hela den inre marknaden.<sup>185</sup> Detta innebär att EU när de utformade direktivet ansåg att det elektroniska förfarandet under anbudsprocessen bör befattas med viss möjlighet till flexibilitet men likväl utgöra normen för upphandlingsförfarandet.

Motiveringsskyldigheten i artikel 22 inför en skyldighet för myndigheter att motivera ett beredningsbeslut, och inte bara det slutgiltiga beslutet som i grunden är en belastning på myndighetens administrativa förmåga. Likväl är det inte så långt ifrån den svenska tolkningen av motiveringsskyldigheten i förvaltningslagen som anger att beslut som kan tänkas påverka den enskilde på ett inte oväsentligt sätt ska motiveras. Detta kan också såklart också innefatta beredningsbeslut som valet att inte använda elektronisk kommunikation under anbudsprocessen. Jag tar mig här tillfälle att filosofera kring hur bestämmelsen skulle kunna se ut utan motiveringsskyldigheten,

Om direktivet inte introducerat detta motiveringskrav är det möjligt att den svenska förvaltningslagens motiveringsskyldighet hade kunnat räcka som grund för ett eventuellt överklagande från en missnöjd anbudsgivare då den svenska motiveringsskyldigheten även innefattar beredningsbeslut i viss mån. Att en myndighet bestämmer sig för att anta anbud på

---

<sup>184</sup> 9 kap. 1 § 2st Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

<sup>185</sup> Skäl 52 i LOU-direktivet

annat vis än elektroniskt kan påverka en leverantör på ett inte oväsentligt sätt. Det är dock värt att notera att artikel 22 introducerar en regel som inte har en specifik adressat, utan är ett krav på motivering av ett normbeslut som i regel inte innefattas av den svenska tolkningen av motiveringsskyldigheten.<sup>186</sup>

Jag är dock införstådd med EU-kommissionens argument om att en ökad normalisering och harmonisering av ett elektroniskt förfarande är en god sak för konkurrensen på den inre marknaden. Intrånget som artikeln gör i den svenska processuella autonomi ska således ses i förhållande till målet om att uppnå en konkurrenskraftig inre marknad för offentlig upphandling. Att EU inför en motiveringsskyldighet under beredningen belastar myndigheten men är en åtgärd som gynnar konkurrensen och effektiviteten, som i förlängningen skapar en bättre marknad för offentlig upphandling inom unionen.

### **Artikel 33: Ramavtal**

Även artikel 33 1p 3st om ramavtal tar upp motiveringsskyldigheten. Där står det att ramavtal max får löpa fyra år, längre avtal måste motiveras utifrån föremålet för ramavtalet.

#### ***Genomförandet i svensk rätt***

7 kap. 2 § *Ramavtal, inköpscentraler och annan samordnad* anger att ramavtal som tecknas av myndigheter med anbudsgivare bara får sträcka sig längre än fyra år om det finns särskilda skäl.<sup>187</sup>

#### **Kommentar**

Att det måste finnas särskilda skäl för att myndigheter ska få teckna ramavtal längre än fyra år är inget nytt. Redan i LOU-direktivet från 2004 fanns denna bestämmelse. Men lydelsen ändrades i och med 2014 års direktiv. År 2004 angav direktivet enbart att ramavtal får löpa längre än fyra år i ”vederbörligen styrkta undantagsfall”.<sup>188</sup> Detta ledde till att svenska

---

<sup>186</sup> 32 § FL riktar sig till en specifik adressat

<sup>187</sup> Motiveringen av ramavtals löptid blev föremål för rättsprövning i Mål nr 2573-18. Trafikverket hade tecknat ett ramavtal med ett serviceföretag som skulle underhålla en mängd färjor. Ramavtalets löptid var 10 år och detta överklagades av ett konkurrerande serviceföretag som förlorat kontraktetsbudgeteringen. Trafikverkets motivering var att uppdraget var så komplicerat och krävande att det krävde kontinuitet i servicearbetet av säkerhetsskäl. Färjorna måste också uppdateras så att de har likadana säkerhetssystem och hållas uppdaterade på samma sätt, ett arbete som kommer ta flera år. Kammarrätten i Sundsvall godtog denna motivering som tillräcklig för att uppfylla motiveringskravet i LOU. Rättsfallet tydliggör domstolarnas prövning av den processuella regeln om motiveringsskyldighet, men också deras materiella prövning av beslutet och kvalitén på motiveringen.

<sup>188</sup> Artikel 32 2p. 4st EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster

lagstiftare införde lagregeln ” *Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.*”<sup>189</sup> I det senaste upphandlingsdirektivet står det istället att ramavtal får löpa längre än fyra år i ” *undantagsfall som vederbörligen motiverats*”. Likväl har svenska lagstiftare valt att behålla paragrafen från 2007 i sin helhet även i 2016 års LOU. Varken genomförandeutredningen eller lagrådet uppmärksammade att det skett en ändring i ordvalet i denna artikel och propositionen noterar att den dåvarande bestämmelsen duger för att genomföra den nya lydelsen. Jag anser dock att det hade varit på sin plats att ändra den svenska lagens formulering i samband med att artikeln ändrades och införde termen ”motiveras”. En mer direktivnära tolkning hade i min mening uppfyllt motiveringskravet i högre utsträckning. Det står nämligen ingenstans i den svenska upphandlingslagstiftningen att de särskilda skälen som lagregeln beskriver ska redovisas.

Här använder EU motiveringsskyldigheten som ett tydligt verktyg för att gynna konkurrensen inom unionen, genom att försöka begränsa användandet av långa ramavtal, som förvisso kan vara bekväma och förmånliga för myndigheter, men som försvårar för företag att konkurrera om kontrakt. Motiveringsskyldigheten i artikel 33 är också en skyldighet att motivera ett beredningsbeslut, vilket i sin tur är en belastning på myndigheten.

Frågan är dock huruvida motiveringsskyldigheten i detta fall är ett måste för att uppnå en väl fungerande offentlig upphandling på den inre marknaden, eller om den svenska motiveringsskyldigheten hade räckt. Jag anser dock att motiveringsskyldigheten i förhållande till långa ramavtal så som den är skriven i LOU-direktivet är ett av de mer godtagbara intrången i Sveriges processuella autonomi. Baserat på de tydliga konkurrenshämmande effekterna som långa avtal resulterar i.

#### **Artikel 46: Uppdelning av kontrakt i delar**

Nästa artikel som tar upp motiveringsskyldigheten är artikel 46 om uppdelning av kontrakt i delar. Myndigheter måste nämligen motivera varför de inte delat upp kontrakt i delar. Denna artikel kom senare i den svenska implementeringsprocessen bli föremål för granskning både från genomförandeutredningen och senare också lagrådet. I grund och botten handlar artikel om ett sätt för EU att försöka gynna små företag genom att göra upphandlingen mindre omfattande i storlek så även mindre ekonomiska aktörer kan delta.

---

<sup>189</sup> 5 kap. 3 § Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Genomförandet i svensk rätt

Artikel 14 genomförs genom 4 kap. 14 § om *Skyldighet att motivera att ett kontrakt inte ska tilldelas i separata delar*. Lagregeln anger att en myndighet som inte delar upp ett kontrakt i delar måste motivera varför.

Kommentar

Denna bestämmelse är en upphandlingsnyhet och genomför EU-rättens mål om att öka konkurrensen och möjligheten för små företag att delta i upphandlingar. Tidigare bestämmelser angav enbart att det var förbjudet för myndigheter att dela upp kontrakt för att kringgå tröskelvärdena och således undvika att blanda in EU i upphandlingsprocessen.<sup>190</sup>

Under genomförandeprocessen diskuterade svenska lagstiftare om det var ett alternativ att göra uppdelning av kontrakt i delar obligatoriskt, de kom dock fram till att detta inte var nödvändigt och direktivet ställer inte heller några krav på att upphandlingar måste delas upp utan att myndigheter ska sträva efter detta.

Det som kom att bli den stora frågan under genomförandet av denna artikel kom dock att bli Sveriges val att använda ordet ”skäl” istället för ”huvudskäl” i förhållande till motiveringsskyldigheten. Direktivet anger att myndigheter måste ange ”huvudskälen” till att de inte delat upp ett kontrakt, vilket är en förhållandevis snäv term. Men Sverige valde en mer generös term i och med användandet av ”skälen”.

Jag anser att Sveriges val att använda begreppet ”skäl” istället för ”huvudskäl” förvisso gör att myndighetsarbetet kan bli mer betungande, men att det likväl är i linje med principen om god förvaltning och specifikt motiveringsskyldigheten.

Återigen använder EU motiveringsskyldigheten som ett verktyg för att gynna konkurrensen, men återigen använder EU också motiveringsskyldigheten för ett beslut som fattas under beredningen, och dessutom på ett normbeslut. Vi har redan slagit fast att förvaltningslagen i Sverige ställer motiveringskrav på beslut som inte bara avgör ett ärende, utan också på beslut under beredningen, däremot är motiveringsskyldigheten i svensk förvaltningslag kopplad till beslut som rör enskilda och i regel inte till normbeslut av generell karaktär. Detta gör att den svenska förvaltningslagen inte skulle räcka till för att fylla upp motiveringskravet gällande uppdelning av kontrakt.

---

<sup>190</sup> 3 kap. 5 § Lag (2007:1091) om offentlig upphandling & Artikel 9 3.p EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

## **Artikel 55: Information till anbudssökande och anbudsgivare**

Även Artikel 55 om information till anbudssökande och anbudsgivare tar upp myndigheternas skyldighet att motivera beslut. Punkt två i artikeln gör klart att om en anbudsgivare begär det, så ska myndigheten skriftligt återkomma med skälen för att en ansökan om att få ta del av en upphandling avslagits. senast 15 dagar efter det att anbudsgivaren kommit med begäran.

### ***Genomförande i svensk rätt***

12 kap. 13 § om *Upplysningar på begäran av en leverantör* ställer krav på att myndigheter ska ange skälen för att en leverantörs anbud inte godtagits och dess ansökan avslagits, om leverantören så önskar.

#### Kommentar

Denna bestämmelse är ingen nyhet i upphandlingssammanhang utan fanns även i föregående lagstiftning.<sup>191</sup> Regeringen noterade i sin proposition till 2007 års LOU att det handlar om anbud som inte når upp till satta krav gällande prestanda och funktion. Under genomförandet av 2004 års LOU-direktiv noterades det att det enligt svensk praxis tillkommer en motiveringsskyldighet när myndigheter avslår en ansökan och att direktivets motiveringskrav i viss mån kan kännas överflödigt då det inte är tydligt vilka ytterligare uppgifter som ska lämnas, mer än de som enligt standard lämnas.<sup>192</sup>

Artikel 55 anger motiveringskrav på beslut som riktas mot enskilda och som har en betungande effekt. Denna typ av motiveringsskyldighet är i linje med den svenska rättstraditionen och motiveringsskyldigheten skulle kunna genomföras med hjälp av enbart den svenska förvaltningslagen. Det är fullt möjligt att föra ett argument om att direktivets påverkan på den svenska processuella autonomi inte är befogad för att uppnå en väl fungerande offentlig upphandlingsmarknad inom unionen. Eftersom det är vedertaget att betungande beslut mot enskilda ska innehålla skälen för beslutet.

## **Artikel 57: Skäl för uteslutning**

Att en leverantör utesluts ska vila på de skäl som radas upp under artikel 57, och motiveras därefter. Artikel 57 p.6 3 st anger att i vissa fall ska också myndigheten ge leverantören möjlighet att rätta till en situation som annars kan leda till uteslutning, om leverantören vidtar

---

<sup>191</sup> 9 kap. 10 § Lag (2007:1091) om offentlig upphandling & Artikel 41 2p 2 st. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster

<sup>192</sup> Regeringens proposition 2006/07:128 - Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster s.379

åtgärder för att rätta till situationen, men dessa inte anses som tillräckliga varpå de utesluts ändå. Ska den upphandlande myndigheten motivera beslutet och förklara varför åtgärderna inte var tillräckliga.

### ***Genomförande i svensk rätt***

Artikeln genomförs i svensk rätt genom 13 kap. 7 § *Beslut om uteslutning* där det står att en upphandlande myndigheter ska ange skälen för att en leverantör har uteslutits från upphandlingsprocessen.

#### **Kommentar**

Bestämmelserna om uteslutning är nya i LOU direktivet. Både direktivet, såväl som genomförandeutredningen ägnar stor uppmärksamhet åt vikten av att myndigheter tillämpar proportionalitetsprincipen när de beslutar om att utesluta en leverantör. Beslutet ska vara motiverat och stå i proportion till handlingen som föranleder uteslutandet. Likt föregående redovisade direktivbestämmelse om anbudsavslag så är denna regel riktad till beslut som fattas i förhållande till en enskild mottagare, beslutet är också betungande och det slutgiltiga beslutet under upphandlingsförfarandet. Kravet som LOU-direktivet ställer i den här artikeln är i grunden detsamma som de krav som den svenska förvaltningslagen ställer på motiveringsskyldighet. Det intrång som direktivet gör i den processuella autonomi hade således kunnat undvikas och är inte nödvändigt för att bidra till den offentliga marknadens välfärd inom unionen.

### **Artikel 58: Urvalskriterier**

Artikel 58 handlar om urvalskriterier, och i 3.p 2 st beskriver kommissionen hur myndigheter som ställer krav på att ekonomiska aktörers ekonomiska kapacitet måste motiveras ifall de kräver att ekonomiska aktörer ska ha mer än dubbel så hög årsomsättning än det objekt som upphandlingen avser. Det är nämligen standard att ekonomiska aktörer ska kunna visa att de omsätter två gånger pengarna som det de lägger anbud på. Alla krav på mer än det dubbla i omsättningsvärde måste motiveras.

### ***Genomförande i svensk rätt***

14 kap. *Kvalificering* har bestämmelser om motiveringsskyldighet, närmare bestämt 4 § *Ekonomisk och finansiell ställning* där det står att myndigheter som kräver att ekonomiska aktörer ska ha en omsättning per år som är mer än dubbelt så stor som värdet på upphandlingskontraktet måste motiveras varför de ställer ett sådant krav.

## Kommentar

Denna bestämmelse är ny tillkommen och introducerar en konkret bestämmelse om leverantörers ekonomiska ställning. Tidigare bestämmelser hade inget konkret krav på hur stor omsättningen skulle vara. Motiveringsskyldigheten är också ny i detta sammanhang. Skälen för direktivets bestämmelse är att det är av vikt att myndigheter inte hämmar konkurrensen från mindre och medelstora företag genom att ställa allt för stora ekonomiska krav.<sup>193</sup> Bestämmelsen inför ett krav på motiveringsskyldighet under upphandlingsförfarandet i förhållande till en enskild leverantör. Eftersom motiveringskravet i denna artikel är förhållandevis specifikt är det svårt att se att den svenska förvaltningslagen skulle kunna fungera som ett godtagbart substitut i detta fall. Intrånget i den processuella autonomi i förhållande till motiveringsskyldigheten i denna artikel har en tydlig förankring i EUs befogenhet att agera för en konkurrenskraftig offentlig upphandling.

### **Artikel 64: Officiella förteckningar över godkända ekonomiska aktörer och certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga organ**

Ännu ett exempel på EU:s krav på myndigheternas motiveringsskyldighet finns i den information som ekonomiska aktörer lämnar till myndigheten under registreringen till nationella system med officiella förteckningar eller certifieringsorgan. Myndigheten är inte tillåten att ifrågasätta informationen som lämnats in utan att också motivera varför enligt artikel 64:e p.5.

#### *Genomförande i svensk rätt*

Artikeln genomfördes inte eftersom Sverige inte använder sig av nationella system med officiella förteckningar eller certifiering genom certifieringsorgan.<sup>194</sup>

## Kommentar

Eftersom artikeln inte implementerades avstår jag från att kommentera.

### **Artikel 84: Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt**

En av de större artiklarna när det kommer till motiveringsskyldighet inom upphandlingsförfarandet är artikel 84 om Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt. Artikel 84 är påtaglig genom hela direktivet då den är föremål för återkommande nämnande i flera artiklar.<sup>195</sup> Artikeln tar fasta på kontrakt och ramavtal, och hur de ska

---

<sup>193</sup> Skäl 83 i LOU-Direktivet

<sup>194</sup> Delbetänkande av Genomförandeutredningen SOU 2014:51 s.263

<sup>195</sup> Se till exempel artikel 41, 46 och 58.



tilldelas anbudsgivare. Här finns en mängd bestämmelser som ålägger myndigheter att motivera diverse beslut.

Artikeln tar bland annat fasta på det som kallas dynamiska inköpssystem.<sup>196</sup> Dessa system är ett sätt för myndigheter och enheter att upprätta ett upphandlingssystem för återkommande varor, tjänster eller byggtreprenader inom deras verksamhetsområde. Det är elektroniska system och påminner om en shopping-sida på internet. Där tjänstemän på myndigheter kan gå in och klicka hem varor och tjänster de behöver för myndighetens räkning.<sup>197</sup> När myndigheten upprättar ett dynamiskt inköpssystem är det viktigt att det sker öppet och att leverantörer och ekonomiska aktörer har möjlighet att ansöka om att få vara en del av systemet. Om en myndighet väljer att inte låta en ekonomisk aktör vara en del av systemet måste dem motivera varför. Detta enligt artikel 84 p1. g). Samma bestämmelse tar också upp att myndigheter som inte tilldelar något kontrakt eller ramavtal ska motivera även det, vilket i sig får ses som en av de väsentligaste aspekterna av motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandling. Notera att Artikel 84 ställer upp motiveringskrav för myndigheter som inte tilldelat en anbudsgivare kontrakt, detta skiljer sig från artikel 55 som nämndes ovan, som nämligen ålägger myndigheter att på begäran bifalla en anbudssökande med skälen för att själva ansökan avslagits. Artiklarna är snarlika med skiljer sig åt ur materiell hänsyn.

En annan aspekt av motiveringsskyldighetens påverkan på direktiven syns i artikel 84 p.2. Artikeln tar upp kravet om att myndigheten måste dokumentera genomförandet av alla upphandlingsförfaranden så pass noggrant att de kan motivera beslut som fattats i samtliga skeden i upphandlingsförfarandet.

### ***Genomförande i svensk rätt***

12 Kap. 12 § om *Underrättelse om beslut* anger att beslut om tilldelning av kontrakt och ramavtal ska delges de som ansöker och att skälen för beslutet ska anges. Även beslut om att avbryta eller göra om en upphandling ska delges de involverade. Paragrafen genomför en del av Artikel 84: *Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt*. 12 Kap. 16 § om *Individuella rapporter* beskriver hur de individuella rapporter som myndigheterna ska upprätta när de utför upphandlingar och ingår avtal med leverantörer ska innehålla skälen för att ett anbud ansetts vara onormalt lågt och förkastats. Samt skälen för att en leverantör inte tilldelats ett kontrakt eller ramavtal inklusive skälen för att en leverantör inte fått ta del av ett

---

<sup>196</sup> Dynamiska inköpssystem och dess tillämpning beskrivs i detalj under Artikel 34 i LOU-Direktivet

<sup>197</sup> <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/Upphandlingsförfaranden/dynamiska-inkopssystem/> (Hämtad 2019-03-18)

dynamiskt inköpssystem och sist även skälen för att myndigheten använt sig av så kallat förhandlat förfarande<sup>198</sup> utan föregående annonsering<sup>199</sup>, eller frångått detta och konkurrenspräglad dialog.<sup>200</sup> Om myndigheten inte använt sig av elektronisk kommunikation och elektroniskt förfarande under anbudsprocessen ska den individuella rapporten även innehålla skälen till detta.<sup>201</sup> Alla dessa krav på motivering som tas upp i denna paragraf gör att den blir en av de mest centrala lagreglerna vad gäller motiveringsskyldighet i hela LOU, och genomför Artikel 84: *Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt*. Även upphandlingsförordningen bidrar till genomförandet av artikel 84. Förordningen genomför delar av de motiveringskrav artikel 84 ställer genom 13 § *Annons om avsikt att tilldela kontrakt genom direktupphandling*. Direktupphandling innebär att myndigheten inte gått ut publikt med annonseringen och anbuderna inte behöver ges i viss form.<sup>202</sup> Paragrafen i upphandlingsförordningen anger att direktupphandlingsannonsen ska ange skälen till varför myndigheten valt att direktupphandla tjänsten eller varan och inte annonsera den. Förordningen går i mer detalj in på det som sägs i 12 kap. 16 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling om *individuella rapporter*. Förordningen anger att rapporten ska innehålla skälen till att anbudssökanden och/eller anbudsgivare valts, samt skälen till att de anbudssökande som inte fått ta del av upphandlingen utesluts. Vidare ska rapporten också ange skälen till att ett kontrakt tilldelats en viss leverantör. Om en myndighet väljer att inte tilldela en leverantör ett kontrakt ska dennes individuella rapport också innehålla skälen till detta, enligt förordningen. Förordningens motiveringsskyldighet är påtagligt påverkad av LOU-Direktivets bestämmelser i Artikel 84: *Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt*.

#### Kommentar

Idén om individuella rapporter är ny och tillkom genom att kommissionen ansåg att det var av vikt att öka spårbarheten och öppenheten under upphandlingsprocessen.<sup>203</sup> Under genomförandet av direktivet reste ett par remissinstanser ett varnande finger om att upprättandet av individuella rapporter riskerade att bli en allt för stor administrativ börda<sup>204</sup>,

---

<sup>199</sup> Förhandlat förfarande innebär att myndigheten som gör upphandlingen bjuder in leverantörer till en förhandling för att förbättra deras anbud. I vissa fall är det även tillåtet att ägna sig åt förhandlat förfarande utan att annonsera det i förväg 6 kap. 4 § LOU

<sup>200</sup> Konkurrenspräglad dialog innebär att alla leverantörer kan vara med och ansöka om ett upphandlingskontrakt. 6 kap. 20 § LOU

<sup>201</sup> Detta verkställer samma krav som ställs i artikel 22 LOU-direktivet

<sup>202</sup> 19 kap. 4 § LOU

<sup>203</sup> Skäl 126 i LOU-direktivet

<sup>204</sup> Regeringens proposition 2015/16:195 - Nytt regelverk om upphandling. s.675

vilket är ett argument emot motiveringsskyldigheten som funnits ända sen dess ursprung. Tidigare lagstiftning hade dock haft bestämmelser om att myndigheter skulle upprätta så kallade protokoll vid varje upphandling, som i mångt och mycket påminde om individuella rapporter fast mindre omfattande.

Direktivets krav på upprättande av individuella rapporter aktualiserar dilemmat om hur mycket belastning som kan läggas på förvaltningsmyndigheternas administrativa kapacitet i rättsäkerhetens namn. Förvisso skulle dessa individuella rapporter enbart aktualiseras i de fall där upphandlingen överstiger tröskelvärdet, men då Sverige valt att låta EU-rätten styra upphandlingar även under tröskelvärdena blir dessa rapporter även aktuella på alla upphandlingar.

Den individuella rapporten riktar sig mot en enskild mottagare, och innehåller skälen för diverse betungande beslut som både avgör ärenden och som fattas under beredningen. I grunden är detta motiveringskrav som även uppstår om myndigheter följer den svenska förvaltningslagen. Rättssäkerheten och konkurrensen på marknaden för offentlig upphandling borde kunna säkerställas utan att direktivet ställer dessa motiveringskrav på myndigheterna och intrånget i den processuella autonomi är således inte helt befogat.

### **Sammanfattning**

När det nu är dags att sammanfatta det som presenterats är det värdefullt att återgå till det syfte som presenterades inledningsvis. Uppsatsens mål var att granska implementeringen av LOU-direktivets och särskilt fokusera på motiveringsskyldigheten som en del av principen om god förvaltning. Uppsatsen ämnade klargöra hur genomförandet av de artiklar som påverkar svenska myndigheters skyldighet att motivera sina beslut under upphandlingsprocessen har genomförts och diskuterats under lagstiftningsprocessen. Det övergripande målet för uppsatsen var att ställa EU rättens påverkan på svenska myndigheter i förhållande till den processuella autonomi som medlemsstater har i förhållande till unionen genom att granska genomförandeprocessen av direktivet. Uppsatsen har också som delmål att ge en inblick i den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandling, och göra en analys av var denna rättsutveckling kan komma att leda i framtiden. För att tydligt sammanfatta och analysera varje aspekt av uppsatsen delas således sammanfattningen upp i tre delar, genomförandet av direktivet, dess påverkan på den processuella autonomi och den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom upphandlingsförfarandet.

## Genomförandet

Till att börja med behöver vi göra en återblick till när genomförandet av direktivet började. Sverige påbörjade nämligen arbetet med att genomföra direktivet redan 2012, parallellt med att EU:s arbete med att ta fram direktivet pågick. Trots denna framsynta intention blev direktivets genomförande ändå försenat och den nya LOU antogs först 1 januari 2017. EU:s deadline var redan 18 april 2016. Sverige var dock inte ensamt om att försumma tidsplanen för genomförandet, 21 av EU:s 28 medlemsländer missade genomförandedatumet.<sup>205</sup> Detta föranledde diskussioner angående direkt effekt och direktivkonform tolkning gällande de artiklar i direktivet som innebar rättigheter för leverantörerna. Detta innebar också att frågan kring huruvida enskilda kunde lida skada som följd av det sena genomförandet och således väcka talan om statsskadestånd.<sup>206</sup> Den mest anmärkningsvärda händelsen under det svenska genomförande var den kritik som lagrådet riktade mot direktivet och regeringens genomförandeutredning. Lagrådet avrådde lagstiftarna från att genomföra direktivet i en allt för direkt översättning av direktivets bestämmelser då de ansåg att dessa var undermåliga. Genomförandet innebar inte bara att det tillkom en ny upphandlingslag, utan också en ny upphandlingsförordning.

## Direktivets påverkan på motiveringskyldigheten och den processuella autonomin

Eftersom offentlig upphandling hör till den inre marknaden där det råder delad kompetens innebär detta att medlemsstaterna ska utöva sin befogenhet endast i den mån som unionen inte har utövat sin befogenhet. Således har Sverige inget annat alternativ än att följa de processuella bestämmelser som LOU-direktivet ställer upp. EU har fått sin kompetens tilldelad på detta område genom primärrätten<sup>207</sup> och så länge de bestämmelser de genomför kan motiveras med att de är till för att främja utvecklingen av den inre marknaden och konkurrensen inom offentlig upphandling får de anses godkända. Det är just i förhållande till detta som bestämmelserna om motiveringskyldighet som presenterats i uppsatsen måste ställas. Är det till exempel nödvändigt för den inre marknaden att införa krav på att myndigheter måste motivera varför de inte använt elektronisk kommunikation under upphandlingsförfarandet, eller är det en onödig EU-bestämmelse skapad av EU-byråkrater i Bryssel, långt från det praktiska förvaltningsarbetet i medlemsstaterna, och ett obefogat intrång i deras processuella autonomi?

---

<sup>205</sup> <https://upphandling24.se/sverige-ett-av-21-lander-som-inte-inforlivat-eu-direktiv-i-tid/> (hämtad 2019-04-27)

<sup>206</sup> Se t.ex. <https://upphandling24.se/direkt-effekt-kommer-innebara-ett-provande-ar/> (hämtad 2019-04-27) och Granmar, Claes. Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig Upphandling. s.53-64

<sup>207</sup> Artiklarna 4.1 och 5.1 i Fördraget om den Europeiska Unionen (FEU)

Till att börja med skulle jag vilja dela upp direktivets artiklar i två kategorier. De artiklar som påverkar motiveringsskyldigheten i förhållande till normbeslut, och de artiklar som påverkar motiveringsskyldigheten i förhållande till individuella beslut. Utöver detta är det också värt att lägga till att vissa motiveringskrav också gäller beredningsbeslut, och inte bara slutgiltiga.

| <b>Artikel i LOU-Direktivet</b>                                               | <b>Påverkan på beslutstyp</b> |
|-------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| Artikel 22 Regler för kommunikation                                           | Normbeslut                    |
| Artikel 33: Ramavtal                                                          | Normbeslut                    |
| Artikel 46: Uppdelning av kontrakt i delar                                    | Normbeslut                    |
| Artikel 55: Information till anbudssökande och anbudsgivare                   | Individuella beslut           |
| Artikel 57: Skäl för uteslutning                                              | Individuella beslut           |
| Artikel 58: Urvalskriterier                                                   | Individuella beslut           |
| Artikel 84: Individuella rapporter om förfaranden för tilldelning av kontrakt | Individuella beslut           |

Jag anser nämligen att de motiveringskrav som direktivet ställer i förhållande till beslut som påverkar enskilda kan uppfyllas av 32 § Förvaltningslagen. Den svenska allmänna lagstiftningen är förhållandevis uttömmande gällande motiveringskravet i beslut som rör en enskild mottagare, både beslut som går emot, men också beslut som är gynnande kan bli föremål för motiveringskrav under hela beredningsarbetet.<sup>208</sup> Således är den svenska regleringen på området förhållandevis omfattande och hade säkerställt motiveringskravet även under upphandlingar. Dessa artiklar hade således kunnat undvaras och därmed undvika det obefogade intrånget i den processuella autonomi. Jag skulle dock vilja notera att det finns ett värde i att harmonisera motiveringskravet bland medlemsstaterna då det finns vissa olikheter inom de olika förståelserna för begreppet. Finland har till exempel en mindre omfattande motiveringsskyldighet eftersom deras förvaltningslag enbart anger att beslut som avgör ett ärenden ska motiveras. Vilket betyder att direktivet har en annan typ av inflytande på deras förvaltningsprocess.

De artiklar som påverkar motiveringsskyldigheten av normbeslut är däremot svårare att genomföra med hjälp av den svenska förvaltningslagens motiveringsskyldighet.

<sup>208</sup> 32 § FL & Regeringens proposition 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag s.189

Beslutsmotivering i Sverige bygger nämligen på att beslutet riktar sig mot en adressat. Direktivets artiklar om till exempel motiveringsskyldighet av myndigheter som inte delar upp kontrakt i delar, eller kravet på att myndigheter ska motivera varför de tagit emot anbud på annat vis än genom elektronisk kommunikation är normbeslut utan en specifik mottagare. Den svenska motiveringsskyldigheten i förvaltningslagen får därför mindre genomslag. Jag anser att artiklarna som ställer motiveringskrav på normbeslut har en tydligare koppling till målet om att upprätta en offentlig marknad inom unionen och baserat på detta ihop med att förvaltningslagen inte är ett lika tydligt substitut blir intrånget i den processuella autonomi inte lika markant eller oundvikligt.

### **Den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom offentlig upphandling**

Motiveringsskyldigheten som en del av god förvaltning tog ett stort steg in i svensk rätt i och med genomförandet av LOU-direktivet. Totalt introducerades fem nya regleringar som utökade myndighets motiveringsskyldighet. I sig är det kanske inte så förvånande med tanke på att god förvaltning fått allt större utrymme inom både EU-rätten och i medlemsstaterna. Att kvalitetssäkra administrationen inom de statliga organen är numera en central del av den offentliga rätten. Motiveringsskyldigheten har rättshistoriskt stått i kontrast till myndigheters skyldighet att handlägga ärenden så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt och argumenten emot en ökad motiveringsskyldighet har alltid varit att det är en belastning på administrationen som gör att ärendehantering och beslutsfattande tar lång tid. Genom åren har diverse kompromisser utarbetats för att komma underfund med hur balansen mellan motiveringsskyldighet och den administrativa belastningen ska se ut. Det har bland annat utformats lagregler som enbart ålagt myndigheter att motivera det avgörande beslutet men i den senaste upplagan av förvaltningslag står det skrivet att *”Ett beslut som kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt ska innehålla en klargörande motivering”*. Detta skiljer sig avsevärt från den ordalydelse som gällde då motiveringsskyldigheten först introducerades i den svenska författningen genom Förvaltningslagen från 1971 som angav att *”Beslut, varigenom myndighet avgör ärende, skall innehålla de skäl som bestämt utgången.”* Dessa två paragrafter målar en tydlig bild av den rättsliga utvecklingen av motiveringsskyldigheten inom förvaltningsprocessen. Det blir allt viktigare för myndigheterna att kunna redovisa skälen under hela beslutfattningsprocessen. Inom förfarandet för upphandlingar blir denna rättsutveckling tydlig genom artikel 84 p.2 i LOU-direktivet där det klargörs att myndigheter måste dokumentera förfarandet så pass noga att det kan motivera beslut som fattas i samtliga skeden av upphandlingsförfarandet. Den stora frågan är hur långt

EU kan gå i den demokratiska rättssäkerhetens namn. Eftersom offentlig upphandling utgör en enorm marknad och omsätter ofantliga belopp årligen tror jag det är viktigt att hålla upphandlingsförfarandet fortsatt transparent och kommande rättsakter från EU på området lär inte minska motiveringsskyldigheten. Att fem stycken nya artiklar om motiveringsskyldighet introducerades genom 2014 års direktiv är en indikation på att motiveringsskyldigheten kommer ha en fortsatt ökad närvaro inom EU-rätten även i framtida direktiv.

Det verkar också som att motiveringsskyldigheten har en viktig roll att spela i förhållande till övergångsperioder. Jag tycker nämligen att det finns en tendens att använda motiveringsskyldighet vid tillfällen då EU vill normalisera ett visst förfarande utan att göra det obligatoriskt. Till exempel gällande elektronisk kommunikation under anbudsprocessen. EU ser elektronisk kommunikation som ett fördelaktigt kommunikationssätt. De vill dock inte göra det fullt ut obligatoriskt utan lämnar vissa delar öppet för flexibilitet. De använder motiveringsskyldigheten som ett verktyg för att säkerställa att denna flexibilitet inte missbrukas. Det är möjligt att det i framtiden blir obligatoriskt att använda elektronisk kommunikation och att motiveringsskyldigheten då spelat ut sin roll.

Efter att ha granskat förarbeten till direktivet och den svenska implementeringen har jag noterat att det finns en tendens hos kommissionen att använda motiveringsskyldigheten som ett verktyg för att genomföra unionens politiska mål. Motiveringsskyldighetens ursprung bygger på att den ska öka insynen inom förvaltningen och stärka den enskildes rättssäkerhet. Kommissionen använder detta argument när de genomför regler som inför motiveringskrav, men likväl går det inte att förbise faktumet att motiveringsskyldigheten i direktivet har ett annat syfte, nämligen att normalisera EU:s vision om hur upphandling ska skötas. Många av direktivets artiklar har en underton som säger ”medlemsstaterna har utrymme att göra som de önskar, men om de inte gör som vi vill måste de motivera varför”. Det finns en risk att motiveringsskyldigheten i framtiden missbrukas för att genomföra en politisk vilja. Vilket kan leda till ett långsammare myndighetsförfarande och en administrativ belastning som kan komma att kosta medlemsländerna både tid och pengar.

## **Källförteckning**

### **Litteratur**

Warnling Conradson, Wiweka. En introduktion till förvaltningsrätten. 12 uppl. Norstedts Juridik AB, 2018

Von Essen, Ulrik, Bohlin, Alf. Warnling Conradson, Wiweka. Förvaltningsrättens grunder. 2:9 uppl. Norstedts Juridik AB, 2015

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

Reichel, Jane. God förvaltning i EU och i Sverige, 1 uppl. Jure Förlag. 2006

Sandgren, Claes. Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, 4 uppl. Norstedts Juridik AB, 2018

Lebeck, Carl. EU-stadgan: om grundläggande rättigheter, 2:a uppl. Studentlitteratur AB. 2016

Nyström, Birgitta. Zanderin, Lars. Rätt och rättssystem: en introduktion för professionsutbildningar, 2 uppl. Liber. 2016

J H Jans, R De Lange, Sacha Prechal, R Widdershoven. Europeanisation of Public Law. Europa Law Publishing. 2006

Nergelius, Joakim. Svensk statsrätt. 4 uppl. Studentlitteratur AB. 2018

Zetterström, Stefan, Lind, Anna-Sara. Offentlig rätt 2:a uppl. Liber. 2018

Lundin ,Olle, Reichel, Jane, Sterzel, Fredrik, Marcusson, Lena, Åhman, Karin, Bull, Thomas, Helmius, Ingrid, Lerwall, Lotta. Offentligrättsliga principer. 2 uppl. Iustus. 2012

Lindahl Toftegaard, Eva. Offentlig upphandling LOU och upphandlingsprocessen. Studentlitteratur AB. 2018

Hettne, Jörgen. Rättsprinciper som styrmedel – Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol. Norstedts Juridik. 2008

Sundstrand, Andrea. Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt. Jure Förlag. 2012

J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven (eds.) Europeanisation of Public Law. 2 uppl. Europa Law Publishing. 2007



Auby, Jean-bernard, Caranta, Roberto, Edelstam, Gunilla. EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond (Droit administratif / Administrative law. Bruylant, 2013

### **Författning**

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna,

Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform

Förvaltningslag (2017:900)

### **Upphävd författning**

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Upphandlingsförordning (1973:600)

Förvaltningslag (1986:223)

1893 års förordning angående statens upphandlings- och entreprenadväsende med mera (nr 96)

### **EU-rätt**

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt

Fördraget om Europeiska Unionen

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG Text av betydelse för EES

EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden

### **Förarbeten. Svensk samt EU-rätt**

Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m. Proposition 1971:30

Proposition 1992/93:88 - om offentlig upphandling

Proposition 2006/07:128 - Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Drn: 1459-2014 Remissyttrande över nya regler om upphandling (ds 2004:25 respektive SOU 2014)

Lagrådets yttrande. Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-02-12

SOU 1971:88 Offentlig upphandling – Regler och riktlinjer för stat och kommun

SOU 2013:12, Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling - Delbetänkande av Genomförandeutredningen

Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling. 2011/0438 (COD)

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader (2001/C 29 E/02)

### **Rapporter**

Fryksdahl, Ann, Bergh, Carl-Henrik, Asp, Axel. Dela upp eller motivera i upphandlingen Rapport om motiveringsskyldigheten i LOU. Rapport 2018:8. Konkurrensverket november 2018

Bryssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN  
Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla

### **Artiklar & tidskrifter**

Grimm, Dieter. The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case, European Law Journal 21(4) · 2015

Reichel, Jane. Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag. Förvaltningsrättslig tidskrift. Häfte nr 3 2018

Hettne, J., & Montin, S. (2018). Politik och juridik inom offentlig upphandling. Statsvetenskaplig tidskrift, 2018(5)

Granmar, Claes: Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig Upphandling. Upphandlingsrättslig tidskrift, ISSN 2001-9904, no 1

Westerhäll, Lotta. Lagstiftning och normgivning. Svensk Juristtidning, 1990

Europeiska unionens officiella tidning. L 94 femtiosjunde årgången. 28 mars 2014

### **Rättsfall**

HFD 2016 ref. 37

HFD 2013 ref. 61

Mål C-450/06, EU:C:2008:91

Dom (andra avdelningen) av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot État belge

Mål C-269/90: Technische Universität München mot Hauptzollamt München-Mitte. Domstolens dom den 21 november 1991

Mål C-166/13 Sophie Mukarubega v Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis och Judgment of the Court of 8 November 1983. - NV IAZ International Belgium and others v Commission of the European Communities

Mål 222/86 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) mot Georges Heylens m.fl..

## **Övriga dokument och vägledande instruktioner**

PUBLIC PROCUREMENT GUIDANCE FOR PRACTITIONERS FEBRUARY 2018 on avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds. EU-Kommissionen. 2018.

Brüssel den 3.3.2010 KOM(2010) 2020 slutlig MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla

Offentlighetsprincipen och sekretess. Information om lagstiftningen. Justitiedepartementet, 2013.

Motion till riksdagen 2016/17:68 av Ulf Kristersson m.fl. (M, C, L, KD) med anledning av prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

Riksdagsskrivelse 2016/17:66

### **Online-resurser**

[www.konkurrensverket.se/](http://www.konkurrensverket.se/)

[www.upphandlingsmyndigheten.se](http://www.upphandlingsmyndigheten.se)

[www.regeringen.se](http://www.regeringen.se)

[www.infotorgjuridik.se](http://www.infotorgjuridik.se)

[www.upphandling24.se](http://www.upphandling24.se)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)