

Södertörns högskola | Institutionen för samhällsvetenskaper

Kandidatuppsats 15 hp | Offentlig rätt | Höstterminen 2013

# Proportionalitetsprincipen

En studie av dess inverkan i LOU

Av: Johan Björk och Carina Johansson

Handledare: Maya Seltén

## Abstract

The principle of proportionality is considered one of the most important contemporary legal principles on which it intends to protect individual citizens against disproportionate action by the authorities. This aroused our interest prior to this study. The essay reveals how such behavior might look like and how courts have chosen to adjudicate in cases where the individual has been discriminated against or subjected to unreasonable demands in public procurement. That section of the law that were current throughout all court cases are Public Procurement Act (2007:1097) LOU. That which we have seen in every court case is that the applicant has not received a proper fair chance when the requirements of the contract often been asked in a way that either exclude the smaller applicant company or rule out various potential applicants parties due to excessive and sometimes unnecessary requirements. The consistently demonstrated in the study of court cases is that the authorities in all ten cases have had problems with necessity assessment of the claims shall be made, however, no authority in these cases had any confusions about whether it was appropriate for attaining the objective pursued. Another important discovery along the way has been assessed according to the constituent elements of the Public Procurement Act has been interpreted somewhat differently by different courts. Which may give a distorted picture of the courts positions in just the proportionality assessment. It could even be seen as a lack of legal certainty, the principle of proportionality is not firmly established through the codification of the current Administration Act but instead occurs scattered over different regions of justice. Study also showed that courts only rely on European law in a few cases despite principle of proportionality strong roots in Europe.

## Innehållsförteckning

Abstract .....	2
Innehållsförteckning .....	3
Sammanfattning .....	5
Förkortningar och förklaringar .....	6
1. Inledning .....	7
1.1 Historisk bakgrund.....	7
1.2 Disposition .....	9
1.3 Syfte och frågeställning .....	9
1.4 Material och metod .....	9
1.4.1 Material .....	10
1.4.2 Metod .....	10
1.5 Avgränsningar .....	11
2. Proportionalitetsprincipen .....	11
3. Den juridiska ramen.....	13
3.1 EU-rätt .....	13
3.2 EKMR .....	14
3.3 Nationell lagstiftning .....	15
3.3.1 Lag om offentlig upphandling (2007:1 091) .....	15
3.3.2 Förslag till en ny förvaltningslag (SOU 2010:29) .....	17
4. Domstolsavgöranden.....	18
4.1 ID-nr: 3274-10. Dom i Kammarrätten - Jönköping .....	19
4.2 ID-nr: 8972-12. Dom i Kammarrätten - Stockholm .....	20
4.3 ID-nr: 5451-12. Dom i Kammarrätten - Stockholm .....	21
4.4 ID-nr: 5481-5486-10. Dom i Kammarrätten - Göteborg.....	21
4.5 ID-nr: 2607-09. Dom i Kammarrätten - Göteborg .....	22
4.6 ID-nr: 43394–10. Dom i Kammarrätten - Stockholm.....	23

4.7 ID-nr: 114-12. Dom i Kammarrätten - Stockholm.....	23
4.8 ID-nr: 563–082008-06-26. Dom i Kammarrätten - Jönköping.....	24
4.9 ID-nr: 1903-05. Dom i Kammarrätten - Stockholm .....	25
4.10 ID-nr: 3952-10. Dom i Kammarrätten - Göteborg .....	26
5. Analys .....	27
5.1 Analys av proportionalitetsbedömningen.....	28
5.2 Analys av hänvisningen i europeisk rätt .....	32
5.3 En komparation mellan europeisk lagstiftning och nationell.....	34
6. Diskussion och slutsats.....	34
6.1 Slutsats.....	34
6.2 Diskussion .....	36
7. Käll- och litteraturförteckning .....	37
7.1 Litteraturförteckning .....	37
7.2 Internetkällor.....	37
7.3 Statens offentliga utredningar, SOU.....	38
7.4 Rättsfall.....	38
7.5 Lagtext .....	38

## Sammanfattning

Proportionalitetsprincipen anses vara en av vår tids viktigaste rättssäkerhetsprinciper då den har som avsikt att skydda enskilda medborgare mot oproportionerligt agerande från myndigheter.

Detta väckte vårt intresse inför denna studie. Uppsatsen synliggör hur sådana agerande kan se ut och hur domstolar har valt att döma i fall där den enskilde blivit diskriminerad eller utsatts för orimliga krav under offentlig upphandling. Det lagrum som varit aktuellt genomgående i alla rättsfallen är lag om offentlig upphandling (2007:1097) LOU. Det som framgått i varje rättsfall är att det sökande bolaget inte fått en korrekt ärlig chans då skallkraven i upphandlingen oftast varit ställda på ett sätt som antingen uteslöt mindre sökande bolag eller uteslöt olika potentiella sökande parter på grund av orimliga och ibland onödiga krav. Det som genomgående visats sig i studien av rättsfallen är att myndigheterna i alla tio fallen har haft problem med nödvändighetsbedömningen i de skallkrav som ställts, däremot har ingen myndighet i dessa rättsfall haft oklarheter kring om åtgärden var ägnad att uppnå det åsyftade ändamålet.

En annan viktig upptäckt under resans gång har varit att en bedömning enligt rekvisiten för LOU har tolkats något olika av olika domstolar. Vilket kan ge en skev bild av domstolars ställningstaganden i just proportionalitetsbedömning. Det skulle rent av kunna ses som en brist i rättssäkerheten att proportionalitetsprincipen inte är fast förankrad genom kodifiering i den nuvarande förvaltningslagen utan istället förekommer utspridd över olika områdens rättspraxis. Detta kan te sig märkligt då myndigheter måste beakta proportionalitet i all maktutövning enligt 2 kap. 12 § i regeringsformen i svensk grundlag. En annan slutsats som vi kunnat konstatera i denna studie är att det är något besynnerligt och rent av kanske rättsosäkert att Sverige genom medlemskapet i Europeiska Unionen har inkorporerat EU-rätt i svensk lagstiftning och ändå inte kodifierat proportionalitetsprincipen på lika bred front i svensk lagstiftning som denna har i EU-rätten där den starkt genomsyrar all offentlig maktutövning.

## Förkortningar och förklaringar

**EES** - Europeiska ekonomiska samarbetsområdet

**EKMR** - Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

**EU**– Europeiska Unionen

**EUF** – Fördraget om Europeiska Unionen

**FL** - Förvaltningslag

**HVB** – Hem för vård eller boende

**LOU** – Lag om offentlig upphandling

**SOU** – Statens offentliga utredningar

### **Förord**

Denna studie har skrivits av Carina Johansson och Johan Björk. Arbetet har utförts genom att vi har skrivit ord för ord tillsammans, därför finns ingen individuell uppdelning i arbetet.

## 1. Inledning

Proportionalitetsprincipen är en av de grundläggande principer som präglar myndighetsutövning då dess avsikt är att det ska råda balans mellan mål och medel. Denna balans är mycket viktig i en demokratisk rättsstat då individen annars skulle löpa stor risk att få sina rättigheter och sin integritet kränkt av den offentliga makten. Proportionalitetsprincipen ska således se till att individens integritet inte kränks såvida det är absolut nödvändigt, och att myndigheter inte använder orimligt mycket resurser utan att ta hänsyn till ändamålet. Det finns dock inskränkningar i skyddet för den enskilde då myndighetsutövande sker. Kravet är då att det alltid ska göras en proportionalitetsbedömning i det betungande beslutet. Detta för att den enskilda individen i ett samhälle ska kunna skyddas från myndigheters övertramp finns dessa rättsnormer och rättsprinciper som också innefattar etiska och moraliska värden. I den svenska regeringsformen står det tydligt att myndigheters makt ska utövas under dessa lagar, vilka ska se till att den enskildes utveckling främjas både i nuvarande tid och för generationer framåt.<sup>1</sup> För att dessa grundläggande etiska värden ska garanteras för individen är myndigheter skyldiga att rätta sig efter dessa lagar.<sup>2</sup> Om detta följs gjorde oss nyfikna och därmed blev denna studie till.

De flesta skulle nog hålla med om att det inte skulle vara lämpligt om exempelvis en myndighet vid en upphandling av datorer krävde att bolaget skulle ha en logotyp med ett äpple med en tugga i. Detta skulle förstås leda till att endast det amerikanska bolaget Apple skulle haft möjligheten att kunna ansöka, något som naturligtvis inte skulle uppnå det åsyftade ändamålet. Även om det regelbundet förekommer brister gällande proportionalitetsprincipen i offentliga upphandlingssammanhang är verkligheten sällan så oproportionerlig och tydligt svart eller vit. Det är snarare allt för ofta en balansgång med gråa undertoner.

### 1.1 Historisk bakgrund

Allmänna rättsprinciper används i dag i svensk rätt för att förstå och sätta ett rättsligt problem inom en viss ram. Proportionalitetsprincipen kan användas som ett rättesnöre för hur långt en myndighet får agera i ett ärende som berör en enskild. Proportionalitetsprincipen är ett relativt nytt begrepp i den svenska rätten även om sakläget eller fenomenet har funnits betydligt längre. I historiska uttalanden om denna då ännu inte namngivna proportionalitetsprincip kom redan år 1919 då Reuterskiöld, professor i juridik hävdade att all den maktanvändning som krävs för vinnande av ändamålet är tillåtet, allt annat

---

<sup>1</sup> RF (1974:152) 1 kap. 1-2 §§

<sup>2</sup> Staaf, Annika/Zanderin, Lars (2012) s.50

förbjudet, eller som Halvar G.F. Sundberg, professor i statsrätt vid Uppsala universitet argumenterade nyanserat år 1955, *"Man skall icke skjuta sparvar med kanon"*. Även historikern och juristen Nils Herlitz uttrycker sin åsikt år 1949 om proportionalitet genom att säga *"giva uttryck åt en allmän princip, som bör behärska all verkställighet"*. Proportionalitetsprincipen har dock en längre historia än så även om den inte ännu erhållit den välförtjänta betäckningen. I en reglering för överståthållarämbetet från år 1771 fastslås att: *"Den som har ansvar att upprätthålla den allmänna ordningen och säkerheten skall vidtaga erforderliga åtgärder"* Man syftar här på att myndigheter inte ska ta till åtgärder som inte är nödvändiga för att uppnå målet.<sup>3</sup> Det var dock först Erik Sjöholm i boken *Om politimakten och dess begränsningar* (1964) som gav denna situation/sakläge ett begrepp eller beteckning, nämligen behovsprincipen. Den tidigare proportionalitetsregeln och behovsprincipen resulterade så småningom i den numera välkända proportionalitetsprincipen.<sup>4</sup>

Mycket tack vare medlemskapet i EU samt ratificeringen och inkorporeringen av Europakonventionen för de mänskliga fri- och rättigheterna (framöver benämns som EKMR) har proportionalitetsprincipen fått en starkare ställning i den svenska rätten. Ett exempel på hur proportionalitetsprincipen blivit starkare genom EU-rätten är artikel 5 i EU-fördraget. Denne fastslår att proportionalitet ska styra utövandet över de tilldelade befogenheter som tilldelas och en myndighet kan således inte använda sig av oproportionerligt stor handlingskraft eller oproportionerligt stora repressalier mot den enskilde i avsikt att uppnå det önskade ändamålet.<sup>5</sup> Vad EKMR beträffar så genomsyras den av proportionalitetsprincipen där den går under begreppet *"nödvändigt"*, och det är där en myndighet eller domstol ska beakta om ingreppet är behövligt för att uppnå det önskade ändamålet.<sup>6</sup>

En annan åtgärd som tagits för att ytterligare ge proportionalitetsprincipen större tyngd är i förslaget till en ny förvaltningslag där denna rättsprincip skulle komma att få en mer övergripande funktion.<sup>7</sup> Detta till skillnad från den nuvarande lagstiftningen där principen är utspridd över flera olika författningar. En av dessa författningar är lag (2007:1091) om offentlig upphandling LOU, som vi primärt avser att beröra i denna studie.

---

<sup>3</sup> Marcusson, Lena (red.)/Helminus, Inger (2010) s.109

<sup>4</sup> Sjöholm, Erik (1964 s.245)

<sup>5</sup> EUF artikel 5. Tillgänglig: [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (2013)

<sup>6</sup> Danelius, Hans (2012) s.53

<sup>7</sup> SOU *En ny förvaltningslag* (2010:29) sid.185



## 1.2 Disposition

I första kapitlet beskrivs vad syftet är med uppsatsen och vilket material samt vilken metod som används för att besvara syftet. Därefter ges en förklaring av vilken och varför avgränsningar gjordes. I andra kapitlet följer sedan en kartläggning över definitionen och innebörden av proportionalitetsprincipen. Tredje kapitlet är en juridisk ram som innehåller en definition av EU-rätt, EKMR och nationell rättspraxis i gällande lagstiftning om proportionalitetsprincipen. I det fjärde kapitlet finns rättsfallen som är huvudpunkten i uppsatsen, dessa är systematiserade så att vi har tittat på hur domstolarna har tagit hänsyn till proportionalitetsbedömningen och även om dessa domstolar har tagit EU-rätt och eller EKMR i beaktan vid bedömningen. Det femte kapitlet innehåller en egen analys samt sammanfattning av rättsfallen och i sjätte kapitlet följer de slutsatser som vi dragit i uppsatsen.

## 1.3 Syfte och frågeställning

Syftet med den här uppsatsen är att fastställa hur man i några offentligrättsliga avgöranden tillämpat proportionalitetsprincipen. Rättsfallspraxis berör lag (2007:1091) om offentlig upphandling LOU. Detta urval har gjorts för att proportionalitetsprincipen har en tydlig roll inom detta lagrum. Avsikten har också varit att analysera EU-rätt och EKMR inom området. Detta har gjorts genom att studera de svenska rättsfallen om det hänvisats till EU-rätt och EKMR. En komparativ studie mellan europeisk- och nationell rätt av kodifieringen av proportionalitetsprincipen har även gjorts i avsikt för att för att fastslå dess skillnader. De konkreta frågeställningarna blir då;

1. *Hur tillämpas proportionalitetsprincipen i dessa domstolsavgöranden?*
2. *Har EU-rätt och EKMR gällande proportionalitetsprincipen påverkat dessa domslut?*
3. *Hur skiljer sig kodifieringen av proportionalitetsprincipen i EU-rätt, EKMR och nationell lagstiftning?*

## 1.4 Material och metod

I detta kapitel kommer materialet som används först att framställas för att ge läsaren en inblick i rättskällorna som har lett oss till slutsatserna. Därefter kommer en redogörelse för metoden som används för att besvara de frågeställningar som ställts.

### 1.4.1 Material

De primära källorna så som lagtext kommer successivt redovisas i "*de lege lata*" uppsatsen. Dessa utgörs främst av EU-fördrag, EKMR och den nationella lagstiftningen. Det EU-rättsliga materialet som främst används är artikel 5 i EU-fördraget som fastslår vikten av beaktandet av proportionalitet, och vad EKMR beträffar hänvisas det till begreppet "*nödvändigt*" som regelbundet återkommer i många av artiklarna. Den svenska lagstiftningen kommer främst beröra LOU 1 kap. 9 § som belyser vikten av proportionalitet. Domstolsavgöranden som också betraktas som primära rättskällor kommer i största utsträckningen utgöra kapitlet som berör domstolsavgöranden. Dessa kommer att bestå av tio stycken rättsfall som avgjorts i Kammarrätten där proportionalitetsprincipen varit en avgörande faktor för domen. Uppsatsen kommer också hänvisa till domar från EU-domstolen där man noga beaktat proportionalitetsprincipen, detta i avsikt för att ge en inblick i europeiska domstolens proportionalitetsbedömning. Dessutom används också en statlig offentlig utredning gällande en ny förvaltningslag (SOU 2010:19) i avsikt för att studera i "*de lege ferenda*" eftersom det i denna utredning framgår att proportionalitetsprincipen saknar utrymme i gällande förvaltningslag (1986:223) och det finns en avsikt att kodifiera denna princip i den kommande förvaltningslagen.

De sekundära rättskällorna så som doktrin kommer också utgöra en stor del av uppsatsen. Detta i avsikt för att för en mer djupgående kunskap om ämnet. Ett exempel på sådan litteratur är Lena Markussons bok *Offentligrättsliga principer* (2010) som berör proportionalitetsprincipen på ett djupare plan. I avsikt för att få en bättre kunskap om LOU har Jan-Erik Falks bok *Lag om offentlig upphandling - En kommentar* (2011) används. Hans Danelius beskriver i *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - En kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* (2012) om proportionalitetsprincipens vikt i EKMR, därför känns det nödvändigt att också den boken måste utgöra en del av uppsatsen. Vad EU-rätt beträffar har vi använt oss av *EU och EG-rätten - En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt* (2004) i avsikt för att öka förståelsen och fördjupningen i ämnet.

### 1.4.2 Metod

Metoden som avser att behandla största delen av uppsatsen är den rättsdogmatiska. Med detta syftas det på att man tolkar, systematiserar och analyserar vad som är gällande rätt inom juridiska områden. Det vill säga att man fastslår i "*de lege lata*" hur lagen är. Man kan säga att det som kännetecknar

rättsdogmatiken är att man försöker fastställa vad som är gällande rätt. I denna studie blir den rättsdogmatiska metoden att fastställa proportionalitetsprincipens tillämpning i LOU.<sup>8</sup>

Uppsatsen kommer även att innehålla en europeisk utblick i avsikt för att spegla den egna rättsordningen.<sup>9</sup> Den komparativa analysen kommer bestå i att den nationella kodifieringen beskrivs i förhållande till kodifieringen i artikel 5 EUF och EKMR. Detta skapar dock vissa problem då EKMR och EU-rätten är en del av den nationella rätten. Vi kommer därmed i vissa avseenden urskilja dem åt ändå i avsikt att bli mer införstådd i den egna nationella rättsordningen. I viss mån kommer även uppsatsen att handla om den kommande rätten "*de lege ferenda*" då ett nytt förslag om en ny förvaltningslag (SOU 2010:29) är under utredning. Ingen prediktions metod kommer dock att användas utan snarare en belysning av vad den nya lagstiftningen och vad lagstiftarna har för förhoppning med den.

## 1.5 Avgränsningar

Vår studie avgränsar sig till några domstolsavgöranden gällande offentlig upphandling där proportionalitetsprincipen har varit av relevans. Domstolsavgöranden har vi funnit på två olika databaser, InfoTorg och Karnov. Bortsett ifrån att ärendena skulle beröra LOU och proportionalitetsprincipen skedde valet av domstolsavgöranden slumpmässigt. Vi lade således inget värde i om domarna hade varit till förmån för den ena eller den andra parten. Inte heller gjordes det några andra värderingar om ett specifikt upphandlingsområde eller någon speciell önskad myndighet. Framförallt sållades det inte ut ärenden med bedömningen om något ärende var mer intressant eller underhållande än något annat. För att studien skall vara aktuell med nuvarande rättsläge inom området som studeras har rättsfall valts mellan tidsperioden år 2005-2013. Urvalen hade som uppgift att vara till för att kunna besvara syftet att fastställa hur man i några offentlighetsrättsliga avgöranden tillämpat proportionalitetsprincipen.

## 2. Proportionalitetsprincipen

För att förvaltningsmyndigheterna ska ha möjligheten att på ett rättssäkert sätt kunna fullgöra sina uppgifter i samhället krävs det att de har tillräckliga maktmedel till sitt förfogande. Detta skulle dock kunna ge en motsatt effekt om befogenheterna var obegränsade. I boken *Offentlighetsrättsliga principer*

---

<sup>8</sup> Strömholm, Stig (1998) s.9

<sup>9</sup> Bogdan, Michael (2003) s.27

(2010) som är sammanställd av redaktör Lena Marcusson beskrivs det att demokratiska staters befogenheter vid maktutövning i större utsträckning är styrda av hänsyn än effektivitet, detta på grund av att rättssäkerheten i första hand måste tryggas. Avsikten är att godtycklighet och oproportionerliga ingrepp på individen från förvaltningsmyndigheterna ska förhindras.<sup>10</sup>

Vill man hitta en legal källa om proportionalitetsprincipen i den svenska lagstiftningen kan man börja med regeringsformen 2 kap. 12 §. Det första stycket utgör normgivningskompetensen och vilka rättigheter som kan begränsas med lag, och även om dessa begränsningar finns att tillgå får det endast göras för att tillgodose det ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen som avses göras får heller inte gå utöver för vad som är nödvändigt. Med andra ord kan paragrafen beskrivas så här; Bara för att lagen finns att tillgå ska den inte nödvändigtvis användas, och om den används ska den användas med måtta. Denna föreskrift riktar sig primärt till det lagstiftande organet Riksdagen, men den ska alltid beaktas även vid tillämpning.<sup>11</sup> Tåls att ha i åtanke är att den nuvarande förvaltningslagen saknar reglering om proportionalitet, detta har dock beaktas i ett förslag till en ny förvaltningslag.<sup>12</sup>

För att kunna bedöma proportionalitetsprincipen och om ingreppet på individen varit rimligt måste det göras en proportionalitetsbedömning. Det första en myndighet måste ta hänsyn till är om åtgärden ägnad att tillgodose de åsyftade ändamålet? Med detta syftar man till om förvaltningsmyndigheterna handlande hade för avsikt att tillgodose det avsågade ändamålet. Nästa hänsynsfråga är om åtgärden var nödvändig för att uppnå det åsyftade ändamålet? Frågeställningen är avsedd att belysa om det fanns möjlighet att ta till en lindrigare åtgärd. Slutligen måste man ställa sig frågan om åtgärden medfört fördelar eller nackdelar som står i rimlig proportion till den skada åtgärden förorsakar? Frågeställningen belyser om den eventuella skadan eller diskrimineringen varit försvarbar eller nödvändig.<sup>13</sup>

Även om inte proportionalitetsprincipen uttrycks i lagtext ska den betraktas som en allmän rättsprincip och därmed tillämpas. En avgörande period för detta är år 1996 då Högsta förvaltningsdomstolen (då Regeringsrätten) avgjorde tre ärenden och uttalade att proportionalitetsprincipen vunnit erkännande och allmän normkraft i den svenska rätten. Högsta förvaltningsdomstolen menade att innebörden av principen var att *"en inskränkning från det allmännas sida av den enskildas rätt att använda sin egendom, förutsätter att det föreligger en rimlig balans eller proportionalitet mellan vad det allmänna*

---

<sup>10</sup> Marcusson, Lena (red.) Helminus, Inger (2010) s.107-108

<sup>11</sup> Marcusson, Lena (red.) Helminus, Inger (2010) s.107-108

<sup>12</sup> SOU *En ny förvaltningslag* (2010:29) sid.185

<sup>13</sup> Marcusson, Lena (red.) Helminus, Inger (2010) s.111

*vinner och den enskilde förlorar*". Man hänvisade primärt till EKMR som vid den tidpunkten nyligen inkorporerats i den nationella lagstiftningen.<sup>14</sup>

### 3. Den juridiska ramen

Här nedan följer den juridiska ramen, det vill säga de rättskällor som en rättstillämpare måste eller bör ta hänsyn till när det gäller ärenden om proportionalitetsprincipen och LOU.

#### 3.1 EU-rätt

Proportionalitetsprincipen spelar en central roll i det EU-rättsliga systemet. Den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen har sin grund primärt i den tyska rätten, och det är i huvudsak den tyska författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) som spelat en stor roll i dess utvecklande. Ett exempel på hur proportionalitetsprincipen har en så påfallande roll i det tyska rättssystemet är att det i tyskdömstol alltid lämnas följande definition i utfallet av domarna; *"Ingreppet ska vara lämpligt och nödvändigt för att uppnå målet"*. Det vill säga, konsekvenserna och bördorna får inte och måste således vara rimliga med hänsyn till konsekvenserna mot den enskilde.<sup>15</sup>

I artikel 5 i EU-fördraget belyses denna princip under paragraf 5.1 där förklaras att proportionalitet ska styra utövandet över de tilldelade befogenheter som en myndighet har att beskaffats sig med. En myndighet kan således inte använda sig av oproportionerligt stor handlingskraft mot den enskilde eller åberopa oproportionerligt stora betungande repressalier mot den enskilde. I artikel 5.4 i EU-fördraget riktar den sig till institutionernas maktutövning i förhållande till medlemsstaterna och att unionen som sådan inte ska ta till åtgärder som sträcker sig utanför ramen av vad som betraktas som nödvändigt för att uppnå målen i fördragen.<sup>16</sup>

Proportionalitetsprincipen har även förtydligats i praxis i EU-domstolen. Denna formulering gavs i en dom mellan Reinhard Gebhard och Consigliodell' Ordinedegli Avvocati e Procuratori di Milano angående ett ärende om etableringsrätt; *"De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver*

---

<sup>14</sup> Marcusson, Lena (red.)/Helminus, Inger (2010) s.122-123

<sup>15</sup> SOU *En ny förvaltningslag* (2010:29) s.156

<sup>16</sup> EUF artikel 5. Tillgänglig: [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (2013)

vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning”. Det gör sig tydligt att EU-domstolen belyser proportionaliteten och lägger stor vikt av dess bedömning tack vare det sistnämnda stycket.<sup>17</sup> Denna nödvändighetsbedömning har även fastslagits i en rad andra domar, ett av dessa är det så kallade ”Skummjölksmålet”. Europarådet hade i en förordning ålagt djurfoderproducenter att använda skummjölkspulver istället för soja i avsikt att minska skummjölkspulveröverskottet. Förordningen ogiltigförklarades av EU-domstolen då den bland annat stred mot proportionalitetsprincipen då tvånget att köpa den tre gånger så dyra skummjölken inte ansågs nödvändig för att uppnå det önskade målet att minska överskottet.<sup>18</sup>

Genom Maastrichtfördraget tillkom artikel 6 i EU-fördraget som fastställer att unionen och dess medlemmar ska i all gemenskapsrätt beakta de allmänna principerna och respektera EKMR. Då EKMR genomsyras av denna princip gjorde man detta med förhoppningen att proportionalitetsprincipen skulle få en starkare ställning i den nationella rätten.<sup>19</sup>

Bortsett från regleringen av proportionalitetsprincipen måste även en upphandlande myndighet ta hänsyn till de grundläggande regler som EU avsågs för, nämligen etableringsrätten<sup>20</sup> och att säkra den fria rörelsen av varor och tjänster.<sup>21 22</sup>

### 3.2 EKMR

Europakonventionen genomsyras av proportionalitetsprincipen. Hans Danelius beskriver i *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* (2012) att i enlighet med EKMR kan en åtgärd endast godtas om det står i en rimlig relation till det intresse som avses tillgodose. Termen proportionalitetsprincipen nämns dock aldrig i EKMR:s artiklar utan principen går, och ska tillämpas under begreppet ”nödvändigt” som regelbundet återkommer i EKMR. Tillämpningen gäller framförallt artikel 8-11; Rätt till skydd för privat- och familjeliv, tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, yttrandefrihet och frihet att delta i sammankomster och föreningsfrihet. Det är således vid begreppet ”nödvändigt” som myndigheter och domstolar ska beakta om ingreppet är behövligt för att uppnå det önskade ändamålet.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> ID-nr: C-55/94. EU-domstolen i Luxemburg. Källa: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (2013)

<sup>18</sup> Allgårdh, Alof/Norberg, Sven (2004) s.98

<sup>19</sup> Allgårdh, Alof/Norberg, Sven (2004) s.100

<sup>20</sup> EUF artikel 49. Tillgänglig: [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (2013)

<sup>21</sup> EUF artikel 56. Tillgänglig: [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (2013)

<sup>22</sup> Falk, Jan-Erik (2011) s.35

<sup>23</sup> Danelius, Hans (2012) s.53

### 3.3 Nationell lagstiftning

Som det framgått tidigare i texten har proportionalitetsprincipen en stark ställning i EU-rätten och EKMR. I Sverige ska proportionalitetsprincipen betraktas som en allmän rättsprincip även där den inte står kodifierad i lagrummet, vilket den i många lägen inte gör. Ett uttryck om dess avsaknad och att en mer övergripande tillämpning av proportionalitetsprincipen borde inkorporeras i den nationella lagstiftningen har getts i ett förslag till en ny förvaltningslag (SOU 2010:29), denna kommer att redogöras för under kapitel 3.3.2 - *Förslag till en ny förvaltningslag (SOU 2010:29)*. Den nationella praxis som valts att beakta i uppsatsen är dock domstolsärenden som kan härledas till en konkret paragraf och kapitel, närmare bestämt lag (2007:1091) om offentlig upphandling LOU. Där beskrivs uttryckligen proportionalitetsprincipen under 1 kap. 9 § att; *”Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas”*. Uppsatsen tyngd och primära kärna ligger således på den paragrafen.

#### 3.3.1 Lag om offentlig upphandling (2007:1 091)

Vitsen med LOU och anbudskonkurrens är naturligtvis att få så bra kvalitet till ett så bra pris som möjligt och att inte den upphandlande myndigheten slösar med statens resurser. Men lagen har också för avsikt att främja ett ytterligare perspektiv detta att vid ett upphandlingsärende på en myndighet bör man ha i åtanke att man inte endast kan förlita sig på paragraferna i LOU, utan även förhålla sig till de EU-rättsliga regler angående etableringsrätten som bland annat handlar om att säkra den fria rörelsen av varor och tjänster, det vill säga grundpelarna som EU stöttar sig på. De nationella bestämmelserna, det vill säga LOU får därmed inte tolkas så att de står i konflikt med EU-rätt.<sup>24</sup>

Upphandlingsbestämmelserna ska således verka för att för en mer hälsosam konkurrens på EU-marknaden och ska dessutom arbeta för att motverka otillåten samverkan mellan anbudsgivare.<sup>25</sup> De som primärt berörs av lagstiftningen är förstås statliga myndigheter och kommuner, den privata aktören på marknaden har naturligtvis rätt att upphandla av vilket bolag han eller hon vill. Börsnoterade företag där staten är delägare behöver inte heller förhålla sig till LOU, anledningen till detta anses vara att dessa anses besitta ett större kostnadsmedvetande och ett större affärsmässigt tänk vid upphandlingar.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Falk, Jan-Erik (2011) s.35

<sup>25</sup> Falk, Jan-Erik (2011) s.47

<sup>26</sup> Hagman, Urban (1994) s.11

I avsikt för att upprätthålla den fria rörelsen av varor och tjänster och etableringsrätten måste en upphandlande myndighet förhålla sig till ett antal principer. Förutom proportionalitetsprincipen som denna uppsats primärt berör måste myndigheterna också iaktta icke-diskrimineringsprincipen. Denna princip går regelbundet in i proportionalitetsprincipen vid proportionalitetsbedömningen när man ska beakta om åtgärden medfört fördelar eller nackdelar som står i rimlig proportion till den skada åtgärden förorsakar. Likabehandling, transparens och principen om ömsesidigt erkännande är också nödvändigt att beakta. Detta framgår i LOU 1 kap. 9 §.<sup>27</sup>

I förarbetena till lag om offentlig upphandling (2006/07:128) fanns några förslag gällande proportionalitetsprincipen. I kapitel 7 om grundläggande principer för offentlig upphandling beskrevs vissa invändningar gällande proportionalitet, bland annat denna om att bestämmelser endast skulle gälla principerna om att leverantörer skall behandlas likvärdigt och på ett icke diskriminerande sätt. De utredare som ställde sig kritiska ville här se en ändring så att proportionalitetsprincipen också innefattades som kodifierad i denna bestämmelse. Detta stödde utredarna sig på genom bland annat yttrande från *Svenskt näringsliv* och *Företagarna* samt flera andra remissinstanser så som *Verket för högskoleservice*, *Försvarets materielverk*, och *Socialstyrelsen*. Dessa remissinstanser ansåg att alla fem EU-rättsliga gemensamhets principer om likabehandling, icke diskriminering, öppenhet, ömsesidighet, och proportionalitet som finns kodifierade och förklarade i artikel 5 i EUF också skall finnas med i affärsmässighetspunkten i LOU. Motiveringen till detta var att de svenska lagarna inom detta område borde sammanstråla med de internationella i största möjliga mån vilket automatiskt gör att lagtexten också bör innefatta proportionalitet kodifierad. Viket enligt remissinstanserna skulle ge fördelar ekonomiskt men även socialt i upphandlandena. I EU-rätten har proportionalitet inom affärsmässighet en stark och väl utformad definition som rättspraxis, detta för att ett gott affärsmässigt upphandlande skall kunna följas mellan de olika EU länderna.<sup>28</sup>

I regeringens proposition 2006/07:128 har en utmönstring av begreppet affärsmässighet gjorts med stöd av att de gemensamhets principer som finns definierade i EU rätten och som också gäller som lag i Sverige täcker upp för kraven som ställs i praxis om affärsmässighet i den tidigare LOU. De allmänna EU rättsliga principer (som nämnts ovan) skall iakttas och efterföljas vilka också enligt regeringen finns beskrivna i förarbetena till varje lag som berör gemensam handel. Därmed ansåg inte regeringen att

---

<sup>27</sup> Falk, Jan-Erik (2011) s.46

<sup>28</sup> SOU *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster* (2006/07:128) s.151



proportionalitetsprincipen behövde en ytterligare utformning genom affärsmässighetsbegreppet en den befintliga paragrafen i Lag om offentlig upphandling LOU.<sup>29</sup>

### 3.3.2 Förslag till en ny förvaltningslag (SOU 2010:29)

Även om avsikten med uppsatsen är att arbeta rättsdogmatiskt och att redogöra för hur rättsläget förhåller sig i nuvarande skrivande stund, känns det dock angeläget att ge utrymme för den nya förvaltningslagen (SOU 2010:29). Då vårt primära material som består rättsfallsavgöranden handlar om myndigheter vilka utgör part i en offentlig upphandling gentemot en enskild. Därmed har myndigheten att rätta sig efter den lagpraxis som finns i gällande förvaltningslag (1986:223) FL. Viket ger oss anledning att belysa att den nuvarande förvaltningslagen är av ofullständig karaktär inom området proportionalitet.

Med hänvisning till den nuvarande förvaltningslagen avsaknad av tydlighet på området avser lagstiftaren att ge proportionalitetsprincipen, tillsammans med legalitetsprincipen och objektivitetsprincipen större befäst tyngd i den nya lagen. 4 § i den framtida förvaltningslagen kommer således vara utformad på följande vis; *”En myndighet får endast vidta åtgärder som har stöd i lag eller annan föreskrift. I sin verksamhet ska myndigheten iakttä saklighet och opartiskhet. Myndigheten får ingripa i ett väsentligt enskilt intresse endast om ingreppet kan antas leda till det avsedda resultatet. Ingreppet får aldrig vara mer långtgående än vad som behövs och får göras endast om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som uppstår för den som ingreppet riktas mot”*. I utredningen påpekas det att Högsta förvaltningsdomstolen redan i en serie rättsfall har fastslagit att proportionalitetsprincipens tillämpning och allmänna rättsprincipsvärde är av stark och absolut karaktär på grund av EU-rätten och EKMR. Det påvisar att kodifieringen i förvaltningslagen skulle tillföra flera positiva element. Det primära i detta är att de nationella förvaltningsmyndigheterna skulle göras mer uppmärksamma på de allmänna rättsprinciperna och att proportionalitetsbedömningen i större utsträckning skulle kunna avgöras mer korrekt i redan första instans. Något som man hoppas leda till att begränsa onödiga överklaganden. Ett förtydligande av EU-rätten och Europakonventionen avses också att uppnås genom kodifieringen.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> SOU Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2006/07:128) s.156-157

<sup>30</sup> SOU En ny förvaltningslag (2010:29) sid.23, 24, 36

## 4. Domstolsavgöranden

I detta kapitel kommer tio stycken rättsfall som har berört LOU och proportionalitetsprincipen att redogöras. Rättsfallen gäller Kammarrätters granskningar av överklaganden från parter som anser att staten det vill säga myndigheten gått över sina befogenheter gentemot dem. Kammarrätten har i dessa fall gjort en bedömning efter hur dessa åtgärden eventuellt har stridit proportionalitetsprincipen. För att göra en analys av domstolarnas proportionalitetsbedömning i de gällande rättsfallen används tre kriterier. Dessa tre kriterier är också ämnade som metod för att kunna svara i enlighet med frågeställningen; *Hur tolkas proportionalitetsprincipen i dessa domstols avgöranden?*

- Var åtgärden ägnad att tillgodose de åsyftade ändamålet?  
Denna punkt ifrågasätter om myndighetens handlande i dessa fall hade för avsikt att tillgodose det avsågade ändamålet, och om det således var proportionerligt.
- Var åtgärden nödvändig för att uppnå detta ändamål?  
Denna punkt ifrågasätter om åtgärden var nödvändig för att uppnå det mål som myndigheten hade för avsikt att uppnå.
- Medför åtgärden fördelar som står i rimlig proportion till den skada åtgärden förorsakar?  
Med detta syftas på om åtgärden har lett till orimliga för- och nackdelar för de inblandade och andra berörda.

I rättsfallen kommer det också redogöras för om domstolarna har tagit hänsyn till EU-praxis och EKMR. Detta görs för att kunna besvara den andra frågeställningen; *Har EU-praxis och EKMR praxis påverkat dessa domslut?*

#### 4.1 ID-nr: 3274-10. Dom i Kammarrätten - Jönköping

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av HVB-tjänster som avgjordes i Kammarrätten Jönköping den 28 april år 2011.

När den 4:e storstadsregionens kommunalförbund genomförde en upphandling av HVB-tjänster, det vill säga (hem för vård och boende tjänster) för vuxna med beroendeproblematik, ställde man ett obligatoriskt krav på att behandlingen inte fick vara lokaliserad längre bort än 20 mil fågelvägen. Kommunalförbundet hade ställt upp 20-milskravet med anledning av socialtjänstlagens närhetsprincip som säger att vården bör utformas för att främja samhörighet med närstående och hemmiljön, något som också förvaltningsrätten sedan instämde med. I enlighet med proportionalitetsbedömningen var detta krav ägnat att tillgodose det åsyftade ändamålet, i detta fall för att göra avståndet rimligt för patienter och närstående. Detta ansåg en av anbudsgivarna Provita AB stred mot proportionalitetsprincipen som finns lagstiftad i lag (2007:1091) om offentlig upphandling 1 kap. 9 §. Provita AB anförde i sin klagan till kammarrätten att detta inte vara nödvändigt då lättillgängligheten inte bör bedömas fågelvägen eftersom denna definition inte speglar dess syfte.

Även om Kammarrätten i nästa instans i viss mån höll med om att det var viktigt att understryka lättillgängligheten mellan behandlingshemmet och dess förhållande till hemorten ansåg de inte att det var rimligt att ta hänsyn till fågelvägen och dess 20-milkrav när man skulle göra den bedömningen. Lättillgängligheten bör ju således bedömas hur lättillgängligt det är att ta sig dit för en person och inte hur många mil det är för en fågel att flyga. Kammarrätten ansåg att Povita AB lidit skada av åsidosättandet av proportionalitetsprincipen och överklagan ska därmed bifallas och upphandlingen göras om. 20-milskravet fågelvägen ledde således till fördelar till andra anbudsgivare genom dold uteslutning av Provita AB som varken kan betraktas som rimligt eller proportionerligt.

Proportionalitetsprincipen har som syfte i detta ärende att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören och leveransen än vad som är nödvändigt och som får anses vara förenligt med ändamålet. Kraven måste således stå i proportion med de behov som avses ska täckas. Kammarrätten gjorde således tolkningen att proportionalitetsbedömning inte hade gått rätt till i varken 4:e storstadsregionens kommunalförbund eller Förvaltningsrätten. Bortsatt från att man hänvisar till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis så fastställs domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> ID-nr: 3274-10, Kammarrätten i Jönköping. Källa: InfoTorg (2013)

#### 4.2 ID-nr: 8972-12. Dom i Kammarrätten - Stockholm

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av callcentertjänster som avgjordes i Kammarrätten Stockholm den 23 april år 2013.

När Stockholms Lokaltrafik AB skulle genomföra en upphandling av callcentertjänster för färdtjänst innehöll denna ett krav på att de personuppgifter som kan tänkas spridas endast ska tillåtas göras tillgängliga i stater som är medlemmar i EU/EES. Om detta inte är fallet krävs att EU-kommissionen har gjort en bedömning av statens skyddsnivå för personuppgifter och bedömt dessa som tillräckliga. Med utgångspunkt från om åtgärden endast tillåta stater som är medlemmar i EU/EES var ägnad att tillgodose det åsyftade ändamålet, det vill säga säkerställa skyddsnivån för personuppgifter får man betrakta åtgärden som proportionerlig. Problematiken uppstod då kravet ledde till ett direkt uteslutande av Samres AB som bedriver sin verksamhet i Moldavien. Samres AB ansåg att kravet inte var nödvändigt då de hade ratificerat Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter. Med den anledningen tar Samres AB ärendet vidare till Förvaltningsrätten och hävdar att villkoren för upphandlingen ska korrigeras så att användning av standardavtalsklausuler som Moldavien ratificerat tillåts. Samres AB menar också att Moldavien har ökat skyddet för personuppgifter likt den svenska motsvarigheten personuppgiftslag (1998:204) i syfte för ett eventuellt framtida medlemskap i EU. Förvaltningsrätten fann dock att den moldaviska skyddsnivån på personuppgifter inte kunde garantera den nivå som krävdes och att kraven från Stockholms Lokaltrafik AB inte stred mot proportionalitetsprincipen.

Kammarrätten gjorde dock en annan bedömning då man konstaterar att länder som ratificerat konventionen får anses uppfylla kravet på en adekvat skyddsnivå för personuppgifter. Stockholms Lokaltrafik AB:s krav kan därmed inte betraktas som nödvändiga för att uppnå det syfte man eftersträvar och de är heller inte proportionerliga i förhållande till de negativa effekter vilka kan drabba Samres AB i enlighet med 1 kap. 9 § i LOU. Upphandlingen ska därför tas om. Det automatiska uteslutandet av företag som är baserade i stater som inte är medlemmar i EU/EES gav därmed ofördelaktiga konsekvenser för dessa, och detta var därmed inte förenlig med proportionalitetsprincipen. Kraven måste således stå i proportion med de behov som avses ska täckas, något Kammarrätten ansåg att Samres AB kunde uppfylla. Domen fastställdes utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> ID-nr: 8972-12, Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg (2013)

#### 4.3 ID-nr: 5451-12. Dom i Kammarrätten - Stockholm

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av måltidsförsörjning som avgjordes i Kammarrätten Stockholm den 29 oktober år 2012.

När Utbildningsnämnden i Stockholm stad skulle göra en upphandling av måltider till en skola ställdes krav på att självriskan på den ansvarsförsäkring anbudsgivaren tecknar inte fick överstiga 0,5 prisbasbelopp, vilket motsvarar 22 000 kronor. Med denna siffra syftas den summa som leverantören måste betala till försäkringsbolaget (eller betala själv) om ett barn blir sjuk av maten. Syftet var ägnat att reglera självrisktaget för det bolaget som tecknade avtalet om måltidsförsörjningen åt Stockholm stad, vilket får betraktas som en rimlig åtgärd. Fazer AB påtalade att denna föreskrift inte stod i proportion till ändamålet med upphandlingen och begärde att kravet skulle elimineras från upphandlingsunderlaget detta i enlighet med LOU 1 kap. 9 §. Fazer AB syftade till att de var verksamma i flera medlemsstater och redan hade tillräckliga övergripande försäkringslösningar och bör därför inte stängas ute på grund av att Utbildningsnämnden i Stockholm stads krav. Fazer AB ansåg dessutom att detta inte var nödvändigt för att uppnå det åsyftade ändamålet då de hade andra försäkringslösningar att tillgå. Förvaltningsrätten i Stockholm ansåg att Utbildningsnämnden var berättigad att ställa ett sådant krav och avslår därmed Fazers ansökan.

Kammarrätten gör en annan bedömning då de konstaterar att de uppställda kraven på självrisktak är oproportionerligt. Kammarrätten ansåg även att självrisktaget har medfört att Fazer AB har lidit skada eller kan komma lida skada på grund av uteslutningen, något som Förvaltningsrätten inte lade så stor vikt vid. Därför skulle upphandlingen tas om. Bortsatt från att man hänvisar till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis så fastställs domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt.<sup>33</sup>

#### 4.4 ID-nr: 5481-5486-10. Dom i Kammarrätten - Göteborg

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av biblioteksmedia som avgjordes i Kammarrätten Göteborg den 14 mars år 2011.

När kommunerna Dals Ed, Färgelanda, Uddevalla, Vänersborg, Åmål och Trollhättan beslutade om att göra en upphandling av biblioteksmedia ställdes kravet att leverantörerna skulle leverera allt material

---

<sup>33</sup> ID-nr: 5451-12, Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg (2013)

med så kallat biblioteksband. Med detta syftas det på en förstärkt bindning av böckerna i avsikt att förlänga livstiden, detta trots att inte alla böckerna är i behov av biblioteksband snarare en väldigt liten och marginell del av böckerna hade det behovet. Avsikten med detta var att en leverantör endast kommer att antas om denne kan leverera böcker med biblioteksband då det annars skulle innebära betydligt mer arbete för kommunerna om de tvingades arbeta med flera leverantörer. Dessa krav uteslöt Boktjänst AB som bestred detta i sin klagan hos förvaltningsrätten. Åtgärden, det vill säga kravet på biblioteksband på all biblioteksmedia var ägnad att åstadkomma syftet. Upphandlingen kunde och borde spridas ut över flera leverantörer, och Boktjänst AB borde ha fått chansen att lägga ett bud där inte biblioteksband var nödvändiga. Boktjänst AB begärde således överprövning då detta krav direkt uteslöt majoriteten av de potentiella leverantörerna då endast en, eller högst två leverantörer hade möjligheten att uppfylla det kravet.

Både Förvaltningsrätten och Kammarrätten menade att kravet stred mot den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen samt 1 kap. 9 § i LOU dessutom ansåg man att Boktjänst AB samt många andra potentiella leverantörer lidit skada eller kan komma lida skada på grund av denna uteslutning. Kammarrätten gav därmed Boktjänst AB bifall.<sup>34</sup>

#### 4.5 ID-nr: 2607-09. Dom i Kammarrätten - Göteborg

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av skolskjutstjänster som avgjordes i Kammarrätten Göteborg den 25 juni år 2009.

När Alingsås kommun hade för avsikt att upphandla skolskjutstjänster ställde det bland annat krav på att företaget skulle vara av en viss storlek i avsikt för att garantera att företaget skulle klara mängden transporter. Detta krav var ägnat att tillgodose behovet som Alingsås kommun hade. Loffes företagstaxi AB vägrade inte upp till dessa krav och Alingsås kommun uteslöt företaget från upphandlingen. Denna uteslutning grundade sig på att man ansåg att bolagets storlek och erfarenhet varit ringa i förhållande till kraven. Loffes företagstaxi AB överklagade då beslutet till Länsrätten i Vänersborg, dock utan positivt resultat.

När ärendet togs upp i Kammarrätten i Göteborg gav rätten Loffes företagstaxi bifall då man ansåg att kraven inte hade varit nödvändiga och heller inte stått i proportion med det åsyftade ändamålet. Kammarrätten finner att detta agerande strider mot proportionalitetsprincipen och hänvisar till EU-rätten

---

<sup>34</sup>ID-nr: 5481-5486-10, Kammarrätten i Göteborg. Källa: InfoTorg (2013)

som säger att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på leverantören än det som erfordras för ett naturligt samband med det syftade ändamålet.<sup>35</sup> Slutligen finner kammarrätten att företaget i fråga lidit skada av att ha blivit åsidosatt, vilket strider mot proportionalitetsprincipen i LOU 1 kap. 9 § och förordar därför att upphandlingen ska tas om.<sup>36</sup>

#### 4.6 ID-nr: 43394–10. Dom i Kammarrätten - Stockholm

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av tvätteritjänster som avgjordes i Kammarrätten Stockholm den 28 juni år 2011.

När Stockholm läns landsting skulle göra en upphandling av tvätteritjänster ställde det kravet att tidsfristen för anbudslämnarna skulle ställas till fyra månader. Berendsen textil AB lämnade då in en klagan angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU då denne ansåg att tidsfristen var orimlig. Detta på grund av att Berendsen textil AB ansåg att tiden inte var tillräcklig för att anpassa bolaget till att en så stor kund som Stockholms läns landsting. Avsikten med tidsfristen var dock ägnad att tillgodose Stockholm läns landsting krav då de hade för avsikt att avverka upphandlingen så snart som möjligt, men eftersom andra landsting hade haft upp till tolv månader framförhållningstid motsatte sig Berendsen textil AB kravet. Detta ledde till att företaget överklagade beslutet till Förvaltningsrätten, som dock avslog begäran och gick på Stockholm läns landstings linje.

När ärendet senare togs upp i Kammarrätten i Stockholm ansåg man att kravet på den snabba handläggningen inte hade varit nödvändig och att Berendsen textil AB och andra anbudsgivare lidit skada eller kan komma lida skada av tidsbegränsningen. Vilket stred mot proportionalitetsprincipen i LOU 1 kap. 9 § och förordar därför att upphandlingen ska tas om. Domen fastställdes utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt.<sup>37</sup>

#### 4.7 ID-nr: 114-12. Dom i Kammarrätten - Stockholm

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av skyddsvästar till Rikspolisstyrelsen som avgjordes i Kammarrätten Stockholm den 23 maj år 2012.

---

<sup>35</sup> EUF artikel 5. Tillgänglig: [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (2013)

<sup>36</sup> ID-nr:2607-09, Kammarrätten i Göteborg. Källa: Karnov (2013)

<sup>37</sup> ID-nr: 43394–10. Kammarrätten i Stockholm. Källa: Karnov (2013)

När Rikspolisstyrelsen avsåg att göra en upphandling av skyddsvästar ställdes det ett krav på att anbudsfristen inte fick sträcka sig längre än fyrtio dagar, något som ledde till ett automatiskt diskvalificerande av utländska anbudsgivare. Dels för att förfrågningsunderlaget hade tillhandahållits på svenska, samt att anbuderna hade efterfrågats att vara skrivna på svenska. Kravet, som var ägnat att uppnå Rikspolisstyrelsens mål om en snabb och effektiv upphandling motsatte sig bland annat det tyska företaget Mehler Vario System GmbH (framöver betecknat som Mehler) dessa företag anförde i sin klagan att tidsfristen var för kort för dem som utländska anbudsgivarna samt att den korta anbudstiden inte var proportionerlig till upphandlingens omfattning. Dessutom hade komplexiteten i upphandlingen varit invecklad då det inte endast berörde ”skyddsvästar” utan olika former av ballistiska skyddsvästar och taktiska skyddsvästar, något som ytterligare ledde till att den korta anbudstiden försvårade situationen för de olika utländska anbudsgivarna. Man betraktade således inte den korta anbudstiden som nödvändig. Förvaltningsrätten gav således Mehler bifall och hänvisade till LOU 1 kap. 9 § att kravet på fyrtio veckor saknade proportionalitet i förhållande till den stora och komplexa upphandlingen. Förvaltningsrätten hävdade att en upphandlande myndighet inte ska ställa upp strängare eller längre gående krav än vad som är befogat för att på krav varans kvalitet ska säkerhetsställas, dessutom ska inga onödiga eller irrelevanta krav ställas. Förvaltningsrätten hävdar också att Mehler har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den korta anbudstiden.

Rikspolisstyrelsen överklagade beslutet till Kammarrätten, dock utan att få medhåll. Upphandlingen ska därför tas om. Bortsett från att man hänvisar till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis så fastställs domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt.<sup>38</sup>

#### 4.8 ID-nr: 563-082008-06-26. Dom i Kammarrätten - Jönköping

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av funktionshjälpmedelstjänster som avgjordes i Kammarrätten Jönköping den 23 januari år 2008.

När landstinget i Jönköping avsåg att göra en upphandling om bolagsleverantör gällande funktionsnedsättningshjälpmedel ställdes ett skalkrav om att det vinnande sökandebolaget skulle vara anslutna till det databaserade informationshanteringssystemet Hinfo. Landstinget hade också satt kravet om att det vinnande bolaget skall delges vitessumma om de inte har avtalet med Hinfo klart vid ingång

---

<sup>38</sup> ID-nr: 114-12. Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg (2013)



avtal. Flera av de sökandebolagen Handicare AB, Invacare AB, Etac Sverige AB, Sunrice Medical AB samt Permobil försäljning och service AB begärde överprövning av beslutet om dessa skallkrav och ansåg att upphandlingen måste göras om. Alternativt anförde de klagande bolagen att ändringar skall ske i avtalsklausulen om detta skallkrav. Sökandebolagen hävdade att detta krav stred mot proportionalitetsprincipen i lag om offentlig upphandling 1 kap. 4§ i LOU, som handlar om affärsmässighet och proportion. Sökandebolagen ansåg att det ställs orimliga merkostnader på de sökande som inte stod i förenlighet med syftet och konkret inte heller stod i proportion till den vinst som bolagen kommer att göra vid eventuellt avtal med landstinget. Landstinget avsikt var ägnat att tillgodose det ägnade syftet att tillhandahålla en god service till patienter med behövande hjälpmedel. Länsrätten anser att bifall skall ges till sökandebolagen, då kravet på anslutning till Hinfo inte uppfyller de krav som ställs i en proportionalitetsbedömning när det gäller att mindre skadlig åtgärd alltid skall beaktas. Länsrätten bedömer att kraven var utan oproportionerliga och anser att sökandebolagen själva kan tillhandahålla kunden (Landstinget i Jönköping) och dess patienter information om hjälpmedel på sina egna hemsidor, vilket också gör att dessa bolag merkostnader som en anslutning till Hinfo medför. Länsrätten anser härmed att sökandebolagen lidit skada enligt 7 kap. 2§ LOU och upphandlingen skall således göras om.

Landstinget överklagade till Kammarrätten i Jönköping och yrkar att länsrättens dom skall upphävas. Kammarrätten tar ställning till om Landstinget i Jönköping hade rätt att ställa dessa skallkrav. Kammarrätten får hjälp av konkurrensverket för information och rekommendationer om sakfrågan. Efter att Kammarrätten vägt in de tre stegen i en proportionalitetsbedömning åtgärdsämplighet, nödvändighet samt minst skademässigt valda alternativ gör kammarrätten dock en annan bedömning än Länsrätten och anser inte att de negativa effekterna varit oproportionerliga och bedömer dessa som avtalsmässiga. Därmed upphäver Kammarrätten Länsrättens dom. Bortsätt från att man hänvisar till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis så fastställs domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt.<sup>39</sup>

#### 4.9 ID-nr: 1903-05. Dom i Kammarrätten - Stockholm

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av klarspråkskonsult som avgjordes i Kammarrätten Stockholm den 30 juni år 2005.

---

<sup>39</sup> ID-nr: 563-082008-06-26, Kammarrätten i Jönköping. Källa: Karnov (2013)

När Botkyrka kommun avsåg att göra en upphandling av en klarspråkskonsult ställdes ett skallkrav att anbudsgivarens processledare skulle ha en språkkonsultutbildning från högskola eller motsvarande. Detta ledde till att bolaget Ord & Vetande AB uteslöts per automatik från upphandlingen då de inte kunde uppfylla det kravet. Ord & Vetande AB hävdade att det finns andra sätt att införskaffa sig kompetens än att just ha gått den specifika önskade utbildningen. Bolaget som har varit aktivt sedan år 1986 och har under de senaste åren gjort liknande uppdrag åt Försäkringskassan tyckte således inte att kravet var förenligt med proportionalitetsprincipen. Ord & Vetande AB hänvisade till 1 kap. 9 § i LOU och påpekade att även om åtgärden var ägnad att uppnå det önskade ändamålet var det inte nödvändig, 20 års kompetens och erfarenhet inom området borde vara som minst likvärdig med ställda krav om önskvärda akademiska meriterna. Dessutom hävdade man att om dessa krav i framtiden skulle slå igenom skulle det i praktiken leda till yrkesförbud för det bolaget, samt för många andrabolag i liknande situation. Eftersom ett mindre ingripande alternativ finns, nämligen att lägga värde på kompetens och erfarenhet ansåg man därför att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Länsrätten i Stockholm gick på Ord & Vetande AB:s linje och beslutade att upphandlingen skulle göras om, ett beslut som Botkyrka kommun överklagade till Kammarrätten, dock utan framgång. Kammarrätten ansåg att skallkravet bör innehålla en kombination av erfarenhet och akademiska meriter, något som skulle vara ett mindre ingripande alternativ, och om ett sådant finns utan att man som upphandlande myndighet tagit detta i beaktan är inte kravet förenligt med proportionalitetsprincipen. Kammarrätten hävdar också att Ord & Vetande AB har lidit eller riskerat att lida skada av uteslutandet, upphandlingen ska därför tas om. Ingen hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EU-rätt eller EKMR gjordes i domen.<sup>40</sup>

#### 4.10 ID-nr: 3952-10. Dom i Kammarrätten - Göteborg

Detta fall berör ett ärende angående offentlig upphandling av posttjänster som avgjordes i Kammarrätten Göteborg den 24 januari år 2011.

När kommunförbundet i Skåne skulle genomföra en upphandling av posttjänster inom vissa av deras delområden ansåg Bring CityMail Sweden AB en av ansökarna att denna upphandling borde göras om. Enligt Bring CityMail Sweden AB är skallkraven för tjänsteområden 1 och 2 orimliga då endast en leverantör kommer att antas till varje del av de olika tjänsterna inom de olika områdena, vilket innebär

---

<sup>40</sup> ID-nr: 1903-05, Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg (2013)

att en sökande leverantör måste söka alla delar för att bli huvudleverantör för Kommunförbundet. I samma underlag framgår också att Kommunförbundet kommer att anlita olika leverantörer för de olika områdena, vilket gör att det blir omöjligt för en liten anbudslämnare att lägga bud på ett helt område. Dessa krav leder i princip till att det ställs ett generellt krav på att anbudslämnaren ska kunna täcka upp för posttjänster i ett stort geografiskt område. Endast ett så pass stort bolag som Posten kan väga upp till de krav som ställs på en eventuell leverantör och detta medför att Posten kommer att stå utan konkurrens på en öppen marknad. Bring City Mail Sweden AB anser att detta strider mot proportionalitetsprincipen i lag (2007:1 091) om offentlig upphandling (LOU) och kräver därmed en överprövning kring detta.

Kommunförbundets avsikt med kravet var att genomföra upphandlingen för att få leverantörer av posttjänster på billigast och effektivast, samt på mest rationella sätt. Kravet var således ägnat att uppnå det åsyftade målet. Bring City Mail Sweden AB ansåg dock inte åtgärden vara nödvändig eftersom man ansåg att denne indirekt diskriminerats på grund av sin oförmåga att täcka upp stora geografiska områden. Förvaltningsrätten bifaller sökande om ingripande enligt LOU och hänvisar även till den grundläggande EG-rättsliga proportionalitetsprincipen att en upphandlande myndighet inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. Ingen hänvisning till proportionalitetsprincipen i EKMR gjordes. Förvaltningsrätten förordnar således att upphandling ska göras om. Kammarrätten gör dock motsatt bedömning och ger kommunförbundet rätt. De anser inte att City Mail lidit skada av kraven eftersom de inte kunnat tillhandahålla tjänstekraven som kommunförbundet ställt. Upphandlingen ska således inte göras om.<sup>41</sup>

## 5. Analys

I följande del kommer en sammanfattande analys att göras. Den inleds med att analysera hur proportionalitetsbedömningen har gjorts i de gällande rättsfallen. Proportionalitetsbedömningen som har delats in i tre olika steg kommer således att göras det även i analysen. En sammanfattning av de olika bedömningsmetoderna inleder delarna i avsikt att sedan analysera bedömningen. Därefter kommer en analys av om EU-rätt och EKMR har påverkat dessa domslut.

---

<sup>41</sup> ID-nr: 3952-10, Kammarrätten i Göteborg. Källa: Karnov (2013)

## 5.1 Analys av proportionalitetsbedömningen

Det första steget som tas för att göra en proportionalitetsbedömning är att avgöra om åtgärden är ägnad att uppnå det åsyftade ändamålet. I samtliga rättsfall framgår det att myndigheterna har följt den anvisningen, även om det kan ha känts tveksamt i rättsfall 4.1 När den 4:e storstadsregionens kommunalförbund genomförde en upphandling av HVB-tjänster. Att ställa ett 20-milakrav fågelvägen kan tyckas tveksamt, och man frågar sig om detta krav ägnar det åsyftade ändamålet. Även om 20-milakravet hade som syfte att uppnå lättillgänglighet för de inblandade personerna, kan inte lättillgängligheten bedömas fågelvägen. Detta beror naturligtvis på att människor oftast förflyttar sig längst marken. Den 4:e storstadsregionens kommunalförbunds avsikt med detta var nog trots allt att uppnå det ägnade syftet även om den kanske gjorts i all hast och med mindre eftertänksamhet.

Nästa steg är att avgöra om åtgärden har varit nödvändig för att uppnå det åsyftade ändamålet. Denna bedömning tycks myndigheterna regelbundet få problem med, detta då vår studie visar att en övervägande del av rättsfallen pekar på att myndigheterna har gjort en felaktig nödvändighetsbedömning. Man har ofta från myndighetens sida i dessa fall inte tagit hänsyn till ett mindre betungande alternativ.

I rättsfall 4.1 gjordes ett närhetskrav på 20 mil, fågelvägen i en upphandling om HVB-tjänster. Domstolarna ansåg att detta beslut var irrelevant för att säkerhetsställa tillgängligheten för bland annat närstående och personal, eftersom lättillgänglighet inte kan eller bör bedömas fågelvägen. I rättsfall 4.2 ställdes ett EU/EES-medlemskrav i upphandling av callcentertjänster i avsikt att säkerhetsställa personuppgifter. Även i detta fall tog man inte hänsyn till ett mindre ingripande alternativ trots att Moldavien hade ett likvärdigt personuppgiftsskydd genom att de hade ratificerat Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter. I rättsfall 4.3 krävdes det att den ansökande parten hade en viss specifik försäkring i avsikt att säkerhetsställa hälsan hos skolbarn vid matleveranser. Åtgärden i detta fall ansågs inte heller som nödvändig för att uppnå det åsyftade ändamålet då många matleverantörer har andra försäkringslösningar. Fazer AB som är verksam i flera EU-stater bör således inte diskrimineras för denna anledning då det ska råda fri och jämlik marknad inom EU. I rättsfall 4.4 ställde ett antal kommuner krav på leverantörer av biblioteksmedia att kunna leverera med biblioteksband även om väldigt få böcker hade det behovet. Även i detta rättsfall ställdes ett orimligt krav i förhållande till behovet. I rättsfall 4.5 ställdes återigen ett för högt och orimligt krav på upphandling av taxitjänster, och kan därmed inte betraktas som nödvändigt. Detta då Alingsås kommun krävde en viss storlek och erfarenhet på bolaget som ska få ansöka om uppdraget. Detta agerande kan inte betraktas som nödvändigt då enskilda småföretag borde behandlas likvärdigt

med stora resursstarka bolag. Vinnande bolag kan trots allt växa och anpassa sig till rådande omständigheter. I rättsfall 4.6 ställde Stockholm läns landsting krav i en upphandling av tvätteritjänster om fyra månaders tidsfrist för anpassning. Detta kan inte betraktas som nödvändigt då det visat sig att andra landsting har haft 12 månaders anpassningstidsfrist för eventuella leverantörer. I rättsfall 4.7 handlar det återigen om en anbudstidsfrist som inte kan betraktas som nödvändig. Upphandlingen avsåg inköp av skyddsvästar av olika slag till Rikspolisens som krävde att anbudet skulle vara klara inom fyrtio dagar, trots att förfrågningsunderlaget var, och skulle besvaras på svenska. Detta krav medförde omedelbart en diskriminering av utländska bolag. I rättsfall 4.8 krävde Jönköpings landsting i sin upphandling av funktionshjälpmedelstjänster att sökande bolag skulle vara anslutna till databaserade informationshanteringssystemet Hinfo. Om bolagen kan uppfylla dessa hjälpmedel på egna hemsidor, vilket de också kunde få man nog betrakta att skallkravet som icke nödvändigt. Kammarrätten gör dock en annan bedömning och ansåg att kravet var avtalsmässigt då detta gjordes efter en inrådan och bedömning av konkurrensverket. I rättsfall 4.9 ställde Botkyrka kommun i ett upphandlingsärende av klarspråkskonsult ett skallkrav om att denne skulle ha en specifik akademisk bakgrund. Nödvändighetsbedömningen i det kravet får nog betraktas som irrelevant då kompetens och erfarenhet borde väga minst lika tungt, om inte mer än en enda specifik utbildning. I rättsfall 4.10 avsåg kommunförbundet i Skåne att köpa in posttjänster och ställde i förfrågningsunderlaget ett skallkrav på att leverantören skulle vara förmögen att kunna ta sig an alla distrikten i området för att få ta del i upphandlingen. Detta krav ledde till att endast ett företag, Posten kunde lämna in en ansökan även om mindre företag kanske borde ha kunnat få söka enskilda distrikt. Kammarrätten ansåg däremot att ett sådant krav var nödvändigt.

I åtta av den tio rättsfallen som har analyserats framgår det att myndigheterna inte tagit hänsyn eller negligerat nödvändighetsbedömningen. I EKMR:s artiklar går proportionalitetsprincipen under begreppet nödvändigt till skillnad från den nationella lagstiftningen, och det känns oundvikligt att inte ställa sig frågan om myndigheterna hade gjort en bättre nödvändighetsbedömning om proportionalitetsprincipen i LOU gått under det begreppet. Om myndigheterna negligerat nödvändighetsbedömningen avsiktligt eller oavsiktligt låter vi vara osagt, men om myndigheterna hade varit mer insatta i EKMR hade de förmodligen gjort en annan bedömning. I domen som tidigare nämndes under den juridiska ramen och rubriken EU-rätt nämns det i målet Reinhard Gebhard och Consigliodell' Ordinedegli Avvocati e Procuratori di Milano i ett mål om etableringsrätt att; ”*De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som*

*eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning*".<sup>42</sup> Ett exempel på en sådan situation är när Botkyrka kommun (under rättsfall 4.9) krävde i en upphandling av en klarspråkskonsult att de skulle ha en specifik akademisk utbildning. Men då det fanns bolag som både hade erfarenheten och kunskapen utan att ha den önskade utbildningen togs inte hänsyn till detta och därmed valdes inte den minst ingripande åtgärden. Myndigheten borde naturligtvis ha bedömt kompetens och erfarenhet minst lika tungt som utbildning. Ett annat känt fall i EU-domstolen där nödvändigheten har belagts med stor vikt är det så kallade "Skummjölksmålet". Europarådet hade i en förordning ålagt djurfoderproducenter att använda skummjölkspulver istället för soja i avsikt att minska skummjölkspulveröverskottet. Förordningen ogiltigförklarades av EU-domstolen då den bland annat stred mot proportionalitetsprincipen då tvånget att köpa den tre gånger så dyra skummjölken inte ansågs nödvändig för att uppnå det önskade målet att minska överskottet.<sup>43</sup> Om de svenska myndigheterna i vår studie i större utsträckning hade beaktat dessa praxis kanske de hade kunnat göra en mer korrekt nödvändighetsbedömning.

Då den tredje delen i proportionalitetsbedömningen är att beakta om åtgärden medför fördelar eller nackdelar som står i rimlig proportion till den skada åtgärden förorsakar. I rättsfall 4.1 ställde 4:e storstadsregionens kommunalförbund ett 20-milakrav som ansågs ha lett till dold diskriminering då det medförde fördelar för vissa anbudslämnare som låg inom 20-milskravet men var betydligt mer svårtillgängligt än bolag, som till exempel Provita AB som låg utanför 20-milskravet. Man ansåg att denna diskriminering inte var proportionerlig då det fanns mindre ingripande alternativ att tillgå. Nämligen att inte stirra sig blind på begreppet fågelvägen. I rättsfall 4.2 ställde Stockholm Lokaltrafik AB kravet att alla ansökande företag i upphandlingen skulle vara medlemmar i EU/EES på grund av att säkerhetsställa skyddsnivån för personuppgifter. Detta uteslöt Samres AB som har sin verksamhet i Moldavien trots att de ratificerat Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter. Detta innebar en direkt diskriminering av Samres AB vilket stred mot det tredje momentet i proportionalitetsbedömningen där lindrigaste alternativet ska väljas. I detta fall skulle det innebära att Samres AB borde ha tillåtits att delta i upphandlingen, inte minst på grund av att de ratificerat Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter. I rättsfall 4.3 gjorde Utbildningsnämnden i Stockholm en upphandling av skolmål tidstjänster, i samband med detta ställdes det ett krav en viss ansvarsförsäkring på upphandlande bolag. Detta ledde till en direkt diskriminering av Fazer AB som var verksamma i flera medlemsstater och redan hade tillräckliga övergripande försäkringslösningar. Denna uteslutning måste man betrakta

---

<sup>42</sup> ID-nr: C-55/94. EU-domstolen i Luxemburg. Källa: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (2013)

<sup>43</sup> Allgårdh, Alof/Nordberg, Sven (2004) s.98

som oproportionerlig då den strider mot bedömningen att det lindrigaste ingreppet ska väljas, detta då Fazer AB har lidit skada eller kan komma lida skada på grund av uteslutningen. I rättsfall 4.4 avsåg ett antal kommuner göra en upphandling av biblioteksmedia. Endast bolag som var förmögna att leverera biblioteksmedia med biblioteksband hade rätten att ansöka om upphandlingen även om inte all media hade det behovet. Boktjänst AB uteslöts på grund av detta krav även om de hade förmågan att leverera stora delar av materialet. Detta ledde till att Boktjänst AB samt många andra potentiella leverantörer lidit skada eller kan komma lida skada på grund av denna uteslutning, detta då man inte tagit hänsyn till lindrigare ingripande alternativ. Detta hade Kunnas göra genom att tillåta bolag att ta del i upphandlingen på de områden som de behärskar. I rättsfall 4.5 avsåg Alingsås kommun att upphandla skolskjutstjänster, och för att säkerställa att företaget skulle klara av mängden transporter krävdes att företaget skulle vara av en viss storlek och besitta en viss erfarenhet av verksamheten. Denna åtgärd strider mot proportionalitetsprincipen då de uteslutande företagen, bland annat Loffes Företagstaxi AB lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av åtgärden. I rättsfall 4.6 avsåg Stockholm läns landsting att göra en upphandling av tvätteri-tjänster, och i samband med detta ställdes det en tidsfrist på fyra månader för de ansökande företagen. Detta innebar en diskriminering för Berendsen textil AB då de inte hade möjligheten att på denna korta tid omställa företaget. Resultatet av uteslutningen stred mot proportionalitetsprincipen då man ansåg Berendsen textil har lidit skada eller kan komma lida skada då man inte tagit hänsyn till den minst ingripande åtgärden vid upphandlingen. I rättsfall 4.7 avsåg Rikspolisstyrelsen att göra en upphandling av skyddsvästar. I samband med detta ställdes det ett krav på att anbudsfristen inte fick sträcka sig längre än fyrtio dagar, något som ledde till en automatisk diskvalificering av utländska anbudsgivare på grund av språkbarriären, detta då all upphandlingsmaterial endast fanns att tillgå på svenska och att ansökan skulle lämnas in på svenska. Det är helt klart att man här diskriminerat vissa anbudslämnare vilket i sin tur strider mot proportionalitetsprincipen. I rättsfall 4.8 avsåg landstinget i Jönköping att upphandla erhållande av funktionsnedsättningshjälpmedel. I samband med detta krävdes att alla sökande skulle vara anslutna till informationshanteringssystemet Hinfo. Detta medförde att flera bolag indirekt uteslöts från upphandlingen då dessa hade annan mjukvara att tillgå. I detta fall ansågs denna diskriminering vara nödvändig och att de negativa effekterna stått i proportion till ändamålet. Det ansågs således vara det lindrigaste ingreppet i detta fall. I rättsfall 4.9 avsåg Botkyrka kommun att göra en upphandling av en klarspråkskonsult och i samband med detta ställdes ett krav på att denne skulle ha genomgått en specifik akademisk bakgrund. Detta ledde till en automatisk diskriminering av Ord & Vetande AB som inte kunde uppfylla det akademiska kravet, bolaget hade dock en lång och gedigen erfarenhet som inte togs i beaktan. Detta stred mot proportionalitetsprincipen och ansågs inte uppfylla kravet om minst ingripande alternativ och att Ord &

Vetande AB har lidit skada eller kan komma och lida skada av uteslutningen. I rättsfall 4.10 avsågs kommunförbundet i Skåne att upphandla posttjänster. I samband med detta ställdes ett krav att leverantören skulle ha möjligheten att distribuera på många områden, vilket uteslöt Bring CityMail Sweden AB som endast hade kapaciteten att täcka vissa distrikt. Man kan kanske anse att detta agerande var en diskriminerande åtgärd, men i detta fall fastslog Kammarrätten att Kommunförbundet hade rätt att ställa detta krav. Diskrimineringen ansågs därmed inte vara oproportionerlig enligt kravet om minst ingripande alternativ.

I åtta av den tio rättsfallen som har analyserats framgår det att myndigheterna inte tagit hänsyn eller negligerat bedömningen om att åtgärden kan ha medfört fördelar eller- nackdelar som står i rimlig proportion till vad som avses att uppnå. När det gäller frågan om att åtgärden inte medfört fördelar eller nackdelar för ena eller det andra bolaget är det oundvikligt att inte tänka på kärnan i EU-samarbetet, nämligen den fria rörelsen av varor och tjänster och etableringsrätten. Det är naturligtvis självklart att den upphandlande myndigheten har rätt att ställa krav på de bolag som ansöker om att leverera eventuella varor och tjänster men dessa måste vara av relevans för det åsyftade ändamålet. Men det är inte rimligt att Botkyrka kommun ställer ett krav på att en klarspråkskonsult ska ha genomgått en specifik akademisk utbildning och automatiskt värdera den högre än Ord & Vetande AB:s 20 år långa erfarenhet i branschen. Det är helt klart att denna erfarenhet minst borde ha betraktas som likvärdig vid upphandlingen, och eftersom det alternativet finns måste det tillämpas med hänsyn för proportionalitetsprincipen. Om kravet således skulle tillämpas skulle bolaget dessutom riskeras att drabbas av yrkesförbud, detta skulle ge konkurrerande bolag allt för orimliga fördelar som i inga avseenden kan betraktas som proportionerligt. Vi finner även att denna uteslutning förmodligen strider mot EU:s kärna, att främja den fria rörelsen för varor och tjänster.

## 5.2 Analys av hänvisningen i europeisk rätt

Nu till frågan om EU-rätt och om EKMR har påverkat dessa domslut? I avsikt för kan kunna analysera detta sammanställs först samtliga domar och dess eventuella hänvisning till EU-rätt och EKMR. Därefter följs en analys av de eventuella hänvisningarna i domarna.

I rättsfall 4.1 hänvisades det endast till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis. Denna hänvisning gjordes utan att specificera vilken praxis. Domen i sig fastslogs dock utan



hänvisning till lagrum för proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. I rättsfall 4.2 fastställdes domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. I rättsfall 4.3 hänvisades det endast till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis. Denna hänvisning gjordes utan att specificera vilken praxis. Domen i sig fastslogs dock utan hänvisning till lagrum för proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. I rättsfall 4.4 hänvisades domen till "*den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen*", detta gjordes på någon slags allmän nivå utan något specifikt lagrum. På samma sätt hänvisades det i även rättsfall 4.5. I rättsfall 4.6 fastställdes domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. I rättsfall 4.7 hänvisades det endast till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis. Denna hänvisning gjordes utan att specificera vilken praxis. Domen i sig fastslogs dock utan hänvisning till lagrum för proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. Även i rättsfall 4.8 hänvisades det endast till att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis. Denna hänvisning gjordes utan att specificera vilken praxis. Domen i sig fastslogs dock utan hänvisning till lagrum för proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. I rättsfall 4.9 fastställdes domen utan hänvisning till proportionalitetsprincipen i varken EKMR eller EU-rätt. I rättsfall 4.10 hänvisades domen till "*den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen*", detta gjordes på någon slags allmän nivå utan något specifikt lagrum.

Den första noteringen är att man i inga domar har hänvisat till EKMR trots att denna genomsyras av proportionalitetsprincipen. Orsaken till detta beror förmodligen på att det inte finns någon reglering som berör hur myndigheter ska agera vid upphandling. Tre av domarna som analyserats hänvisade inte heller till proportionalitetsprincipen i EU-rätt. Detta kan tyckas märkligt då det fastslås i artikel 5.1 i EUF att proportionalitet ska styra utövandet över de tilldelade befogenheter som tilldelas. Är man som klagande i behov av ett starkt stöd för proportionalitetsprincipen och vill ha mer stöd än bara den nationella lagstiftningen i LOU kan det vara bra att hänvisa till just denna. Fyra stycken domstolar har nämnt att det ska göras en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis, dock utan att specificera vilken praxis. Proportionalitetsbedömningshänvisningen har förmodligen gjorts som en fingervisning i avsikt för att upplysa om att en sådan måste göras och att den aktuella myndigheten i större utsträckning behöver ta hänsyn till denna. Tre domstolar valde att hänvisa till "*den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen*". Detta gjordes dock utan exakt hänvisning till vilket lagrum som syftades, utan hänvisningen gjordes mer på en allmän nivå, kort och gott; "*den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen*". Det är inte helt orealistiskt att tro att en konkret hänvisning till artikel 5.1 i

EUF skulle ge hänvisningen större tyngd. Bristen på hänvisningar till EKMR och EU-rätt kan bottna i att proportionalitetsprincipen redan har ett så starkt stöd i LOU, vilket skulle göra dessa hänvisningar i viss mån onödiga. Vill man dock finna stöd för sin sak i exempelvis proportionalitet kan det förmodligen inte vara dumt att ta till de rättskällor som står till ens förfogande.

### 5.3 En komparation mellan europeisk lagstiftning och nationell

Den nationella lagstiftningen angående proportionalitetsprincipen är som tidigare nämnts utspridda över flera författningar. I regeringsformen finns det en mer övergripande funktion av proportionalitetsprincipen i 2 kap. 12 § men den riktar sig primärt till normgivningskompetensen, det vill säga Riksdagen och vilka rättigheter som kan begränsas med lag. I de ”vanliga” lagarna är dock proportionalitetsprincipen mer ojämnt förekommande, ett exempel på det är avsaknaden av denna princip i den nuvarande förvaltningslagen och att den är befintlig och kodifierad i LOU. I EU-lagstiftningen har den en betydligt mer övergripande funktion där den sträcker sig över alla områden och myndigheter, och eftersom Sverige är medlem i EU så ska artikel 5.1 i EUF även gälla som en övergripande funktion även här. Dock vill man förtydliga detta med att kodifiera proportionalitetsprincipen i den nya, snart gällande förvaltningslagen (SOU 2010:29). När det gäller EKMR så genomsyras den av proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen nämns dock aldrig med den termen utan principen ska tillämpas när begreppet ”nödvändigt” uppkommer.

## 6. Diskussion och slutsats

Denna del kommer först att innehålla vilka slutsatser vi dragit i uppsatsen och kommer efter detta avslutas med en diskussion. Slutsatserna kommer att delas upp efter de frågeställningar som ställts tidigare under syftet.

### 6.1 Slutsats

När det gäller myndigheters förmåga att göra en proportionalitetsbedömning i upphandlingsärenden finner vi att det helt klart råder en viss okunskap på området. Naturligtvis har vi haft i åtanke att det finns massor av ärenden som aldrig går till domstol och att proportionalitetsbedömningen mycket möjligt har gjorts på ett korrekt sätt i dessa ärenden. Men i ärendena som vi har analyserat och som har gått till domstol har många myndigheter stora bristande kunskaper inom ämnet. Myndigheterna (i ärendena som analyserats) tycks dock inte ha problem med att bedöma om ett krav är ägnat att uppnå det

åsyftade ändamålet. I samtliga fall ställdes kraven i avsikt för att uppnå något som var av relevans för det åsyftade ändamålet.

Nödvändighetsbedömningen tycks dock vara ett regelbundet problem för de aktuella myndigheterna. Vi finner att majoriteten av ärendena har brustit i denna bedömning och att de regelbundet inte tar hänsyn till mindre betungande alternativ. Vi drar även samma slutsats när det gäller bedömningen om att åtgärden kan ha medfört fördelar eller- nackdelar som står i rimlig proportion till vad som avses att uppnå. Myndigheternas skallkrav har allt för ofta innehållit åtgärder som diskriminerat bolag oproportionerligt. Kraven har även lett till att andra bolag har gynnats på grund av att vissa bolag uteslutits från upphandlingen. I samtliga rättsfall gjordes ingen hänvisning till EKMR trots proportionalitetsprincipens starka ställning. Detta beror förmodligen på att EKMR inte reglerar upphandlingsärenden för myndigheter. Studien visar att domstolarnas hänvisningar till proportionalitetsprincipen i EU-rätt är oregelbunden och i vissa avseenden vag. Man tenderar att helt bortse från den i vissa domar och i andra endast hänvisa till att det börs göra en proportionalitetsbedömning i enlighet med EU-praxis. Endast tre av de tio analyserade domarna hänvisade till *”den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen”*, dock utan hänvisning till artikel 5 i EUF.

De slutsatser som fastslagits när det gäller skriven lagtext och kodifiering av proportionalitetsprincipen är att EU:s är betydligt mer övergripande än den svenska. Detta på grund av att den svenska lagstiftningens närvaro är ojämnt förekommande i författningarna och att EUF riktar sig till samtliga institutioner. En annan slutsats är att EKMR genomsyras av proportionalitetsprincipen även om den går under ett annat namn, nämligen begreppet ”nödvändigt”.

Proportionalitetsprincipen är fullständigt nödvändig i en demokratisk rättsstat, inte minst inom området för offentlig upphandling för myndigheter. Det är helt klar att denna reglering förhindrar eller snarare begränsar att myndigheter kan ta till åtgärder som inte ägnar att uppnå det önskade ändamålet. Utan regleringen och proportionalitetsbedömningen skulle risken vara överhängande, för att inte säga högst sannolik att myndigheter skulle göra regelbundna överklamp på individens integritet. Det är absolut nödvändig att ställa sig frågan om en åtgärd är nödvändig för att uppnå ett åsyftat ändamål då annars staten kan komma att ta till orimliga åtgärder, mycket likt en polisstat för att uppnå sitt mål. Att vid upphandlingsmål diskriminera bolag på grund av skäl som inte står i proportion med vad man vill uppnå skadar dessutom den fria marknaden vars EU:s stöttepelare grundar sig på.

## 6.2 Diskussion

En fråga som regelbundet uppkom och blev föremål för diskussion under arbetet med den här uppsatsen var om hur vida proportionalitetsprincipen hade haft särskilt stor ställning över huvud taget om inte Sverige hade gått med i EU och skrivit under EKMR? Det har framgått under arbetets gång att dessa två institutioner har satt en stor prägel, och kanske även i viss mån avgörande i den svenska offentliga rätten. Om man blickar tillbaka ett steg längre i historien så uppstår en annan tanke att det är kanske ”tack vare” andra världskriget som proportionalitetsprincipen har fått ett så stort inflytande i den svenska rätten. EU:s proportionalitetsprincip grundar sig trots allt till stor del i den tyska rätten där den hade fått en väldigt stark ställning efter kriget. Man kan förmoda att orsaken bland annat beror på samvetsqual för de oförrätter som nazisterna åstadkommit under den perioden och en rädsla för att liknande händelser kan riskera att återupprepas?

## 7. Käll- och litteraturförteckning

### 7.1 Litteraturförteckning

Allgårdh, Alof/Norberg, Sven, *EU och EG-rätten – En läro- och handbok om EU och EG-rätt: Europeiska unionen, konstitutionella fördraget, institutionerna, de fyra friheterna, konkurrensreglerna, EMU*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2004

Bogdan Michael, *Komparativ Rättskunskap*, Nordstedts Juridik AB. Stockholm 2003

Danelius Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2012

Ejvegård, Rolf, *Vetenskaplig metod*, Studentlitteratur AB, Lund, 2009

Falk Jan- Erik, *Lag om offentlig upphandling - En kommentar*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2011

Hagman Urban, *Den nya lagen om offentlig upphandling*, Kommentus Förlag AB, Stockholm, 1994

Helmius, Ingrid, ”Proportionalitetsprincipen” *Offentlighetsrättsliga principer*, Marcusson, Lena (red), Författarna och lustus Förlag AB, Uppsala, 2010

Sjöholm, Erik, *Om politimakten och dess begränsningar*, P.A. Nordstedt & Söner Förlag AB, Stockholm, 1964

StAAF, Annika/Zanderin, Lars, *Förvaltningsrätt - En introduktion för professionsutbildningar*, Liber, Stockholm, 2012

Strömholm, Stig, *Allmän rättslära*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 1988

### 7.2 Internetkällor

*Fördraget om Europeiska Unionen* Tillgänglig: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:sv:PDF>, 2013

### 7.3 Statens offentliga utredningar, SOU

SOU *En ny förvaltningslag* (2010:29)

SOU *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster* (2006/07:128)

### 7.4 Rättsfall

ID-nr: C-55/94, Dom i EU-domstolen i Luxemburg. Källa: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), 2013

ID-nr: 3274-10, Kammarrätten i Jönköping. Källa: InfoTorg, 2013

ID-nr: 8972-12, Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg, 2013

ID-nr: 5451-12, Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg, 2013

ID-nr: 5481-5486-10, Kammarrätten i Göteborg. Källa: InfoTorg, 2013

ID-nr: 2607-09, Kammarrätten i Göteborg. Källa: Karnov, 2013

ID-nr: 43394-10, Kammarrätten i Stockholm. Källa: Karnov, 2013

ID-nr: 563-082008-06-26, Kammarrätten i Jönköping. Källa: Karnov, 2013

ID-nr: 1903-05, Kammarrätten i Stockholm. Källa: InfoTorg, 2013

ID-nr: 3952-10, Kammarrätten i Göteborg. Källa: Karnov, 2013

### 7.5 Lagtext

Munk, Johan (red) *Sveriges rikes lag*, Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2012