

Jäv utan konsekvenser?

- *en komparativrättslig studie mellan svensk och finsk jävsreglering vid offentlig upphandling.*

Författare: Nina Rakhimova och Kettlyn Jöesaar

Handledare: Eva Fromholtz

Södertörns högskola | Institutionen för Samhällsvetenskaper

Kurs: Komparativ offentlig rätt | HT 2019

Moment: Kandidatuppsats, 15 hp.



Förord

Arbetet med uppsatsen har varit gemensamt men viss uppdelning har dock gjorts i vissa fall.

Orienteringen i det finska materialet har särskilt lämpat sig för Nina Rakhimova och hennes finska kunskaper. Därigenom har mycket svenskspråkigt material kunnat hittats för oss båda att studera och överväga nyttan med.

Uppdelning har även gjorts i de beskrivande avsnitten om den praktiska handläggningen av inköpsprocessen där Kettlyn Jöesaar återgivit vissa exempel från den praktiska handläggningen av inköpsprocessen och Nina har sammanställt doktrinens formuleringar kring jäv.

Ett stort tack till Eva Fromholz, juris doktor, lektor och forskare i juridik. Eva har genom handledningen stöttat oss och givit betydelsefulla reflektioner över material, formuleringar och struktur.

Stockholm 2020-01-09

Nina Rakhimova och Kettlyn Jöesaar

Abstract

Conflict of interests without consequences? - A comparative legal study between Swedish and Finnish regulation of conflict of interest within public procurement.

Authors: Nina Rakhimova and Kettlyn Jöesaar.

The study is mainly to reflect on how the two members of the European Union, Sweden and Finland has chosen to implement the directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of the European Union. To limit the study the focus has been to investigate the width of ‘conflict of interest’ as well as the width of ‘contracting authorities’.

The conflict of interest may appear in all phases within the purchasing process with a risk for unjust advantages for the wanted supplier or the opposite, where a supplier is excluded by purpose.

The actual procurement process is presented in the study in a wider context where the procurement document, the publication of the document as well as the establishing of the winning tender is defined as the second phase. The total process of purchasing begins with a first phase, the analysis of the actual need, market orientation and an evaluating of the previous contract. The third phase, contract management, is very critical as the risk of becoming caught altering the contracts during the term is low. Therefore, is not only the conflict of interest connected to the prior involvement of candidates or tenderers that need to be addressed.

The regulation of the two national procurement laws does not contain the wider sense of conflict of interest. Instead, one Finnish inferior law, regulating administration and conflict of interest there in, appears to be the most comprehensive legislation to include all organizations that the procurement law applies to.

The Swedish regulation as oppose to the Finnish spread out on a general administrative law and a law applied to the municipal organizations. However, this is not including all the organizations that must process their procurations according to law. The legislator refers to the constitutional principle, the principle of equality, and a mandate for the procurement authority to support all procurement organizations that are obliged to implement procurement under public procurement laws.

Above is a simplified description of how the procurement directive has been implemented in Sweden and Finland. What has been noted is that is does not appear to be any penalties for those who shows a behavior indicating that there is a conflict of interest in any of the steps of the purchasing process.

On the other hand, it is the contracting organization that may face penalties such as a waste of resources when a procurement is reviewed and fails, which means further time spent on yet another process of procurement. A contracting organization that does not manage its contracts according to the stated demands in the procurement might make such incorrect purchases or concessions that could lead to considerable sanctions.

Keywords: contracting authorities, public purchasing process, tender, contract, the principle of equality, conflict of interest, public procurement, principles of non-discrimination, transparency, principle of equal treatment.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar både svensk och finsk jävsreglering inom området offentlig upphandling. Dessa styrs ytterst av de upphandlingsdirektiv vilka berör båda länderna genom EU-medlemskapet.

I studien beskrivs upphandlingsprocessens olika faser och hur den bör ses i ett större sammanhang där även avtalsförvaltningen är en del av den offentliga inköpsprocessen.

Jävsregleringen i de svenska och finska upphandlingslagarna innehåller inte något som berör upphandlingshandläggarens eller avtalsägarens jävighet under inköpsprocessen. Det är istället den finska förvaltningslagen som framstår som mest heltäckande för samtliga som ingår i upphandlingshandläggningen. Den svenska regleringen är utspridd på dels förvaltningslagen samt kommunallagen, dels på grundlagsprincipen om likhetsprincipen och ett uppdrag för upphandlingsmyndigheten att stödja samtliga upphandlande organisationer som har skyldighet att genomföra upphandling enligt de offentliga upphandlingslagarna. Grundlagsprincipen är dock inte tillämplig på andra än myndighetsutövare.

Historiskt har både svensk och finsk offentlig upphandlingsreglering innehållit bestämmelser om jäv vilka utelämnades då det första upphandlingsdirektivet skulle implementeras, trots det svenska lagrådets inrådan att låta jävsregleringen skrivas in i upphandlingslagarna.

Ovan är en förenklad beskrivning av hur upphandlingsdirektivet implementerats i svensk respektive finsk jävsreglering. Det som kan konstateras efter denna genomförda studie är att det inte förefaller innebära några påföljder för de som är jäviga i inköpsprocessens samtliga steg. Däremot är det den upphandlande organisationen som kan komma att drabbas av påföljder så som resursslöseri då en upphandling överprövas och underkänns vilket medför ytterligare nedlagd tid på ännu en upphandlingsprocess. I värsta fall kan den upphandlande organisationen som inte handlägger upphandlingen rätt, alternativt inte förvaltar sina avtal rätt riskera att göra sådana felköp eller medge leverantörer eftergifter på ställda krav, att tillsynsmyndigheten kan kategorisera dem som otillåtna direktupphandlingar med upphandlingsskadeavgift som konsekvens.

Överprövningar och upphandlingsskadeavgifter belastar sådana upphandlande organisationer som exempelvis formulerat förfrågningsunderlag med avsikt att anta en viss leverantör i upphandlingen eller gjort en otillåten direktupphandling genom direkttilldelning.

Innehållsförteckning

| | |
|--|----|
| 1. Ämne och problemformulering..... | 9 |
| 1.1 Syfte | 11 |
| 1.2 Metod och material..... | 12 |
| 1.2.1 Metod | 12 |
| 1.2.2 Material | 12 |
| 1.3 Avgränsningar | 13 |
| 1.4 Disposition | 14 |
| 2. Vad är offentlig upphandling | 15 |
| 2.1 Strategifasen | 16 |
| 2.2 Upphandlingsfasen | 17 |
| 2.3 Avtalsförvaltningsfasen..... | 17 |
| 3. Jäv vid offentlig upphandling i praktiken | 18 |
| 3.1 Vad menas med jäv? | 18 |
| 3.2 Risker för jäv i strategifasen..... | 19 |
| 3.3 Risker för jäv under upphandlingsfasen..... | 20 |
| 3.4 Risker för jäv under avtalsförvaltningsfasen..... | 21 |
| 4. Reglering av jäv vid offentlig upphandling | 22 |
| 4.1 EU-medlemskapets påverkan på nationell rätt..... | 22 |
| 4.2 Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling och tillämpning i nationell rätt | 24 |
| 4.3 Problemområdet i nationell rätt i förhållande till upphandlingsdirektivens jävsfunktion..... | 24 |
| 4.4 Upphandlingsdirektivet och dess reglering av intressekonflikt | 25 |
| 5. Sveriges författning..... | 26 |
| 5.1 Sveriges upphandlingslagar och reglering av intressekonflikt..... | 27 |
| 5.1.1 En historisk återblick | 28 |
| 5.1.2 Gällande upphandlingslagar..... | 28 |
| 5.1.3 De svenska upphandlande organisationerna | 31 |
| 5.2 Svenska förvaltningslagens och kommunallagen kompletterande reglering av jäv | 32 |
| 5.2.1 Effekterna av jäv i svensk offentlig upphandling | 34 |
| 6. Finlands författning..... | 35 |
| 6.1 Finlands upphandlingslagar och reglering av intressekonflikt..... | 36 |
| 6.1.1 En historisk återblick | 36 |
| 6.1.2 Gällande upphandlingslagar..... | 37 |
| 6.1.3 De finska upphandlande organisationerna | 38 |

| | | |
|-------|---|----|
| 6.2 | Finsk förvaltningslags kompletterande reglering av jäv | 39 |
| 6.2.1 | Effekterna av jäv i finsk offentlig upphandling | 40 |
| 7. | EU:s rättsmedelsdirektiv – reparation av brister vid upphandling..... | 40 |
| 7.1.1 | Konsekvenser vid överträdelse av upphandlingslagarna | 40 |
| 8. | Analys | 41 |
| 9. | Slutsats | 43 |
| 10. | Egna kommentarer och de lege ferenda..... | 44 |
| 11. | Källförteckning | 46 |

Förkortningar

| | |
|-------------------|--|
| BNP | Bruttonationalprodukt |
| EU | Europeiska unionen |
| FEU | Fördraget om Europeiska unionen |
| FEUF | Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt |
| FL | Förvaltningslag |
| FN | Förenta nationerna |
| Försörjningslagen | Finsk Lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster |
| GPA | Government Procurement Agreement |
| GL | Grundlag |
| HFD | Högsta förvaltningsdomstolen |
| JO | Justitieombudsmannen |
| LOU | Lag om offentlig upphandling |
| LUF | Lag om upphandling inom försörjningssektorerna |
| LUK | Lag om upphandling av koncessioner |
| LUFS | Lagen upphandling på försvars- och säkerhetsområdet |
| LOV | Lag om valfrihetsystem |
| Prop. | Proposition |
| RF | Regeringsformen |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| Upphandlingslagen | Finsk Lag om offentlig upphandling och koncession |
| WTO | Världshandelsorganisationen |

Inledning

1. Ämne och problemformulering

De offentliga medel som används för att köpa varor och tjänster utgör idag en sjättedel av bruttonationalprodukten, BNP, i Sverige och ungefär en femtedel av BNP i Finland. Dessa köp ska föregås av upphandling, vilket är ett offentlighetsrättsligt förfarande som avslutas med en civilrättslig överenskommelse i form av ett avtal.¹

Sveriges upphandlingslagstiftning berör offentliga organisationer och de privata bolag som är verksamma inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.² Jävsreglering, som syftar till att förhindra intressekonflikt då upphandling genomförs, finns i den svenska förvaltningslagen (2017:900), FL, och kommunallagen (2017:725), KL³, men det är inte alla organisationer som berörs trots att de har skyldighet att vidta offentlig upphandling. Finland har motsvarande upphandlingslagstiftning som Sverige och de avser även motsvarande organisationer.⁴ Finska upphandlingslagen kompletteras av den finska förvaltningslagens (6.6.2003/434) jävsreglering vid offentlig upphandling. Till skillnad från Sveriges förvaltningslag så omfattar Finlands förvaltningslag samtliga upphandlande organisationer som är skyldiga att upphandla enligt lag.

Jävsreglerna tillåter inte att någon som är jävlig får delta i handläggning, föredra eller fatta beslut i ett upphandlingsärende enligt FL 16 § samt finsk förvaltningslag 5 kap. 27 §. De båda ländernas upphandlingsregler styrs av EU:s upphandlingsdirektiv, det s.k. LOU-direktivet och LUF-direktivet⁵. Artikel 24 i LOU-direktivet ålägger medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder som syftar till likabehandling av leverantörer och att förhindra snedvriden konkurrens.

Är det lämpligt eller ens nödvändigt att föra samtal med den befintliga avtalsleverantören om funktionskrav eller processbeskrivningar parallellt med att en ny upphandling pågår som syftar till att ersätta det pågående avtalet? Fasen för upphandlingsförberedelser och avtalsförvaltningsfasen kommer helt naturligt någon gång under avtalsperioden överlappa varandra. Det kan dock väcka misstankar

¹ Korruptionsdomar och offentlig upphandling, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2019:5, Catrin Karlsson Westergren (ISSN-nr 1652 - 806).

² 1 kap. 2 § Lagen (om offentlig upphandling samt 1 kap. 2 § Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

³ Separat reglering i svenska kommunallagen för kommuner. Finska förvaltningslagen avser samtliga berörda organisationer, förvaltningslagen 1 kap 2 §.

⁴ Lag om offentlig upphandling och koncession (29.12.2016/1397) samt Lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (29.12.2016/1398).

⁵ LOU-direktivet (även ”klassiska direktivet”) respektive LUF-direktivet (även ”försörjningsdirektivet”); Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

mot den upphandlande organisationen när det sänds e-postmeddelanden under upphandlingsfasen om sådant som kan tolkas motsvara krav i upphandlingen. Är agerandet likabehandlande för de andra leverantörerna som senare kommer att ingå i konkurrensen om det nya avtalet?⁶

När en domstol dömer att upphandlingen ska göras om på grund av favorisering, bristande likabehandling, är det då tillräckligt med en dom som korrigerar beteendet med ett ”gör om, gör rätt”, d.v.s. att göra om upphandlingen? Finns det risk för liknande brister i andra upphandlingar som obemärkt går igenom upphandlingsapparaten? Det skulle kunna vara kvalitetssäkrande med en gemensam och tydlig jävsreglering vid svensk offentlig upphandling, särskilt för upphandlingskonsulter som arbetar för olika slags offentliga organisationer. Offentlig upphandling är en samlingsterm för de olika lagstadgade förfarandereglererna⁷ som ska tillämpas i den offentliga upphandlingsprocessen innan ett avtalstecknande är tillåtet. Offentlig upphandlingsreglering berörs även i den civilrättsliga förvaltningen av avtalet. Avtalets tillämpning, krav på leverantör och utförandet inte får avvika från de ställda krav som författades i upphandlingsdokumentet.⁸

Regelverken inom offentlig upphandling i de båda länderna kan delas in i tre olika nivåer: internationella, regionala och nationella. Ett av de viktigaste internationella regelverken är Världshandelsorganisationens (WTO) avtal om offentlig upphandling. Ett särskilt avtal inom WTO är Government Procurement Agreement (GPA) som innehåller gemensamma regler för hur offentliga upphandlingar ska genomföras i de länder som anslutit sig till avtalet. Ett annat viktigt internationellt regelverk är Förenta Nationernas (FN) upphandlingsregelverk.⁹ På den regionala nivån är Europeiska unionens (EU) regelverk det mest omfattande. Offentlig upphandling är en viktig fråga inom EU, eftersom den påverkar den inre marknaden som är EU:s kärnområde.¹⁰ Av särskilt intresse bland dessa direktiv är EU:s upphandlingsdirektiv. De tidigare nämnda internationella bestämmelserna i GPA är emellertid inarbetade i EU:s upphandlingsdirektiv och ingår därmed i de nationella upphandlingsregelverken som är en följd av dessa direktiv, så som lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, i Sverige och de finska motsvarig-

⁶ Kammarrätten i Stockholm Mål nr 6449 - 17.

⁷ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS. Se LOU 1:3.

⁸ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017, s. 181.

⁹ Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen* u.1:2, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 27.

¹⁰ Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen* u.1:2, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 28.

heterna Lag om offentlig upphandling och koncession (lag 29.12.2016/1397) och lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (lag 29.12.2016/1398).

Då både Sverige och Finland genom EU-medlemskapet förbundet sig att implementera den Europeiska unionens upphandlingsdirektiv¹¹ är det intressant att studera och jämföra medlemsstaternas jävsregler och var de finns i den hierarkiska ordningen i förhållande till upphandlingsdirektivens jävsreglering.

Komparationen har fokus på jävsregleringen i de olika rättssystemen. Jäv definieras även med andra termer så som exempelvis intressekonflikt. Annan relevant reglering, utöver ovan nämnda lagar, kommer att beröras i den mån reglerna ger betydelsefull förklaring till hur jäv ska stävjas genom alternativ till författningen.

Författarnas val av uppsatsämne kommer delvis genom den erfarenhet av upphandling som finns inom gruppen. Därtill finns god kännedom av sådana problem som kan uppstå då en beställare av en upphandling kräver en större flexibilitet i upphandlingsprocessen än det juridiska utrymmet medger. Sådana dilemman skapar problem för upphandlaren om också berörda chefer beslutar att stötta beställaren. Stödet för den juridiska kompetensen är därför inte alltid stark, vilket kan bero på att organisationen inte har tillräcklig upphandlingskompetens på chefsnivå. Upphandlarkompetensens kunskap och erfarenhet av författning och rättspraxis kan märkligt nog ignoreras då en beställare beslutar i ”sin” upphandling.

1.1 Syfte

Syftet med studien är att studera, utreda och jämföra den svenska och finska regleringen av jäv vid offentlig upphandling för att besvara uppsatsens övergripande syfte, hur länderna har valt att implementera EU:s upphandlingsdirektiv.

Det ska därutöver närmare undersökas om EU-direktivens jävsreglering har implementerats fullt ut i de nationella upphandlingslagarna.

¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EU.

1.2 Metod och material

1.2.1 Metod

Frågeställningen besvaras genom en komparativrättslig bilateral studie av jävsreglerna i Sverige och Finland med stöd av EU-direktivets påverkan i de nationella rättsordningarna. Komparationen, d.v.s. jämförelsen görs inom Sveriges och Finlands rättssystem. Redogörelsen av de nationella regelverken utgår från den rättsdogmatiska metoden vilket innebär att de relevanta rättskällorna identifieras för att fastställa den gällande rätten.

Enligt Bogdan ska de två jämförelseobjekten *comparatum* och *comparadum* ha en sådan gemensam egenskap, ett *tertium comparationis*, att det ger en meningsfull jämförelse. Rättsreglerna som jämförs ska vara avsedda att lösa samma problem, d.v.s. motsvara varandra funktionellt.¹²

En komparation kan genomföras i form av en mikrojämförelse eller makrojämförelse. Mikrojämförelsen avser att jämföra endast delar av rättsordningarna till skillnad från en makrojämförelse som omfattar hela rättsordningar.¹³ Studien består av bilaterala mikrojämförelser av jävsfunktionen i respektive ovannämnda rättssystem. Mikrojämförelser avser den jävsfunktion som återfinns på olika hierarkiska nivåer inom de respektive rättssystemen. Då unionsrätten är överordnad de nationella rättssystemen blir undersökningen både horisontal och vertikal.

1.2.2 Material

Materialet som är hämtat ur EU-rätten avser fördragen med dess principer. EU-rättens direktiv om offentlig upphandling, upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster är grundläggande för studien. Dessa visar på unionsrättens krav på medlemsstaternas skyldighet att införliva direktiven. Upphandlingsdirektiven¹⁴ är ett viktigt material då det påverkat de nationella lagar som ingår i studien och i denna uppsats är det med huvudfokus på direktivets reglering av jäv (i direktiven benämnt intressekonflikt). EU-domstolens domar analyseras då de innehåller aktuellt material och målen är avsedda att skapa vägledning för hur upphandlingsdirektivens innehåll ska tolkas i medlemsstaterna. Rättsmedelsdirektiven är också avgörande i slutsatsen.

¹² Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, u. 2:5, Norstedts Juridik, 2011, s. 64 – 69.

¹³ Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, u. 2:5, Norstedts Juridik, 2011, s. 56 – 57.

¹⁴ LOU-direktivet (även ”klassiska direktivet”) respektive LUF-direktivet (även ”försörjningsdirektivet”); Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Material från det svenska rättssystemet är utöver grundlagen och dess likabehandlingsprincip även upphandlingslagar, förvaltningslagen, propositioner samt kommunallagen. Dessa utgör, tillsammans med förvaltningslagens lagrådsremiss, det material som tydligast visar på skillnader i Sveriges implementering av jäv i förhållande till Finlands implementering. Relevanta domar har tillsammans med myndighetsrapporter och myndigheters vägledande material använts för att stödja resonemang kring tillämpning av lagarna och större delen av inköpsprocessens handläggning. Doktrin har använts som ett orienterande stöd i arbetet med att finna material.

Svensk författning som används i studien är främst lag om offentlig upphandling, LOU, samt lag om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, är precis som förvaltningslagen och kommunallagen är viktiga rättskällor i uppsatsen. Regeringsformen och information om medlemskapet i den Europeiska unionen. Grundlagen innehåller regler om principer och Lagrådet vilka är betydelsefulla i uppsatsen.

Finlands rättssystem har tydliggjorts främst genom upphandlingslagarna. Dessa är viktiga källor eftersom komparationen utgår från dessa två, Upphandlingslagen avseende offentlig upphandling och koncession och Försörjningslagen avseende lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster. Även förvaltningslagen ingår som en annan viktig finsk lag. Grundlagen ingår till viss del i materialet då medlemskapet i EU presenteras utifrån denna.

Inom de båda rättsområdena har domar utgjort ett stöd vid lagtolkning. Även ingår material som lästs ner från svenska och finska myndigheter för att stödja resonemang kring tillämpningen och tolkningen av lagarna.

De domar som ingår i uppsatsen kan grunda sig på svensk eller finsk rätt men de är i sammanhanget oberoende av de lagar eller upphandlande organisationer som ingår i målet och de tjänar till att påvisa en viss problematik alternativt domstolarnas vägledning i vissa frågor som är gemensamma för samtliga lagar.

1.3 Avgränsningar

Förenta nationernas konvention mot korruption omnämns endast, men inte ingående, då det berörs endast för att visa på ett än mer världsomspännande intresse i förebyggandet av snedvriden konkurrens.

Flera olika upphandlingslagar omnämns utöver LOU och den finska Upphandlingslagen¹⁵ men endast i den mån de är relevanta i det större sammanhanget. Svenska upphandlingslagarna om koncessioner, LUK, respektive upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS, ingår inte i studien.¹⁶ Fokus ligger på de upphandlingsregler som påverkas av EU-direktiven, det vill säga de kontrakt som beräknas minst uppgå till det tröskelvärdet som framgår av artikel 4 eller meddelande enligt artikel 6 i direktiv 2014/24/EU.

Tvåinstansjäv i prövningsförfarandet berörs inte här. Inte heller den kriminalisering som regleras i brottsbalken vid tagande av muta och förbudet mot förtroendeskadliga bisysslor¹⁷ berörs i denna uppsats.¹⁸

Räckvidden av lagen om offentligt anställda ingår inte i studien.

1.4 Disposition

I avsnitt två ”Vad är offentlig upphandling”, beskrivs allmänt vad som menas med upphandling och vilka faser som ingår i den övergripande inköpsprocessen och vissa regler som är viktiga för att upprätthålla god konkurrens.

Avsnitt tre avser reglering av jäv vid upphandling och redogör kort om jäv i de olika upphandlingsfaserna och de regler som ska följas i både finsk och svensk rätt för att stävja jäv.

Avsnitt fyra beskriver de internationella och europarättsliga reglerna som påverkar Sveriges upphandlingsreglering.

I det femte avsnittet beskrivs Sveriges författning. Och i det sjätte avsnittet beskrivs Finlands författning.

Rättsmedelsdirektivens implementering ses kortfattat i avsnitt sju.

I det åttonde avsnittet görs analysen av arbetet ovan följt avsnitt nio som innehåller slutsats av det som sammanställts i analysdelen.

I avsnitt tio drar gruppen sina egna slutsatser om rättsläget och hur vissa jävsbrister skulle kunna avhjälpas genom några förslag till de lege ferenda.

¹⁵ Lag om offentlig upphandling och koncession (Lag 29.12.2016/1397).

¹⁶ Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner samt Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS.

¹⁷ Finns reglerade i lagen (1994:260) om offentlig anställning.

¹⁸ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 93.

2. Vad är offentlig upphandling

Offentliga inköp görs med skattemedel av offentliga organisationer. Dessa benämns upphandlande myndigheter i den svenska lagen LOU 1 kap. 22 §, och upphandlande enheter i svenska LUF 1 kap. 22 §. I Finland benämns de upphandlingspliktiga organisationerna i all författning som upphandlande enheter, Upphandlingslagen 1 kap. 5 § respektive Försörjningslagen 1 kap. 5 §. Köp som överstiger direktupphandlingsvärdet¹⁹ ska både i Sverige och i Finland föregås av en offentlig upphandling.

”Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.”²⁰ ”/...[och har till] ändamål att effektivisera användningen av allmänna medel, främja innovativ och hållbar upphandling av hög kvalitet samt garantera lika möjligheter för företag och andra sammanslutningar att erbjuda varor, tjänster och byggtreprenader vid anbudsförvaranden för offentlig upphandling.”²¹

Leverantörer i EU:s medlemsländer ska tillförsäkras konkurrens på lika villkor när det offentliga gör inköp.²² Som ovan nämnts har Sverige och Finland genom anslutningen till unionen åtagit sig att implementera EU:s upphandlingsreglering för de köp som överstiger särskilda tröskelvärden. Tillväxten ska stimuleras och skattemedlen hanteras kostnadseffektivt och ändamålsenligt.²³

Till skillnad från privata organisationers inköp ska offentliga inköp föregås av ett offentlighetsligt upphandlingsförfarande vilket avslutas med en civilrättslig överenskommelse i form av ett avtal.²⁴

Det är otillåtet att kringgå upphandlingslagarna exempelvis genom att åberopa hyresundantaget i respektive upphandlingslag, för att själv välja ut en affärskontakt som ordnar med en skräddarsydd byggtreprenad för ett kommunalt badhus.²⁵ Tilldelningen av byggtreprenadkontrakt ska konkurrensutsättas och inte genomföras i form av otillåtna direktupphandlingar.²⁶ Offentlig upphandling är

¹⁹ Sverige: Direktupphandlingsvärdet LOU 5 kap. 1 § samt 7 §, LUF 5 kap. 2 § samt 6 §, Finland: Små upphandlingar Upphandlingslagen 4 kap. 25 § samt 31 §, Försörjningslagen 3 kap. 13 § samt 18 §. Värdet avser det sammanräknade avtalsvärdet som om avtalsförlängningar och avtalets alla tilläggstjänster/varor skulle nyttjats.

²⁰ Svensk lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) 1 kap. 2 §.

²¹ Finsk Lag om offentlig upphandling och koncession, 5.7.2019/844, 2 kap. 1 § st. 1.

²² EU-domstolens mål C-399/98 (La Scala).

²³ Lindahl Toftegaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018 s. 23.

²⁴ Upphandling inom den privata sektorn är däremot något civilrättslig som möjliggör för organisationer att själva skapa interna regelverk för hur valet av leverantörer ska gå till. Lindahl Toftegaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 26.

²⁵ Undantag från upphandling finns i de svenska upphandlingslagarna LOU 3 kap 19 §, LUF 3 kap 25 §, samt i de finska motsvarigheterna Upphandlingslagen 2 kap 9 § respektive Försörjningslagen 3 kap 20 § gällande exempelvis hyresundantaget.

²⁶ Ersättning till Kunskapsporten med 7,5 miljoner per år, två år innan färdigställd byggnad. Kammarrätten i Göteborgs avgörande av den 27 februari 2009 i mål nr 7477 – 08.

en samlingsterm för de olika lagstadgade förfarandereglerna som ska tillämpas i den offentliga upphandlingsprocessen innan ett avtalstecknande och köp är tillåtet. De flesta upphandlande myndigheter och enheter ska dessutom tillämpa rättssystemets jävsreglering under förfarandet vilket kommer att presenteras närmare nedan.²⁷ Upphandling är mer än själva upphandlingsdokumentet, de inkomna anbuden och ett slutgiltigt avtal. Nedan beskrivs de olika faser som ingår i den faktiska processen som omgärdar den lagstyrda, den så kallade inköpsprocessen med de tillhörande moment som kan påverka hur jävsreglerna efterlevs.²⁸ Inköpsprocessen är projektet kring en upphandling och kan delas in i tre faser; strategifasen, upphandlingsfasen och avtalsförvaltningsfasen.²⁹

I det efterföljande kapitlet exemplifieras vad som menas med jäv och hur det kan uppstå under upphandlingsprojektet. Strategifaserna redogörs exemplen utifrån den svenska upphandlingslagen, LOU, och finska Upphandlingslagen. Den svenska LUF och finska Försörjningslagen har motsvarande innehåll.

2.1 Strategifasen

I strategifasen analyseras hur ett eventuellt befintligt avtal fungerat och vilka korrigerande avtalsvillkor som vore önskvärda i ett nytt avtal. Krävs det en specialistkompetens för hjälp med strategi och krav i upphandlingen ska också sådan upphandlas innan den egentliga upphandlingen. Om konsultens företag kan komma att lämna anbud i den huvudsakliga upphandlingen finns det regler för konsultens jävighet i dubbla roller, LOU 4 kap. 8 § respektive finska motsvarigheten i upphandlingslagen 81 § punkter 7 och 8. När det är klart att en upphandling behöver genomföras ska det definieras vad som ska köpas in, hur leveransen ska genomföras, med mera. Obligatoriska uteslutningsgrunder ska tillämpas³⁰ och de frivilliga uteslutningsgrunderna får tillämpas, LOU 13.³¹

Kvalificeringskravens räckvidd är definierade i lagarna och syftar till att inbjuda ekonomiskt stabila leverantörer, kreditvärdiga att själva kunna inhandla sådant som har betydelse för att kunna genomföra det offentliga uppdraget, LOU 14 kap samt finska upphandlingslagen 83 §.

²⁷ Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm 2017, s. 15.

²⁸ Avtalsförvaltning, Vägledning nr 2 (2016), Upphandlingsmyndigheten, s. 20.

²⁹ Lindahl Toftegaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018, kap. 5

³⁰ Obligatorisk grund för uteslutning är brottslighet, obetalda skatter och socialavgifter samt övriga missförhållanden kring leverantörens verksamhet, svenska LOU 13 kap. 1 – 3 §§ samt den finska motsvarigheten i 80 § i Upphandlingslagen.

³¹ Lindahl Toftegaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018, kap. 5.

Avtalsvillkor ska författas i upphandlingsdokumenten och ska oförändrade gälla under hela avtalsperioden. Krav ställs på leverantörens utförande som exempelvis leverantörens tecknande av försäkringar, bemanning eller varor, möjliga prisjusteringar, m. m. Även de tyngre korrigerande och processuella åtgärder måste fastställas i dokumenten vid händelse av framtida samarbetsvårigheter.³²

2.2 Upphandlingsfasen

Upphandlingsdokumenten annonseras digitalt i upphandlingssystem³³. Systemet möjliggör för alla intresserade leverantörer att samtidigt nå annonserna, LOU 10 kap. 1 § samt Upphandlingslagen 58 – 60 §§.

I vissa upphandlingar kan det vara relevant att lämna kompletterande information under upphandlingens gång och i särskilda fall bjuda in leverantörer för att göra på-plats-besök där exempelvis renoverings- eller städobjekt innebär prissättning utifrån leverantörens specialistkompetens. Samtliga leverantörer ska kunna följa upphandlingens offentliga förtydliganden och förändringar, enligt reglerna om kommunikation och information under upphandlingen, LOU 12 kap. 1 – 13 §§ respektive Upphandlingslagen 62 §. Tilldelningsbesked lämnas via systemet genom en så kallad efterannons, LOU 10 kap. 4 § samt Upphandlingslagen 58 § mom. 5, vilket samtidigt öppnar upp för möjlighet att ta del av konkurrerande anbud och mäta sig med övriga deltagare utifrån sitt eget anbud och eventuella betygssättningar som tillämpats i upphandlingen.

2.3 Avtalsförvaltningsfasen

Under hela avtalsperioden inklusive eventuella förlängningar pågår avtalsförvaltningen. Parallellt med att en eller flera köpprocesser pågår ska också avtalet följas upp. Leverantören och själva föremålet för upphandlingen ska uppfylla de krav som framgått i upphandlingen. I regel får avtalsparterna inte ändra de villkor som fastställts i upphandlingsdokumenten eller leverantörens erbjudna mervärden i anbudet, dock finns vissa undantag LOU 17 kap. 8 – 16 §§, LUF 16 kap. 8 – 16 §§, Upphandlingslagen 136 § samt Försörjningslagen 6 kap. 64 § om ändring av upphandlingskontrakt under kontraktperioden. Det är istället en ny upphandling som måste genomföras.³⁴ Leverantörer som

³² Lindahl Toftegaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 161 ff.

³³ Svensk upphandlingsförordning (2016:1162) 1 – 2 §§; Finlands upphandlingslag kap. 8.

³⁴ Prop. 2015/16:195, s. 844.

medvetet tecknat avtal under falska förespeglningar kan ha skapat en snedvriden konkurrens till nackdel för en annan leverantör som initialt inte haft förutsättningarna att lämna anbud.³⁵ Framgick sådana lättnader av upphandlingsdokumenten skulle fler kunnat delta i upphandlingen och konkurrensen öka. Falska förespeglningar skulle kunna vara då en leverantör aldrig avsett att investera i sådana personella eller maskinella resurser som upphandlingsdokument stipulerat som ett krav för att kunna uppfylla avtalsvillkoren och genomföra uppdraget.³⁶ Under avtalsförvaltningen kan åtgärder vidtas mot en misskötsam leverantör, om det kan styrka leverantörens uraktlåtenhet att följa ingångna avtal. Ett konsekvent arbete med att påvisa allvarliga eller ihållande brister tidigt ger bättre förutsättningar för att utkräva skadestånd, häva eller avsluta avtalet i förtid. Sådana åtgärder är avgörande för att den egna upphandlande organisationen, men även andra, som under en viss tid kan åberopa leverantörens oförmåga att fullgöra avtal.³⁷

3. Jäv vid offentlig upphandling i praktiken

3.1 Vad menas med jäv?

Handläggningen av ett upphandlingsärende ska skötas utan att förtroendet rubbas för den som är delaktig i ärendet och agerandet ska vara opartiskt och sakligt anges i svenska förvaltningslagen, FL, 16 § 4 st samt svenska kommunallagen, KL, 7 kap. 4 § vilket hänvisar till KL 6 kap. 28 – 32 §§ om anställdas och förtroendevaldas jävighet.³⁸ Motsvarande lydelse finns i Finlands förvaltningslag 5 kap. 28 § 7 mom.

Jäv kan i upphandlingssammanhang uppstå när ”någon för egen vinning söker påverka offentliga beslut i syfte att gynna ett visst intresse på det allmännas bekostnad och jävet ska själv anmälas av den som är jävig, svensk förvaltningslag 18 §.”³⁹ Enligt finsk förvaltningslag beslutar tjänstemannen själv om jävighet föreligger, 29 §.

³⁵ Konkurrensverket; *Att utvärdera anbud - Utvärderingsmodeller i teori och praktik* <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/uppdragsforskning/att-utvardera-anbud---utvarderingsmodeller-i-teori-och-praktik.pdf>, s. 7.

³⁶ Förvaltningsrätten i Sundsvall, mål nr 2015 - 665, gällande återkommande oförmåga att städa regelmässigt och enligt kvalitetskrav var omfattningen så betydande att det ansågs vara fråga om allvarligt fel i yrkesutövningen. Se även Uteslutningsprövning i Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure förlag AB, 4 u., Stockholm 2017, 138 ff.

³⁷ Allvarligt fel i yrkesutövningen gällande osanna fakturor (Kammarrätten i Stockholm, dom i mål nr 4809 - 11) samt överdebitering (Kammarrätten i Jönköping, dom i mål nr 4211 - 08).

³⁸ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 92.

³⁹ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, JT 2014/15 s. 105 – 128.

Jäv kan även uppstå i de fall en konsult anlitas som expert vid upphandling och konsulten själv inkommer med anbud. Upphandlingslagarna förhindrar inte sådan möjlighet så länge de uppgifter konsulten fått del av även delges andra potentiella anbudsgivare. Det finns möjlighet att utesluta sådan konsult efter en utredning, där delgivning av information till övriga anbudsgivare ändå riskerar att likabehandling inte kan säkerställas anbudsgivare emellan.⁴⁰ Intressekonflikter ska dokumenteras.⁴¹

Den upphandlande organisationen ska förhindra att den goda konkurrensen blir lidande när en konsults initiala deltagande i den förberedande fasen och sedermera själv eller genom ett nära anknutet företag deltar i upphandlingen.⁴²

3.2 Risker för jäv i strategifasen

Det är viktigt att inte låsa sig vid den befintliga leverantören och ovidkommande fördelar som följt med det avtalet så som ett digitalt systemstöds medföljande kringtjänster eller de goda relationer som uppstått under flera års samarbete. Kraven ska vara både lämpliga och nödvändiga och stå i proportion till det som ska upphandlas. Det är inte tillåtet att skraddarsy kravspecifikationen så att den utmejslas till att definiera tidigare vara och leverantör och inte heller ändra kvalificering av anbudsgivare eller utvärderingsmodellen som annonserats i upphandlingsdokumenten i syfte att gynna eller missgynna ett särskilt anbud.⁴³ Det är inte tillåtet att ta del i handläggningen om man är jävigt enligt svensk förvaltningslag 17 § och finsk förvaltningslag § 28. Den anställde ska självmant uppe om jävighet föreligger. Undantag från att delta eller närvara får endast göras i särskilda fall, svensk förvaltningslag 18 § och svenska kommunallagen 6 kap 30 § samt den finska förvaltningslagen 30 §.

Internationella leverantörer ska ges samma möjligheter som en inhemsk leverantör och deras åberopade myndighetsintyg och certifikat ska accepteras.⁴⁴ Jäv kan även uppstå då den befintliga leverantören inte önskas som avtalspart. Ett bakomliggande skäl till detta kan vara att beställaren inte anser att leverantören agerat i enlighet med avtalet. Det kan ha sin grund i att avtalsvillkoren varit allt för

⁴⁰ LOU 4 kap. 8 § respektive LUF 4 kap. 7 § samt LOU kap. 13 kap 3 § 6 – 7 p. och LUF 13 kap. 4 § 6 – 7 p. Finland Upphandlingslagen 81 § samt Försörjningslagen 84 §.

⁴¹ LOU 12 kap. 16 § 6 p. samt Upphandlingslagen 124 § 11 p. LUF och Försörjningslagen reglerar inte dokumentation om intressekonflikt.

⁴² HFD:2003:74 Finland, om gynnan för upphandlingskonsult som ingått i upphandlingens planering och därefter deltagit i upphandlingen.

⁴³ Högsta förvaltningsdomstolens årsbok, Finland. Avgörande HFD:2010:35. Anbudsjämförelsen var inte likvärdig och icke-diskriminerande då förfrågningsunderlagets beskrivna tillvägagångssätt inte följdes enligt annonsen.

⁴⁴ Artikel 291.1 i EUF-fördraget samt Pedersen, Kristian, *Upphandlingsgrunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017, s. 30.

diffusa eller bristande att det inte möjliggjort krafttag så som genom ett definierat och kraftfullt korrigerande vite, en rätt till ett förtida upphörande av avtalet alternativt en definition av vad som är hävningsgrundande brister och fel.⁴⁵

EU-medlemsstaternas korruptionsåtal i samband med offentlig upphandling har varit mer vanligt i den förberedande strategifasen. Detta framgår av EU:s faktablad om kampen mot korruption. Av åtalen framgår att metoderna främst utgörs av gynnande kravspecifikationer för tilltänkta leverantörer. Även undandrar sig de upphandlingsskyldiga att upphandla antingen genom att otillåtet dela upp upphandlingar på fler mindre kontrakt för att undgå förfarandereglerna eller genom ett felaktigt åberopande av lagstadgade undantag från dessa. Av faktauppgifterna framgår att intressekonflikter även påverkar högre tjänstemän och inte bara tjänstemän med upphandlingsansvar.⁴⁶

3.3 Risker för jäv under upphandlingsfasen

Vid de tillfällen som potentiella anbudsgivare, leverantörer, ska besöka renoverings- eller städobjekt riskerar de att träffa någon anställd på plats. Så snart värdefull anbudsinformation uppdragats under besiktningen, och i värsta fall besvarats direkt av den anställda, är det väsentligt att svar på frågorna annonseras i upphandlingssystemet så att upphandlingen fortsatt uppfyller krav på likabehandling, enligt den svenska LOU 12 kap. 1 – 13 §§ samt finska upphandlingslagen 62 §.⁴⁷

Intressekonflikter kan vara svåra att identifiera då varje anbuds erbjudna mervärden ska bedömas. Även om det är tydliggjort i upphandlingsdokumentet hur utvärderingen ska gå till så är det en bedömningsfråga av anbudets beskrivning som ska göras. Risker finns att det under utvärderingen läses in mer i de anbud som inkommit genom en känd leverantörs anbud.⁴⁸ Svensk rättspraxis pekar på att ett visst mått av subjektivitet är ofrånkomlig och icke optimalt utformade upphandlingar ska godtas.⁴⁹

De valfria uteslutningsgrunderna ska tillämpas enligt likabehandlingsprincipen så att inte vissa utesluts medan andra, med samma grund för uteslutning, tillåts delta i upphandlingen.⁵⁰

⁴⁵ Lindahl Toftagaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 159 – 160.

⁴⁶ Kampen mot korruption, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_sv.pdf, s. 10.

⁴⁷ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/forebygga-korruption-i-inkopsprocessen/zon-2-upphandla/>.

⁴⁸ <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/informationsmaterial/upphandlingsreglerna--en-introduktion.pdf>, s. 17 – 18.

⁴⁹ RÅ 2002 ref. 50 samt Kammarrättens i Stockholm dom 2012-09-05 i mål nr 2304 - 12.

⁵⁰ Lindahl Toftagaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 133.

Jäv kan avse en situation som riskerar att medföra skada på allmänhetens förtroende för hur offentliga förvaltningsuppgifter handläggs. Den som utför offentliga förvaltningsuppgifter ska iaktta saktighet och opartiskhet för att förhindra förekomsten av jäv.⁵¹

Då handläggaren färdigställer, beslutar eller föredrar ett ärende där handläggaren själv påverkas av beslutets utgång och har möjlighet att överklaga⁵² föreligger ett s.k. sakägarjäv.⁵³

Intressejäv kan förväntas uppstå då handläggaren påverkas fördelaktigt eller till nackdel av beslutet även om denne inte själv har rätt att överklaga beslutet. Det krävs dock inte att det är en synnerlig nytta eller skada som drabbar handläggaren utan endast att denne inte oväsentligt påverkas av utgången.⁵⁴

Det finns tre kategorier av personer som jävsreglerna inkluderar i ett upphandlingsförfarande. Det är initialt den som har till uppgift att arbeta med upphandlingens material så att anbud kan sammanställas och föreslås att antas i ett senare steg. Därtill ingår även den eller de som har till uppgift att föredra, d.v.s. presentera förslaget till beslut för den eller de beslutsfattande. Slutligen omfattas beslutsfattare av jävsreglerna.⁵⁵

3.4 Risker för jäv under avtalsförvaltningsfasen

Ett offentligt upphandlat avtal som förändras väsentligt under avtalsperioden innebär att en ny informell upphandling gjorts, en så kallad otillåten direktupphandling. Skulle de förändringar som gjorts efter avtalstecknandet varit kända igenom upphandlingsdokumenten så kan det inte uteslutas att fler anbudsgivare skulle haft nytta av förändringen. Övriga anbudsgivare skulle hypotetiskt kunnat erbjuda ett ännu bättre anbud om exempelvis prisjusteringar eller bemanningens kompetens inte var absoluta krav och därmed inte varit så viktiga som gjorts gällande i upphandlingsdokumenten.⁵⁶ En tjänsteman kan ha gjort ett passivt eller aktivt val i samband med att en förändring uppstått.⁵⁷

En förklaring till varför en förändring gjorts kan bero på okunskap hos avtalsägaren om vad som får ändras i ett avtal under avtalsperioden.⁵⁸ En annan förklaring kan vara att avtalsuppföljningen fått stå

⁵¹ <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.1/324646.html#h-Vad-ar-jav>. (Inhämtat 2019-12-08).

⁵² Lagrådsremiss, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 95.

⁵³ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 92 - 94.

⁵⁴ Lagrådsremiss, *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag*, s. 95.

⁵⁵ Hellners, Tryggve & Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik, 2019 s. 141 – 142.

⁵⁶ Konkurrensverket, 2019-12-14, <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/direktupphandling/otillaten-direktupphandling/> samt <http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/viktigt-forutse-framtida-behovet/>

⁵⁷ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure förlag AB, 4 u., Stockholm 2017, 138 ff.

⁵⁸ Ändring av de tjänster eller varor som ingick i den ursprungliga annonserade upphandlingen, se EU-domstolen mål C-454/06 Pressetext samt mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike.

tillbaka helt eller blivit otillräcklig på grund av resursbrister inom organisationen. Det kan många gånger vara flera som köper in genom samma avtal och i vissa fall behöver klagomålen sammanställas innan man agerar gentemot leverantören. Det finns även en risk att det ses mellan fingrarna då leverantören ändrar pris, vilket kan ske i samband med att en vara gått ur produktion och behöver ersättas med en annan. I de fallen är det väsentligt att kontrollera de ursprungliga kraven på varan och göra en bedömning om det alls är möjligt att tillåta ändringen. Endast ändringar som inte är väsentliga är tillåtna enligt svenska LOU 17 kap. 14 § och LUF 16 kap 14 § samt finska Upphandlingslagen 136 § och Försörjningslagen 6 kap. 64 § om ändring av upphandlingskontrakt under kontraktperioden.⁵⁹

Därtill finns det mer komplexa avtal som exempelvis avser informationsteknologiska system. Dessa kan omfatta mycket viktiga och sekretesskänsliga leveranser för en betydande del av den upphandlande organisationens verksamhet. Har det inneburit en omfattande implementeringsprocess, utbildningsinsatser av personal och betydelsefulla kringtjänster så kan avtalsägaren vara mån om att inte störa den del av leveransen som fungerar. Det kan medföra att det inte påtalas sådana betydelsefulla brister eller kvalitetsproblem hos leverantören eller dennes underleverantör. Saknas sanktioner i avtalet finns en risk att de mer drastiska men nödvändiga verktygen inte används i rädsla för att göra fel och riskera skadestånd. Detta avser möjligheterna att avsluta avtalet genom ett förtida upphörande eller en hävning av avtalet vilket under vissa omständigheter är relevanta och egentligen mer rättvisa ageranden gentemot de andra anbudsgivande leverantörerna som kanske skulle kunnat leva upp till kraven i avtalet.⁶⁰

4. Reglering av jäv vid offentlig upphandling

4.1 EU-medlemskapets påverkan på nationell rätt

Reglerna om offentlig upphandling är samstämmt mellan den Europeiska unionen, EU, och Världshandelsorganisationens (WTO) vilket beror på EU:s medlemskap och förbundenhet till avtalet Government Procurement Agreement, GPA. Avtalet innehåller regler för hur offentliga upphandling-

⁵⁹ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure förlag AB, 4 u., Stockholm 2017, 138 ff.

⁶⁰ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm 2017, 185.

ar ska genomföras mellan WTO:s medlemsländer. EU har inarbetat bestämmelserna i upphandlingsdirektiven vilket medför att kraven på efterlevnad i EU:s medlemsländer därmed blir än viktigare.⁶¹ Offentlig upphandling är en viktig fråga inom EU eftersom den påverkar den inre marknaden vilket är EU:s kärnområde.⁶² EU har antagit rättsmedelsdirektiv för prövning av offentlig upphandling inom upphandlingsdirektivens områden, direktiv 89/665/EEG inom den klassiska sektorn, direktiv 92/13/EEG inom försörjningssektorn samt ett ändringsdirektiv 2007/66/EG. Direktiven har ett reparativt syfte till skydd för leverantörer som lidit skada vid felaktig offentlig upphandling samt preventivt syfte för att garantera att upphandlingsdirektivens bestämmelser tillämpas nationellt.⁶³

Då EU:s direktiv ska införlivas i nationell rätt ställs inte krav på att de blir direkttillämpande så som unionens förordningar. Nationell lag får anpassas så att direktivets resultat uppnås⁶⁴ utan motstridiga bestämmelser samt att principen om ett lojalt samarbete⁶⁵ följs.⁶⁶ Medlemsstaterna får införliva direktiven så som bedöms lämpligast utifrån den nationella strukturen. Detta gäller bara om verkningarna av tillvägagångssättet uppfyller direktivets ändamålsenliga verkan inom ramen för principen om tilldelade befogenheter och ger direktivet genomslag i nationell rätt, *effet utile*.⁶⁷

EU-domstolen och dess domar utgör ett stöd för unionsmedlemmarna genom domstolens teleologiska ändamålstolkning om hur direktiven borde givit effekt i nationell rätt. Metoden går ut på att dels säkerställa att syftet med en viss bestämmelse uppnås i nationell rätt, dels att förhindra att bokstavstrogen tolkning skapar orimliga konsekvenser i tillämpningen av bestämmelsen. Nationella domstolar får begära att EU-domstolen meddelar förhandsavgöranden i sådana mål som avser en EU-rättsakt, Artikel 267 FEUF. EU-domstolens domar kompletterar även unionsrätten genom att fylla ut sådana oreglerade eller odefinierade luckor som kan uppstå i nationell rätt.⁶⁸

⁶¹ Transparens och likabehandling är grundläggande regler i avtalet. Företag från WTO-medlemsländer ska ges tillträde till internationella offentliga upphandlingar. *WTO – Basfakta och knäckfrågor* Kap. 3 Varuhandel (GATT), <https://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/Övriga%20publikationer/Publikation%20-%20WTO%20basfakta%20och%20knäckfrågor.pdf>. Samt Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur AB, Lund, 2018 s. 26 – 27.

⁶² Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur AB, Lund, 2018 s. 28.

⁶³ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure förlag AB, 4 u., Stockholm 2017, 188.

⁶⁴ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF, artikel 288.

⁶⁵ Fördraget om Europeiska unionen, FEU, artikel 4.3.

⁶⁶ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod; Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, u. 2:2, Norstedts Juridik, Visby 2012, s. 178.

⁶⁷ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod; Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, u. 2:2, Norstedts Juridik, Visby 2012, s. 180. *Effet utile* - ett franskt uttryck för Unionsrättens genomslagseffekt på nationell rätt.

⁶⁸ EG-domstolens dom i målen C-20/01 och C-28/01, Bockhorn och Braunschweig samt Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod; Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, u. 2:2, Norstedts Juridik, Visby 2012, s.168.

4.2 Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling och tillämpning i nationell rätt

Både Sverige och Finland har genom sina medlemskap i EU åtagit sig att tillämpa unionens rättsakter. I EU:s överstatliga lagstiftande makt ingår att anta direktiv inom offentlig upphandling. Direktiv ska införlivas i de nationella rättsreglerna som är tillämpbara vid offentlig upphandling.⁶⁹

Upphandlingsdirektivens mål ska uppfyllas genom att anpassa en eller flera lagar som gemensamt är tillämpbara på offentliga upphandlingar. Direktivens lägsta kravnivå ska införlivas i nationell rätt.⁷⁰

4.3 Problemområdet i nationell rätt i förhållande till upphandlingsdirektivens jävsfunktion

EU har i de senaste upphandlingsdirektiven⁷¹ föreskrivit att intressekonflikter ska stävjas vid offentlig upphandling. De båda länderna har specifika lagar avsedda att reglera offentlig upphandling. Den svenska upphandlingslagen innehåller endast direktivets term ”intressekonflikt” i samband med kravet på dokumentation av den genomförda upphandlingen. Termen ”jäv” ses i grunderna för uteslutning av en konsult eller motsvarande som deltagit i kravställning eller praktisk handläggning av upphandlingen. I den finska upphandlingslagen ses termen som grundar sig på upphandlingsdirektivets artiklar ”intressekonflikt”, vilket motsvarar den svenska lagtexten d.v.s. termerna ses i både dokumentationsfasen och i uteslutningsfasen. Svenska upphandlingslagen är till synes lik den finska.

De båda länderna är skyldiga att reglera direktivets lägsta kravnivå men begreppet intressekonflikt är inte så uttryckt i respektive upphandlingslag att det förmedlar att jäv i alla faser ska stävjas.

Det behöver därför redas ut dels vad som avses i upphandlingsdirektivet, dels studera respektive nationell rättsordning för att utröna om funktionen fångats upp på annat sätt och om upphandlingsdirektivets benämning av de upphandlande organisationerna som ’upphandlande myndighet’ motsvarar alla som är ålagda att upphandla enligt den direktivstyrda lagen.

⁶⁹ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), EU-rättslig metod; *Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, u. 2:2, Norstedts Juridik, Visby 2012, s. 178 – 180.

⁷⁰ Artikel 291.1 i EUF-fördraget.

⁷¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

4.4 Upphandlingsdirektivet och dess reglering av intressekonflikt

I direktivets inledande skäl⁷² anges principerna som upprätthåller den fria rörligheten för varor och tjänster; bland annat likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. I artikel 18 utvecklas upphandlingsprincipernas innebörd. Där anges att de ekonomiska aktörerna ska behandlas av de upphandlande myndigheterna på ett icke-diskriminerade och likvärdigt sätt och att förfarandet ska ske proportionerligt och öppet. En upphandling som utformats med syfte att missgynna eller otillbörligt favorisera en leverantör är konkurrensbegränsande och otillåtet.

Artikel 24 reglerar uppkomna intressekonflikter. ”Medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna vidtar lämpliga åtgärder för att effektivt förebygga, identifiera och avhjälpa intressekonflikter som uppstår under genomförandet av upphandlingsförfarandena i syfte att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa likabehandling av alla ekonomiska aktörer.

Begreppet intressekonflikt ska minst omfatta situationer där sådan personal hos den upphandlande myndigheten eller en leverantör av upphandlingstjänster som agerar på den upphandlande myndighetens vägnar som deltar i genomförandet av upphandlingsförfarandet eller kan påverka resultatet av förfarandet direkt eller indirekt har ett finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse som kan ses som komprometterande för dess opartiskhet och oavhängighet under upphandlingsförfarandet.”

Även artikel 42 i LUF-direktivet har samma intressekonfliktsreglering.

Genom EU-domstolens förhandsavgöranden kan upphandlingsdirektivets artiklar tydliggöras när dessa vare sig är tillräckligt explicita eller kan tolkas med stöd av direktivets inledande skäl. Det finns mål som blivit vägledande i ärenden som rör anlitan av konsultstöd då den upphandlande myndighetens egen kompetens är otillräcklig vid kravställning och utvärdering. I målet fastställdes att en klagande anbudsgivare inte kan åläggas att bevisa förekomst av intressekonflikt i samband med att den expertis som anlitas till stöd för den upphandlande myndighetens vid kravställning i upphandling, samtidigt som expertgruppens före detta studiekollegor tillåtits lämna anbud i samma upphandling. Domstolen meddelade även att ”/...[d]et är i princip i nationell rätt som det ska fastställas om och i vilken utsträckning de behöriga administrativa prövningsorganen och domstolarna ska beakta den omständigheten att en eventuell partiskhet hos experterna har påverkat eller inte påverkat tilldelningsbeslutet.”⁷³

⁷² Skälen utvecklar de bakomliggande motiven till direktivet och ska ses som ett stöd vid tolkning av direktivet även om det inte anses vara juridiskt bindande. Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6:1 u., Norstedts Juridik, 2018, s. 198.

⁷³ Rättspraxis genom EU-domstolens dom eViglio, C-538/13, EU:C:2015:166, rad 45 – 47.

Den upphandlande organisationen måste fastställa krav och eventuella mervärden i upphandlingar. Skönsmässiga bedömningar följer med det omfattande utrymme den upphandlande organisationen har, även om en tillfredsställande motivering ska ges till de anbudsgivare som inte tilldelats avtal.⁷⁴ Med skönsmässig prövning avses det utrymme för fri bedömning vid en prövning av exempelvis anbud och är inom ramen för de befintliga rättsreglerna. Vid offentlig upphandling innebär detta att det är otillåtet med en godtycklig bedömning och ovidkommande hänsyn av inkomna anbud och bedömning ska göras i enlighet med vad det som framgått av upphandlingsdokument eller rättsregler.⁷⁵

5. Sveriges författning

Nedan redogörs för relevanta delar ur svensk författning.

Sverige har fyra grundlagar varav regeringsformen (RF) är den främsta.⁷⁶ I 1 kap. finns statskicketets grunder och i § 3 anges grundlagarna vilka är hierarkiskt överordnad nationell författning.⁷⁷

Sverige är medlem i den Europeiska unionen, RF 1 kap. 10 §. I de fall nationell rätt inte överensstämmer med unionsrätten ges den senare företräde och EU-domstolen vägleder genom förhandsavgöranden.⁷⁸

I Sveriges grundlag, 1 kap. 9 § RF, anges att ”Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet” och tillämpas vid myndighetsutövning. Regeln ska inte tillämpas i samband med upphandling.⁷⁹

Lagrådet finns för att ge yttranden över lagförslag, RF 8 kap 20 §. Lagrådet ska granska lagförslag i förhållande till grundlag och rättsordningen i övrigt, om angivna syften kan antas tillgodoses, problem vid lagtillämpningen, med mera, RF 8 kap. 22 §.

Lagar är underordnade grundlagarna och meddelas av riksdagen och regeringen är bemyndigad att meddela föreskrifter i form av förordning, vilka är underställda lagar.

⁷⁴ Mål T-461/08, Europeiska Investeringsbankens upphandling, avsnitt 7.

⁷⁵ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, 2018, s. 67.

⁷⁶ Bull, Thomas, Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Studentlitteratur AB, u. 3:2, Lund, 2016, s. 9.

⁷⁷ Red. Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus förlag AB, 2:2 u., Uppsala, 2015, s. 78.

⁷⁸ Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik AB, u. 3:9, Solna, 2010, s. 44. Även Red. Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus förlag AB, 2:2 u., Uppsala, 2015, s. 46 - 47.

⁷⁹ Offentlig upphandling utgör inte myndighetsutövning enligt prop. 2006/07:128, del 1 s. 142 och del 2 s. 598. Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik AB, u. 3:9, Solna, 2010, s. 27.

För att reglera processen vid köp av varor, tjänster och byggtreprenader finns upphandlingslagstiftning⁸⁰ så som bland annat lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, samt lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, vilka baseras EU-rättens upphandlingsdirektiv.⁸¹ I LOU 1 kap. 2 § definieras de upphandlande myndigheterna. De utgör något förenklat beskrivet de statliga och kommunala myndigheterna samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, men även vissa offentligt styrda organ så som bolag, föreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse och där staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande myndighet till största delen finansierar eller kontrollerar verksamheten.

Upphandlingslagstiftningen saknar jävsreglering varför förvaltningslagen ska tillämpas vid exempelvis jävsfrågor, men för de ärenden som handläggs av kommuner och regioner (tidigare benämnda landsting) ska kommunallagens motsvarande reglering tillämpas. Jävsregleringen avser det jäv som kan uppstå från den upphandlande organisationens sida, då anställd eller förtroendevald inte kan utslutas vara opartisk i ett ärende som denne deltar i, FL 16–18 §§ respektive KL 6 kap. 28–32 §§. Vid upphandlingsförfaranden uppträder myndigheten i avtalsliknande situationer och undantag från vissa av förvaltningslagens regler ska göras.⁸²

I upphandlingsprocessen ska speciallagstiftningens avvikande bestämmelser tillämpas istället för förvaltningslagen, FL 4 §.⁸³ I övrigt ska förvaltningslagen tillämpas då statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter handlägger ärenden, FL 1 §.⁸⁴

De statliga och kommunala bolag och stiftelser har en sådan privaträttslig organisationsform att de inte omfattas av förvaltningslag respektive kommunallag.⁸⁵

Nedan beskrivs upphandlingslagar, förvaltningslag och kommunallag mer ingående och vilka som berörs av respektive lag.

5.1 Sveriges upphandlingslagar och reglering av intressekonflikt

Nedan beskrivs Sveriges upphandlingslagar och de jävsregler som varit tillämpliga både historiskt och fram till och med dags dato.

⁸⁰ Även lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUF. Se LOU 1:3.

⁸¹ Artikel 288.3 FEUF, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet) samt direktiv (försörjningsdirektivet) 2014/25/EU. Även Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts juridik, AB, 6:1 u. Visby, 2018, s. 58.

⁸² Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 21.

⁸³ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 88.

⁸⁴ Hellners, Tryggve & Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik, 2019 s. 61.

⁸⁵ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 30 – 31.

5.1.1 En historisk återblick

Svensk upphandlingsreglering har tidigare inkluderat jävsmotverkande reglering där sådan nu saknas i upphandlingslagarna. I sammanhanget är det intressant att nämna något kort och förenklat hur tidigare reglering sett ut ur ett historiskt perspektiv. Därefter följer utvecklingen av motsvarande funktion och hur den kom att spänna sig över flera lagar med syfte att försöka uppnå samma effekt.

Sverige fick en upphandlingsförordning redan 1920. Dessförinnan fanns viss upphandlingsreglering för statliga myndigheter. I upphandlingskungörelsen från 1952 ses tidiga tecken på icke-diskriminering av utländska varor. Av regeringens proposition framgår att de statliga myndigheterna fick en ny upphandlingskungörelse med anvisningar utfärdade av Riksrevisionsverket. Sverige har genom åren förnyat upphandlingsregelverket successivt. Genom EU-kommissionens krav på bättre överensstämmelse med de upphandlingsdirektiv som följde med EU-medlemskapet har väsentliga förändringar genomförts i lagen.⁸⁶

I den äldre upphandlingsförordningen, 1986:366, avseende statliga myndigheters upphandlingar stadgades i 3 § att "[v]id upphandling skall myndigheten utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt iaktta affärsmässighet samt behandla anbud och anbudsgivare objektivt." Detta var en tidigare, förebyggande reglering av intressekonflikter som genom de senare upphandlingsdirektiven kom att falla ur den svenska nationella regleringen.⁸⁷ I förordningens 9 § fanns jävsreglering om bland annat att anbud inte får antas om det inkommit från arbetstagare eller uppdragstagare vilka ska befatta sig med upphandlingsärendet hos den statliga myndigheten.

Som ovan nämnts blev Sverige sedermera medlem i den Europeiska unionen och medlemskapet innebar att EU-rättens upphandlingsdirektiv ska införlivas i nationell rätt.⁸⁸

5.1.2 Gällande upphandlingslagar

Innehållet i lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, är baserade på upphandlingsdirektiven.

LOU ska tillämpas av flera organisationer, inte endast statliga och kommunala myndigheter utan även i beslutande församlingar i kommuner och regioner, offentligt styrda organ. Offentligt styrda organ utgörs av bolag, föreningar eller stiftelser som inte verkar i industriellt eller kommersiellt utan tillgodoser behov utifrån det allmännas intresse där kommun, region, staten eller annan upphandlande myndighet finansierar, kontrollerar eller ingår i den beslutande gruppen i bolaget.

⁸⁶ Möjligt, tillåtet och tillgängligt, SOU 2018:44, s. 138.

⁸⁷ Möjligt, tillåtet och tillgängligt, SOU 2018:44, s. 144.

⁸⁸ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF, artikel 288.

LUF ska tillämpas av de ovan nämnda offentliga organisationerna samt av de privata juridiska personerna om de genom ensamrätt eller särskild rättighet bedriver verksamhet inom någon av försörjningssektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster med mera, LUF 2 kap. 1–8 §§.

I båda upphandlingslagarna finns regler om en utomstående konsults jäv vid upphandling och som avser en konsults dubbla medverkan vid en upphandling. LOU 4 kap. 8 § respektive LUF 4 kap. 7 § reglerar konsultjäv och avser sådan leverantör som deltagit i upphandlingsförberedelserna och senare inkommer med anbud i upphandlingen. Information som leverantören fått insyn i ska tillgängliggöras de övriga anbudsintresserade leverantörerna. Om det inte är möjligt att säkerställa likabehandling mellan den leverantör som ingått i förberedelserna och de övriga deltagarna i upphandlingen ska en utredning om uteslutning vidtas.

I 13 kap. LOU och LUF uppräknas när en leverantör antingen ska eller får uteslutas ur upphandlingen. En leverantör får uteslutas på grund av jäv eller ett tidigare deltagande i upphandlingsförberedelser, LOU kap. 13 § 6 – 7 p. och LUF 13 kap. 4 § 6 – 7 p.

I LOU ses termen intressekonflikt i 12 kap. 16 § 6 p. som avser ett avslutande moment i upphandlingen såsom dokumentationsplikt genom individuella rapporter och kompletterar 16 § i upphandlingsförordningen, 2016:1162, om upphandlingsformalier. De intressekonflikter som uppstår under upphandlingen ska ingå i den avslutande rapporten och vilka åtgärder som vidtagits på grund av sådan konflikt.⁸⁹

I samband med upphandlingsdirektivens lagstiftningsärende påtalade Lagrådet i propositionen att upphandlingsregleringen bör kompletteras med motsvarande jävsregler som i förvaltningslagen.⁹⁰ Regeringen instämde inte utan delade utredningens bedömning att upphandlingsdirektivets artikel 24 inte innebär att jävsföreskrifter nödvändigtvis behöver finnas i upphandlingslagarna, vilket inte heller uttrycks som krav i direktivet. Det ansågs därtill inte lämpligt då det redan finns sådan reglering i subsidiär lagstiftning, det vill säga genom förvaltningslagens respektive kommunallagens jävsreglering. Förvaltningslagen och kommunallagen tillämpas dock inte av samtliga upphandlande myndigheter och upphandlande enheter, det vill säga de kommunala och statliga bolag och privata bolag i försörjningssektorerna omfattas inte av den subsidiära jävslagstiftningen.⁹¹

⁸⁹ Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur, 2018, s. 80 - 81.

⁹⁰ Prop. 2006/07:128 del 1 s. 142 f. och s. 598, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁹¹ Prop. 2015/16:195, s. 470, Nytt regelverk om upphandling samt Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7, s. 27.

Regeringen påpekar i propositionen att där jävsregleringen inte motsvarar gällande författning finns möjligheter att vidta andra åtgärder såsom de grundläggande upphandlingsprinciperna. Därutöver anser regeringen att intressekonflikter i direktivets artikel 24 är allmänt hållen. I direktivets icke-juridiskt bindande skäl motiveras artikeldelens viktigaste bestämmelser.⁹² I skäl 16 omnämns att upphandlande myndigheter ska arbeta för att förebygga, identifiera samt avhjälpa uppkomna intressekonflikter under upphandlingsprocessen, så att snedvridningar och bristande likabehandling förhindras. Vare sig i LOU-direktivet eller direktivet för försörjningssektorerna, LUF-direktivet, omnämns att upphandlande enheter avses i den intressekonfliktsreglering som följer med upphandlingsdirektiven.⁹³

Med intressekonflikt i artikel 24, stycke 2 avses sådana personer som är den upphandlande myndighetens personal eller konsult, det vill säga en stödjande leverantör som utgör särskild kompetens vid kravställning vid upphandling. Dessa individer kan direkt eller indirekt påverka resultatet under upphandlingens handläggning.⁹⁴ Enligt direktivet ska det under ett upphandlingsförfarande finnas åtgärder som förebygger, identifierar och avhjälper intressekonflikter. Regeringen anser att ”situationer med otillåtna intressekonflikter som direktiven identifierar måste dock vara omhändertagna i den nationella rätten.” ”/... [men] inte nödvändigtvis.../...genom lagstiftning.”⁹⁵

Det konstateras i upphandlingspropositionen att alla upphandlande myndigheter inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagens jävsreglering i verksamheten.⁹⁶ Skälet till det är som ovan nämnts att de offentliga organisationerna parallellt med upphandlingslagen även står i en avtalsliknande situation.

Till förvaltningsmyndigheter räknas inte statliga eller kommunala bolag, och inte heller privata organisationer som utför offentliga förvaltningsuppgifter. Då de fattar beslut så som i upphandling är de inte bundna av förvaltningslagens regler.⁹⁷ Skälet till detta är som att de privaträttsliga statliga respektive kommunala bolagen inte omfattas av förvaltningslagens respektive kommunallagens rättsliga regler vid förvaltning.⁹⁸ Annan kommunal jävsreglering, inklusive likabehandlingsprincipen ska

⁹² Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6:1, Norstedts Juridik AB, Visby, 2018, s. 198.

⁹³ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, kap. 10.9.1 LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intressekonflikter.

⁹⁴ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, kap. 10.9.1 LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intressekonflikter.

⁹⁵ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, kap. 10.9.1 LOU- och LUF-direktivens bestämmelser om intressekonflikter.

⁹⁶ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, s. 460. Propositionen lyfter även dilemmat att det endast är upphandlande myndigheter som avses i LUF-direktivets artikel 42. Hur andra upphandlande organisationer ska hantera jävsfrågan anges inte.

⁹⁷ SOU 2010:29, En ny förvaltningslag.

⁹⁸ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, Allmän förvaltningsrätt, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 30 – 31.

tillämpas av upphandlande myndigheter.⁹⁹ Det är ”vare sig...//...nödvändigt eller lämpligt med särskilda jävsbestämmelser i upphandlingslagarna som motsvarar direktivbestämmelserna om intressekonflikter”.¹⁰⁰ ”Regeringen avser härutöver att särskilt uppdra åt Upphandlingsmyndigheten att synliggöra frågor om jäv genom vägledning och andra stödåtgärder. På så sätt kan det tillförsäkras att överväganden om eventuella jävssituationer är en naturlig och integrerad del i upphandlande myndigheters handläggning av upphandlingsförfaranden. Genom detta anser regeringen också att direktivens krav uppfylls i fråga om sådana upphandlande myndigheter som inte är skyldiga att tillämpa förvaltningslagens eller kommunallagens jävsbestämmelser, till exempel statliga och kommunala bolag som är upphandlande myndigheter.”¹⁰¹

Regeringen anser att befintlig lagstiftning, kompletterat med uppdraget till Upphandlingsmyndigheten, innebär att Sverige uppfyller direktivens krav.¹⁰² Propositionen anger även att jävsbestämmelser i flera lagar riskerar att förvilla handläggaren om huruvida förvaltningslagen kompletterar eller helt ersätter motsvarande formulering i upphandlingsregleringen.

Varken LOU eller LUF innehåller regler om förfarandet vid en jävssituation som avser partiskhet hos den som beställt upphandlingen, upphandlaren som praktiskt genomför upphandlingen eller den som har befogenhet att fatta beslut i upphandlingen.

5.1.3 De svenska upphandlande organisationerna

LOU tillämpas av så kallade upphandlande myndigheter och avser upphandling av varor och tjänster, men även omfattas byggentreprenader, LOU 1 kap. 18 och 22 §§. I denna grupp upphandlande organisationer finns statliga och kommunala myndigheter men även ”beslutande församlingar i kommuner och landsting. //...vissa offentligt styrda organ ...//så som bolag, föreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse och där staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande myndighet till största delen finansierar eller kontrollerar verksamheten./... [S]ammanslutningar av en eller flera myndigheter, församlingar eller offentligt styrda organ omfattas.”¹⁰³

LUF är en motsvarighet till LOU men avser upphandlande enheter, sådana organisationer som är verksamma inom vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF 1 kap. 22 §. Lagen omfattar verksamma organisationer inom de nämnda försörjningssektorerna och avser utöver upphandlande myn-

⁹⁹ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, s. 472.

¹⁰⁰ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, s. 472 – 473.

¹⁰¹ Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, s. 472 – 473.

¹⁰² Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling, s. 472 – 473.

¹⁰³ Konkurrensverkets definition av de upphandlande organisationerna i Sverige.

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-lagstiftningen/upphandlande-myndigheter-och-enheter/> (nedhämtad 2019-12-27).

digheter även bolag som påverkas genom inflytandet av en upphandlande myndighet alternativt sådana bolag som istället för inflytandet har givits ensamrätt eller en särskild rättighet till verksamheten.¹⁰⁴

Som ovan nämnts så omfattas inte de upphandlande organisationerna som är statliga eller kommunala bolag alternativt privata bolag inom försörjningssektionerna av förvaltningslagens jävsregler eller motsvarigheten i kommunallagen.¹⁰⁵ Upphandlingsmyndigheten¹⁰⁶, som har huvudansvaret för rådgivningen i upphandlingsrelaterade frågor, informerar om vikten av att anta interna riktlinjer mot intressekonflikter i ett stävande syfte för de upphandlande myndigheter eller enheter som står utanför lagarnas räckvidd.¹⁰⁷

5.2 Svenska förvaltningslagens och kommunallagens kompletterande reglering av jäv

Kommunallagens jävsregler är avsedda för kommuner och regioner (tidigare benämnda landsting), KL 2 kap. 1 §, och förvaltningslagens jävsreglering berör övriga förvaltningsmyndigheter, FL 1 §.¹⁰⁸

Förvaltningslagen och kommunallagen reglerar jäv vid bland annat upphandling på förvaltningsmyndigheter respektive kommuner och regioner, FL 16 – 18 §§ respektive KL 5 – 7 kap.¹⁰⁹ Ledamöter, förtroendevalda och anställda omfattas jävsregler i KL 5 kap. 47 § och 6 kap. 28 §. KL 7 kap. 4 § som hänvisar till föregående lagrum. FL 1 § avser handläggning av ärenden hos förvaltningsmyndigheterna. I FL 16 § anges att den som vid handläggningen av ett ärende kan påverka ett beslut är jävig om beslutet rör dennes närstående eller handläggaren själv, men även i de fall handläggaren eller en närstående är ombud eller ett ställföreträdande för den beslutet rör.

Lagarna beskriver sådana situationer där någon kan anses vara jävig och hur de situationerna ska hanteras. Fullmäktiges ledamöter får inte delta i handläggning i ett ärende som berör ledamotens sambo, partner, föräldrar, syskon, barn eller annan som är närstående, KL 5 kap 47 §. I fråga om ledamotens jävighet hänvisar paragrafen till regleringen i KL 6 kap. 30 § 1 – 2 st. Vid fullmäktiges beslut om jäv ska fullmäktige beröras av samma regler som gäller för nämnd i KL 6 kap. 32 §.

¹⁰⁴ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017, 65.

¹⁰⁵ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 88.

¹⁰⁶ 1 § Förordning (2015:527) med instruktion för upphandlingsmyndigheten.

¹⁰⁷ https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledningar/2017_4_korruption_webb.pdf, s. 24.

¹⁰⁸ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/forebygga-korruption-i-inkopsprocessen/forbereda/jav/>.

¹⁰⁹ Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur AB, Lund, 2018 s. 28.

I fråga om anställdas jävighet, KL 7 kap. 4 §, hänvisas till bestämmelser i KL 6 kap. 28 – 32 §§ vilket avser styrelsen och övriga nämnder.

KL 6 kap. 28 § 1 st. avser sakägarjäv, i de fall då förtroendevald eller anställd på ett personligt plan eller på grund av en närstående berörs av ärendets utgång i en inte oväsentlig omfattning. Närstående omfattar sambo, partner, föräldrar, syskon, barn men även annan som kan kategoriseras som närstående. FL 16 § 1 st. 1 innehåller en motsvarande regel. FL 16 § 1 st. 2 avser om någon är eller har varit ställföreträdare ombud för den saken berör eller annan som kan förväntas påverkas av beslutet.

KL 6 kap. 28 § 3 p. avser jävighet där förtroendevald eller anställd har anknytning till den kommunala verksamhet som beslutet berör, intressejäv. KL 6 kap. 28 § 4 p. avser om förtroendevald eller anställd företrätt någon i form av ombud eller biträtt någon mot ersättning i ärendet, eller då en omständighet medför ett rubbat förtroende och denne därigenom kan antas vara partisk i ärendet. KL 6 kap. 28 § 2 p. och 4 p. innehåller motsvarigheten till FL 16 § 1 st. 2. Jäv ska bortses ifrån om det är tydligt att jävigheten inte har någon betydelse i ärendet, KL 6 kap 29 § samt FL 16 § 2 st.

De som ingått i arbetet med upphandlingen, föredragit upphandlingen inför ett beslut får inte vara jäviga. Jävighet vid upphandling ska uppges av den som kan vara jävig i ärendet, KL 6 kap 30 § och FL 17 – 18 §§.¹¹⁰ Undantag får göras om nödvändiga åtgärder måste utföras och ingen annan kan utföra detta utan att handläggningen avsevärt försenas.

Jävsreglerna ska förhindra den som är partisk att påverka ärendet. Reglerna ska även förhindra att någon misstänks för partiskhet. Jäv definieras inte som ett brott enligt brottsbalken om det inte innehåller faktorer som exempelvis trolöshet mot huvudman och bedrägeri.¹¹¹

Det är risken för ovidkommande hänsyn som uppstår under upphandlingsprocessen som ska förebyggas. Det innebär att sådana situationer ska förhindras där risk för jäv kan påverka situationen och utfall, även om det i praktiken utgjort ett klanderfritt handlande.¹¹²

Även om upphandlingen faktiskt varit objektiv och opartisk så är det just misstanken om ovidkommande hänsyn och bristande opartiskhet som ska förhindras.¹¹³ Det är främst den som fattar beslut och handlägger upphandlingen som genom egen misstanke om jävighet ska anmäla detta enligt interna riktlinjer.¹¹⁴

¹¹⁰ Prop. 2016/17:180, En modern och rättssäker förvaltning, s. 304.

¹¹¹ Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen*, u. 1:2, Studentlitteratur AB, Lund, 2018 s. 80.

¹¹² SOU 2010:29, En ny förvaltningslag, s. 326.

¹¹³ JO 2006/07, JO:s ämbetsberättelse, s. 197.

¹¹⁴ Prop. 2016/17:180, En modern rättssäker förvaltning, s. 304.

5.2.1 Effekterna av jäv i svensk offentlig upphandling

Utifrån ovannämnda resonemang kan svensk jävsreglering i förvaltningslagen¹¹⁵ vara bristfällig vad gäller att inbegripa samtliga organisationer som är skyldiga att genomföra offentliga upphandlingar.

Den som utför myndighetsutövning i sin anställning eller i ett uppdrag är genom verksamheten underkastade JO:s och JK:s tillsyn. Brottsrättsbalken, BrB, 20 kap. 1 § är tillämplig vid händelse av dennes tjänstefel vid myndighetsutövningen.¹¹⁶

Offentlig upphandling ingår inte i vad som avses med myndighetsutövning trots vissa likheter. Tjänstefel enligt brottsbalken är endast tillämpliga i samband med myndighetsutövning. Vid offentlig upphandling utgör jäv således inte något brottsligt enligt brottsbalken, däremot om brottsbalkens definition av förskingring, bedrägeri eller trolöshet mot huvudman uppfylls.¹¹⁷

FL § 16 anger att den som ska handlägga ett ärende är jävig om ett närstående förhållande föreligger mellan handläggaren och den beslutet berör, så vida jäv inte saknar betydelse. Den anställde får inte förbereda ärendet eller delta i avgörandet eller på annat sätt vidta åtgärder i ärendet. Enligt FL § 18 ska handläggaren själv uppge om jävighet föreligger, så snart det blivit känt och möjliggöra att en kollega tar över ärendet.¹¹⁸ När ett beslut fattats i strid mot FL anses det oftast inte vara ogiltigt utan vidare.¹¹⁹ Jävsfrågor kan endast överklagas när handläggarens beslut överklagas vilket medför att jävsprövningen inte tillåts tidigareläggas, separat.¹²⁰

För att ett ärende ska gå vidare till åtalsanmälan krävs att det inträffade utgör ett brott enligt brottsbalken så som tagande av muta enligt 10 kap. 5 a §, grovt tagande av muta enligt 10 kap. 5 c § tjänstefel eller grovt tjänstefel enligt 20 kap. 1 § samt brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap. 3 § första stycket, alternativt annat brott, om det kan antas föranleda någon annan påföljd än böter.

Lag (1994:260) om offentlig anställning, LOA, 14 – 15 §§ reglerar disciplinär påföljd för tjänsteförseelse då en arbetstagare uppsåtligt eller av oaktsamhet åsidosatt skyldigheter i anställning så vida felet inte bedöms vara ringa. Påföljder kan utgöras av en varning och löneavdrag, men en begränsning av parallella disciplinpåföljder, löneavdragets varaktighet samt avdragets storlek. Inom två år från förseelsen ska arbetstagaren underrättats om det som anförs mot honom, 17 §. När åtgärd för

¹¹⁵ Även kommunallagen.

¹¹⁶ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 32.

¹¹⁷ Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018, s. 67.

¹¹⁸ Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, u. 3:9, Norstedts juridik, 2019, s. 164.

¹¹⁹ Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, u. 3:9, Norstedts juridik, 2019, 162.

¹²⁰ Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, u. 3:9, Norstedts juridik, 2019, 164 – 165. Även prop. 1971:30, förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m .m. s. 398.

åtal vidtagits är disciplinärt förfarande inte tillåtet, 18 §, det samma gäller vid uppsägning eller upphörd anställning om ny anställning inte inneburit ett byte till några särskilda myndigheter 19 §.

Förtroendeskadliga bisysslor avser sådana som kan påverka allmänhetens tillit till organisationen. Enligt 7 § LOA får anställda inte ha vissa bisysslor, detta kan avse bisysslor som medför en risk för jäv eller skadat förtroende för den anställde eller organisationen.

6. Finlands författning

I Finland finns en Grundlag som är hierarkiskt överordnad nationell författning.¹²¹ I Grundlagen (731/1999), GL, 1.1 § anges att landet är en självständig republik och medlem i EU, GL 1.2 §.

Finlands normhierarki är precis som i Sverige påverkad av medlemskapet i EU. Överst i hierarkin finns grundlagarna som fördelar makten och grundprinciperna för den offentliga maktutövningen.¹²² Unionsrätten inryms även i Finland på den högsta rättsnivån och ges företräde där nationell norm är motsägelsefull, enligt principen om företräde. EU-domstolen kan tillfrågas om vägledning i form av ett förhandsavgörande då en EU-norm och nationell norm är motstridiga.¹²³ De författningar som är underordnade grundlagarna är precis likt Sveriges lagar godkända av den finska riksdagen genom majoritetsbeslut. Under lagarna inordnas förordningar.¹²⁴

Laggranskningsrådet har tidigare funnits i Finland, med en liknande formell ställning som Sveriges motsvarighet i Lagrådet. Laggranskningsrådet hade en formellt mer omfattande förhandsgranskning i förhållande till den lagtekniska förhandsgranskning som genomförs av grundlagsutskottet.

Laggranskningsrådet hade få årliga utlåtanden och fick aldrig någon större betydelse i praktiken.¹²⁵ Grundlagsutskottet finns nu under justitieministeriet för kontroll och utlåtanden om lagförslag och i andra ärenden och hur dessa förhåller sig till internationella fördrag om mänskliga rättigheter och lagars förenlighet med grundlag, GL 74 §.

Finland har antagit lag om offentlig upphandling och koncession, lag 29.12.2016/1397, och lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster, lag 29.12.2016/1398.¹²⁶

¹²¹ Red. Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus förlag AB, 2:2 u., Uppsala, 2015, s. 111.

¹²² Red. Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus förlag AB, 2:2 u., Uppsala 2015, s. 111.

¹²³ Red. Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus förlag AB, 2:2 u., Uppsala 2015, s. 96 – 98.

¹²⁴ Red. Jonsson Cornell, Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, Iustus förlag AB, 2:2 u., Uppsala 2015, s. 96 - 98.

¹²⁵ Zetterquist, Ola, *Lagrådet i går, i dag och i morgon - Häringesymposiet 2008*, <https://svjt.se/svjt/2009/142>.

¹²⁶ I Finland har det så kallade upphandlingsdirektivet 2014/24/EU och koncessionsdirektivet 2014/23/EU har den finska lagstiftaren valt att slå samman. I Sverige är de implementerade i separata lagar. Koncessionslagstiftningen eller direktivet behandlas inte särskilt i uppsatsen.

Förvaltningslagen (434/2003) är en allmän lag och ska tillämpas på kommunala myndigheter i sin helhet. Förvaltningslagens reglering av jäv, 28 §, definierar närstående och anger hur frågan ska avgöras. Kommunallagen § 52 hänvisar till jävsbestämmelserna i förvaltningsförfarandelagen (10 § 2 mom, Lagen om förvaltningsförfarande (598/82), vilken ersattes år 2003 av förvaltningslagen. 27 § förvaltningslagen uppräknar tjänstemän, ledamöter i kollegiala organ och inspektionsförrättare. Propositionen förtydligar att även andra med arbetsuppgifter som berör förvaltningsärenden ska inkluderas, även praktikanter och utomståendes utlåtanden ingår i kretsen som kan vara jäviga vid offentlig upphandling.¹²⁷

Nedan beskrivs upphandlingslagar och förvaltningslag mer ingående och vilka som berörs av respektive lag.

6.1 Finlands upphandlingslagar och reglering av intressekonflikt

Här beskrivs hur Finlands upphandlingsreglering förändrats över tid. Den reglering av jäv som både historisk och i gällande rätt framkommit i studien återges i denna del. Jävsreglerna beskrivs historiskt i korta drag och i gällande rätt söks jävsfunktionen i både upphandlingslagstiftningen, *lex specialis*, och annan lag.

6.1.1 En historisk återblick

Finska upphandlingsregleringen har, i likhet med Sverige, tidigare inkluderat viss jävsmotverkande reglering. I det följande återges något av både lag och förordning som historiskt reglerat jäviga upphandlingssituationer.

1 kap 1 § i lag om offentlig upphandling, 23.12.1992/1505, regleras de statliga och kommunala myndigheterna samt övriga upphandlingsenheter. Myndigheterna och upphandlingsenheterna ska tillämpa lagen vid upphandling för att åstadkomma konkurrens och för att trygga ett jämbördigt och icke-diskriminerande bemötande av dem som deltar i ett anbuds-förfarande.

Förordning 436/1994 om statliga byggnadsentreprenader innehåller regler för inbegäran av entreprenadanbud och anbudsfrågningshandlingarna. I förordningens 2 kap 3 § anges principerna för anbudstävlan, vilka stadgar att anbud skall begäras in så att det uppstår tillräcklig och fri konkurrens om entreprenaden. Anbudsgivare ska behandlas jämbördigt utan diskriminering.

¹²⁷ Prop. Finsk förvaltningslag, RP 72/2002 rd, s. 87.

Förordning 342/1994, om upphandlingar på vilka lagen om offentlig upphandling inte tillämpas. 1 kap. 1 § tillämpas vid upphandling av varor för militärt bruk, inom ramen för internationella samarbetsavtal samt vid hemliga upphandlingar alternativt på grund av särskilda bestämmelser om säkerhet. 2 § om principer vid upphandling föreskrivs att leverantörerna ska behandlas jämlikt och att konkurrens ska eftersträvas. En person som deltar i behandlingen av ett ärende som gäller anbud, avtal om upphandling eller tolkning av ett sådant alternativt i granskningen av en vara eller tjänst skall vara ojävig, 14 §. Till grunder för åsidosättande av en leverantör uppräknas inte jäv, 9 §.¹²⁸

År 2007 antogs EU:s upphandlingsdirektiv från 2004.¹²⁹ Finland stiftade då både en allmän upphandlingslag och en så kallad försörjningslag.¹³⁰

6.1.2 Gällande upphandlingslagar

Genom upphandlingsdirektivet från 2014 ersattes befintliga lagar av den så kallade upphandlingslagen, lag om offentlig upphandling och koncession¹³¹ och försörjningslagen, lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.¹³²

I § 81 upphandlingslagen regleras de direktivstyrda uteslutningsgrunderna för de leverantörer som ska prövas i eller inför en upphandling. I punkt 7 respektive punkt 8 regleras intressekonflikt som grundar sig på upphandlingsdirektivets artiklar 57.4 e samt 24. I punkt 7 avses minst sådana tillfällen då personal eller en anlitad upphandlingskonsult som upphandlar för organisationens behov. Snedvridning av konkurrensen ska undvikas i upphandlingen så att resultatet vare sig ger ett direkt eller indirekt finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse för personal eller konsult. Om organisationen kunnat förhindra en intressekonflikt genom mindre ingripande åtgärd än uteslutning av leverantören enligt punkt 7 kan uteslutningen vara diskriminerande. Punkt 8 avser tillfällen då anlitad upphandlingskonsult både deltagit i utformandet av kraven i upphandlingen och samtidigt avser att lämna anbud i samma upphandling.¹³³

I upphandlingslagens proposition framgår lagstiftarens reflektioner kring jäv. I samband med möjligheten till egenförsäkran som följde med det nya upphandlingsdirektivet infördes en lättnad för leve-

¹²⁸ *Public procurement, Finnish legislation 2006*, Lexnet, <http://www.lexnet.dk/law/download/pub-proc/Fi-law02.pdf>.

¹²⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

¹³⁰ Kommunförbundets cirkulär 10/80/2007, <https://www.kommunforbundet.fi/cirkular/2007/lagstiftningen-om-offentlig-upphandling-revideras>.

¹³¹ Lag 29.12.2016/1397.

¹³² Lag 29.12.2016/1398.

¹³³ Prop. RP 108/2016 rd, Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, s. 192.

rantörer och den upphandlande organisationen. De kvalificerande dokumenten kan efterfrågas i efterhand, vilket medför att färre anbudsgivare diskvalificeras på grund av misstag vid anbudsinlämningen. I upphandlingslagens proposition omnämns den nya processen och att ett anbud framgent inte kan antas bli mer liberalt bedömt än genom den förra ordningen. Detta eftersom ”[d]e regler som uppställs i bl.a. statstjänstemannalagen (750/1994) och strafflagen (39/1889) och som gäller även för tjänstemän och förtroendevalda vid upphandlande enheter med formen av offentliga samfund förutsätter att t.ex. anbudets fördelaktiga pris eller andra faktorer inte ges betydelse vid bedömningen av om den anbudsgivare som gett anbudet uppfyller villkoren eller inte.”¹³⁴

I § 66 upphandlingslagen åläggs den upphandlande organisationen att förhindra att den goda konkurrensen blir lidande när en konsults initiala deltagande i den förberedande fasen och sedermera själv eller genom ett nära anknutet företag deltar i upphandlingen.¹³⁵

Varken upphandlingslagen eller försörjningslagen innehåller regler om förfarandet vid en jävssituation som avser partiskhet hos den som beställt upphandlingen, upphandlaren som praktiskt genomför upphandlingen eller den som har befogenhet att fatta beslut i upphandlingen eller på annat sätt ingår i upphandlingsarbetet.

6.1.3 De finska upphandlande organisationerna

Finland benämner de upphandlande organisationerna som upphandlande enheter och avser då samtliga som är skyldiga att följa upphandlingslagarna, 1 kap. 1 § upphandlingslagen respektive försörjningslagen. Här avses statliga, kommunala och samkommuners myndigheter, folkkyrkoväsendet inklusive församlingar och myndigheter, statliga affärsverk och offentligrättsliga organ. I de fall något av de nämnda enheterna givit ekonomiskt stöd till en annan upphandlande organisation där värdet utgör mer än hälften av upphandlingsvärdet ska även den organisationen vara en upphandlande enhet. De upphandlande enheterna definieras mer detaljerat i den finska Rådgivningsenheten för offentlig upphandling.¹³⁶

¹³⁴ Prop. RP 108/2016 rd, Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet, s. 185.

¹³⁵ HFD:2003:74 om gynnande för upphandlingskonsult som ingått i upphandlingens planering och därefter deltagit i upphandlingen.

¹³⁶ Enheten upprätthålls av Arbets- och näringsministeriet och Finlands Kommunförbund, <https://www.upphandling.fi/offentlig-upphandling/upphandlande-enheter>. (Hämtad 2019-12-28).

6.2 Finsk förvaltningslags kompletterande reglering av jäv

Den finska förvaltningslagen¹³⁷ ska tillämpas hos statliga och kommunala myndigheter och självständiga offentligrättsliga inrättningar m. fl.

Av § 27 framgår att en jävig tjänsteman inte får delta i eller vara närvarande då ärendet behandlas. Regeln avser även flera, så som "...andra som deltar i behandlingen av ett ärende...".

I förvaltningslagen § 28 anges när tjänstemannen är jävig. Både tjänstemannens relation till den som ärendet berör och huruvida det medför synnerlig nytta alternativt skada som tillsammans med en ifrågasatt opartiskhet är omständigheter som är av betydelse för jävighetsbedömningen.

Jävsfrågor ska avgöras utan dröjsmål, § 29. Det är tjänstemannen som själv avgör om jävighet föreligger. I de fall jävet avser ledamöter och föredragande ska istället det kollegiala organet fatta beslut om jävighet föreligger och om denne kan närvara vid ärendet. Om det inte kan ordnas med en ersättare får beslut fattas om att denne ändå fortsatt får delta.

Om tjänstemannens jävighet inte antas inverka på avgörandet får denne ändå avgöra ett ärende som brådskar, § 30.

I propositionen till förvaltningslagen som trädde i kraft 2004 definieras de tjänstemän som berörs av jävsgrunderna. Vid beredning, föredragning och beslutsfattande kan en jävig tjänstemans deltagande påverka hur ärendet avgörs. I strafflagens tjänstemannadefinition "person som utövar offentlig makt" i 40 kap. 11 § 5 punkten avses även andra som utövar offentlig makt. Regeln inkluderar även andra med arbetsuppgifter som utförs inom ramen för beredning av förvaltningsärenden och som har ett arbetsavtalsförhållande till myndigheten inklusive praktikanter. Utomståendes utlåtanden inkluderas i den mån det påverkar ärendets avgörande.¹³⁸

Upphandlingar där en specialiserad kravställande konsult anlitas kan ifrågasättas då företag lämnar anbud med någon anknytning till specialisten.¹³⁹ Nya upphandlingslagarna reglerar förutsättningarna för att utestänga sådana marknadsaktörer som har anknytning till sådan konsult.¹⁴⁰

¹³⁷ 6.6.2003/434.

¹³⁸ Prop. Finsk förvaltningslag, RP 72/2002 rd, s. 87.

¹³⁹ Högsta förvaltningsdomstolen, Finland, 23.11.2012/3282 HFD:2012:100

¹⁴⁰ Lag 29/12/2016/1397 pkt. 8.

6.2.1 Effekterna av jäv i finsk offentlig upphandling

Av det beskrivna ovan framgår att Finlands upphandlingslag har en tydlig definition av de upphandlande organisationerna, i jämförelse med Sverige. Den finska kommunallagen hänvisar till att jävsbestämmelserna i förvaltningslagen som ska gälla, tidigare förvaltningsförfarandelagen. Den finska regleringen inbegriper samtliga organisationer i termen upphandlande enheter. Därmed förenklas jävsregleringen och ger en enhetlig definition av tjänstemän som inkluderar all personal som involveras i upphandlingshandläggningen.

Som ovan anförts så ska ärendena handläggas utan jävighet, det vill säga oberoende och utan risk för klander. Om beslut fattats där ärenden behandlats av någon jävig så har beslutet tillkommit i oriktig ordning. När personen misstänks vara jävig men lämnat handläggningen på eget initiativ ska organet fatta beslut om jävighet föreligger. Om en jävig person deltar i behandlingen av ett ärende eller om en ojävig person förklaras jävig genom organets beslut, belastas beslutet av ett så kallat formfel. Om den jäviga ändå har deltagit i ärendet eller i beslutet så föreligger ett formfel. Formfelet får inte begäran om omprövning avse jävet eller genom besvär enligt Förvaltningslagen 29 § 3 mom. Ändring får endast prövas i det initiala ärendet och i samband med det kan jävighet åberopas vilket motsvarar den svenska lagstiftningens möjligheter att överklaga.

I Statstjänstemannalagen (19.8.1994/750) 19 § regleras möjligheter till bisyssla.

7. EU:s rättsmedelsdirektiv – reparation av brister vid upphandling

7.1.1 Konsekvenser vid överträdelse av upphandlingslagarna

Med EU-rätten följer också tre rättsmedelsdirektiv¹⁴¹. Dessa syftar till att ge ett förebyggande stöd för de leverantörer som riskerar att förlora ett avtal vid upphandling på grund av den upphandlande organisationens brister i handläggningen samt en reparativ verkan för de avtal som tillkommit utan regelrätt upphandling.¹⁴²

7.1.1.1 Överprövning

I Sverige är det en allmän förvaltningsdomstol som prövar leverantörers ansökan i de fall en upphandling visar på sådana brister att det inte uppfyller ställda lagkrav, att en leverantör anser att denne

¹⁴¹ Direktiv 89/665/EEG, Direktiv 92/13/EEG, Direktiv 2007/66/EG.

¹⁴² Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017, 188 ff.

felaktigt diskvalificerats från att delta i upphandlingen eller om anbudet utvärderats felaktigt.¹⁴³ I Finland är det marknadsdomstolen, i form av en specialdomstol, som avgör upphandlingsärenden.¹⁴⁴

Detta kan exempelvis gälla i de fall ett upphandlingsunderlag har brister, så som då ett varumärke uttryckligen anges eller sådana beskrivningar av varan som endast kan härledas till just ett enda varumärke eller leverantör.¹⁴⁵

7.1.1.2 Tillsyn

Det svenska Konkurrensverket bedriver tillsyn och övervakar att upphandlingslagarna följs. I Finland har Konkurrens- och konsumentverket samma uppdrag.¹⁴⁶

Det är den upphandlande organisationen som döms vid överträdelser av LOU eller LUF, inte kravställaren eller upphandlaren som handlagt ärendet.¹⁴⁷

Detta kan avse de fall då ett avtal tillkommit som varit upphandlingspliktigt utan att ett regelrätt förfarande genomförts. Här avses även om en anbudsgivare inte fått tid för överklagande, dvs att den så kallade avtalsspärren avbrutits genom ett förtidigt avtalstecknande. Det gäller även i de fall då allmän förvaltningsdomstolen respektive marknadsdomstolen beslutat att ett ingått avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (20 kap. 14 §, LOU respektive LUF, 128 § Försörjningslagen samt 156 §, Upphandlingslagen).¹⁴⁸

8. Analys

Jämförelsen mellan de båda nationella rättssystemen och det normsättande upphandlingsdirektivet visar på hur unionsrätten lämnar utrymme för varje unionsmedlems angreppssätt att stävja jäv vid offentlig upphandling.

¹⁴³ 20 kap. i LOU samt LUF.

¹⁴⁴ Upphandlingslag 132 – 135 §§.

¹⁴⁵ Lindahl Toftegaard, Eva: Offentlig upphandling; *LOU och upphandlingsprocessen, u. 1:2, Studentlitteratur, Lund*, 2018, s. 27.

¹⁴⁶ Finska upphandlingslagen, 139 § 2 mom.

¹⁴⁷ Förordning 2015:528, Konkurrensverket tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen.

¹⁴⁸ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017, s. 202.

Både Sveriges och Finlands upphandlingslagar innehåller jävsregler avsedda att utesluta anbudsgivare som ingått i upphandlingen som kravställande konsult. Jäv ska enligt upphandlingsdirektivet dokumenteras i upphandlingsrapporter och det ska anges vilka åtgärder som vidtagits på grund av en intressekonflikt.

Studierna av de svenska och finska upphandlingslagarnas formuleringar med de bakomliggande propositionerna visar ett likvärdigt synsätt vad gäller implementering av jävsregler i upphandlingslagarna.

Den svenska lagstiftaren har sedan unionsmedlemskapet medvetet avstått från att inlemma jävsregleringen i upphandlingslagarna och har uttryckligen gjort detta för att undvika osäkerhet hos lagtillämparna. Lagstiftaren menade att en definition av intressekonflikter i upphandlingslagar skulle komma att skapa en osäkerhet för ärendehandläggaren huruvida upphandlingslagarna ska kompletteras med förvaltningslagens, och även kommunallagens, subsidiära reglering eller om upphandlingslagarna helt ersätter dessa.

För att komma fram till hur lagstiftarna faktiskt kom att uppfylla direktivets krav på jävsregler vid upphandlingens handläggning har ett sökande ner i normhierarkin varit nödvändig.

Den finska förvaltningslagen fångar upp upphandlingsdirektivets avsikt att förhindra intressekonflikter och lagen inkluderar samtliga organisationer som är skyldiga att upphandla enligt lag.

Jävsregleringen i den svenska rättsordningen finns inte ensamt i förvaltningslagen för upphandlande myndigheter, utan svensk rätt har även sådana regler avsedda för kommunernas upphandlande myndigheter i kommunallagen. Det framgår av studien att dessa regler inte är tillämpliga på samtliga organisationer som är statliga, kommunala och privata bolag, ålagda att upphandla enligt lag. Lagstiftaren har ansett att de upphandlande organisationerna som står utanför lagarna ska tillämpa grundlagens likhetsprincip tillsammans med upphandlingsmyndighetens uppdrag att ge enheterna vägledning i jävsfrågor. Offentlig upphandling är inte myndighetsutövning och berörs därmed inte av likhetsprincipen i grundlagen.

Ur ett svenskt och finskt historiskt rättsperspektiv fanns en gång upphandlingsreglering som inkluderade jäv i upphandlingslagar och förordningar. De nuvarande upphandlingslagarna behöver kompletteras med andra medel för att uppnå samma kvalitetssäkring för förhindrande av jäv vid upphandling.

9. Slutsats

Syftet med studien är att jämföra hur länderna valt att implementera svensk respektive finsk jävsreglering vid offentlig upphandling. Har upphandlingsdirektivets regler om jäv implementerats i de respektive ländernas rättsordningar.

I både Sveriges och Finlands upphandlingslagar har upphandlingsdirektivets jävsregler exkluderats vad gäller handläggarens, beslutsfattarens eller föredragandens jävighet i ärendet. Det är respektive lands förvaltningslag som ska komplettera upphandlingslagarna med jävsreglerna. I Sverige ska förvaltningslagen kompletteras av kommunallagens jävsreglering eftersom den svenska förvaltningslagen har en snävare räckvidd av organisationer än den finska. De statliga, kommunala och privata bolagen i Sverige som är skyldiga att vidta offentlig upphandling men inte är inkluderade i någon de ovan nämnda lagarna, omfattas inte heller av grundlagen och dess likhetsprincip, RF 1 kap. 9 §, som tillsammans med upphandlingsmyndighetens vägledning kring jäv var tänkt att motsvara nationella jävsreglerna. Grundlagsprincipen ska tillämpas vid myndighetsutövning men JO har fastställt att offentlig upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning.

Det innebär att inte alla upphandlande myndigheter och enheter måste tillämpa jävsregler enligt lag. De kan själva besluta om de vill ta stöd av upphandlingsmyndighetens icke-bindande vägledning.

I studien beskrivs hur risk för jäv kan uppstå genom favorisering i strategifasen, upphandlingsfasen och i avtalsförvaltningsfasen. Jävet kan antingen vara en positiv eller negativ favorisering av en leverantör beroende på hur ett tidigare samarbete varit.

Anbudsgivare tillförsäkras inte samma rätt till ovidkommande hänsyn enligt lag vid svensk offentlig anbudsgivning hos statliga, kommunala och privata bolag, som vid anbudslämning hos upphandlande myndigheter och enheter vilket beror på förvaltningslagens och även kommunallagens korta räckvidd.

Studien visar på att svensk jävsreglering vid offentlig upphandling är otillräcklig till skillnad från den finska motsvarigheten.

10. Egna kommentarer och de lege ferenda

Vi anser att det är viktigt med mer forskning på området för att se vilka eventuella sanktioner som kan uppnås utanför strafflagen och konkurrensverkets uppdrag vad gäller sanktioner mot tjänstemän som är jävrig i den ovan beskrivna inköpsprocessen. Uppsatsen är begränsad till komparationen, men fynden är intressanta och kontrollmekanismen viktig.

Internrevision – obligatorisk uppföljning av alla upphandlingar och avtalets förvaltning?

Det är viktigt att internrevisionen följer upp hela upphandlingsprocessen. Låter utreda de fall då samma leverantör tilldelats kontrakt i flera upphandlingar efter varandra. Om förändringar i avtalet hanterats på rätt sätt. Att upphandlingsenheterna ges tillräckligt med resurser för både upphandling administration och juridisk kompetens. Den juridiska kompetensen skulle även kunna utgöra det stöd som så många avtalsägare saknar i sin organisation under avtalsförvaltningen. Stödet är nödvändigt vid bedömningen om rättsliga åtgärder är möjliga i de fall leverantörer upprepat bryter mot kontrakt.

Då avtalsuppföljning inte genomförs och brister direkt eller indirekt tillåts, fångas inte nya överenskommelser eller avvikelser upp som kan vara ändringar av större omfattning där egentligen en ny upphandling skulle genomförts.¹⁴⁹ Om de faktiskt genomförda avtalsuppföljningarna inte heller dokumenteras finns inte någon skriftlig dokumentation som kan utlämnas på förfrågan av allmänheten eller konkurrerande leverantör. Möjligtvis blir endast fakturorna med väl definierade prisförändringar den enda insyn som kan ge inblick om hur bristfällig avtalsuppföljningen egentligen varit.

Aidentifierade anbud?

En välkommen utveckling på området vore en utredning kring lagstiftning om krav på aidentifierade anbud. Därmed skulle de nu väl utvecklade digitala upphandlingssystemen kunna vara behjälpliga.

Komplicerat för upphandlingskonsulter som verkar inom flera slags organisationer

Det kan inte uteslutas att det är försvårande för de upphandlingskonsulter som arbetar inom de olika upphandlarorganisationerna där upphandlingslagarna är identiska vid handläggningen, men jävsreglerna ser olika ut.

¹⁴⁹ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017, s. 182.

Lägsta-prisupphandlingar - bättre ur ett jävsperspektiv?

Jävsrisken i kombination med flera utvärderingskriterier där skönsmässiga bedömningar tillåts, kan medföra fler överprövningar än i de fall då upphandlingsdokumentet endast utvärderas till lägsta pris. Lägsta pris-avtal kan bli välfungerande om avtalsuppföljning/noggranna sanktioner och hävningsbeskrivningar tillsammans med aktiva uppföljningar och varningar görs i god tid.

Upphandlarens reservation enligt förvaltningslagen och notering om avvikande mening

Genom tidigare yrkeserfarenheter inom uppsatsgruppen finns kännedom om hur upphandlarkompetensen inom den upphandlande organisationen inte i sällsynta fall behöver argumentera emot den tjänsteman som beställt upphandlingen då denne vill att krav ställs i upphandlingsdokumentet som inte har stöd i lag. Detta kan tyvärr även avse udda lösningar för annan betygssättning än den beskrivning som annonserades i upphandlingen.

Om överordnade chefer inte stöttar upphandlarens synpunkter finns stor risk att den beställande tjänstemannen driver igenom att upphandlingen ska handläggas så som denne önskar.

Det framgår inte av upphandlingsmyndighetens vägledning hur just dessa slags situationer kan stävas, där just upphandlaren ser att det finns ett annars oupptäckt jävsintresse hos beställaren av upphandlingen. Förslagsvis skulle någon vägledning till upphandlaren kunna ges i dessa jävslika situationer där annars upphandlaren framstår som mindre insatt i upphandlingslagarna. Det är synnerligen viktigt att detta framkommer i upphandlingsprotokollet som författas efter upphandlingen. Dessförinnan borde upphandlaren ha till regel att författa men också kommunicera att denne gör en reservation om avvikande mening enligt 30 – 31 § § förvaltningslagen. Det blir därigenom även en varning till den beställare som inte är villig att ta till sig upphandlarens påpekanden om fel eller jäv i upphandlingen.

11. Källförteckning

Litteratur:

- Bernitz, Ulf, m.fl., Finna rätt: *Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, u. 14, Wolters Kluwer AB, 2017.
- Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6:1 u., Norstedts Juridik, 2018.
- Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, u. 2:7, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.
- Bull, Thomas, Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Studentlitteratur AB, u. 3:2, Lund, 2016.
- Hellners, Trygve, Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, u. 3:9, Norstedts juridik, 2019.
- Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod; Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, u. 2:2, Norstedts Juridik, Visby, 2012.
- Jonsson Cornell, (Red.) Anna, *Komparativ konstitutionell rätt*, u. 2:2, Författarna och Iustus förlag AB, Uppsala, 2015.
- Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling; LOU och upphandlingsprocessen* u.1:2, Författarna och Studentlitteratur AB, Lund, 2018.
- Red. Marcusson, Lena, *Offentligrättsliga principer*, u. 3:2, Iustus förlag, Uppsala, 2017.
- Nääv, Maria, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, u. 2:1, Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure förlag AB, Stockholm, 2017.
- Petersson, Olof, *Den offentliga makten*, u. 5:1, Studentlitteratur AB, Lund, 2018.
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Ämne material, metod och argumentation*, u. 4:1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.
- Strömberg, Håkan, Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 27:e u., Liber AB, Stockholm, 2018.
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling och korruption*, JT 2014/15.
- Zetterquist, Ola, *Lagrådet i går, i dag och i morgon – Häringesymposiet*, 2008, <https://svjt.se/svjt/2009/142>.

Övriga publikationer

WTO – Basfakta och knäckfrågor Kap. 3 Varuhandel

<https://www.kommers.se/Documents/dokumentarkiv/publikationer/Övriga%20publikationer/Publikation%20-%20WTO%20basfakta%20och%20knäckfrågor.pdf>.

Offentligt tryck:

Förarbeten och statliga utredningar m.m. - Sverige

Lagrådsremiss, En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag.

SOU 2018:44, möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

SOU 2010:29, En ny förvaltningslag.

Prop. 2006/07:128 del 1, ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Prop. 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling.

Prop. 2016/17:180, En modern och rättssäker förvaltning.

JO 2006/07, JO:s ämbetsberättelse.

Prop. 1971:30, förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar.

Förarbeten och statliga utredningar m.m. - Finland

Prop. RP 108/2016 rd. (finska) regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet.

Prop. Finsk förvaltningslag, RP 72/2002 rd.

Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7,

<https://filedn.com/ljdBas5OJsrLJOq6KhtBYC4/forarbeten/bet/2016-17/bet-2016-17-fiu7.pdf>.

Rättsfall:

EU

EU- domstolen, mål C-454/06 Presstext.

EU- domstolen, mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike.

EU-domstolen, mål C-538/13, eViglio.

Europeiska investeringsbankens upphandling, mål T-461/08.

Sverige

Förvaltningsrätten i Sundsvall, mål nr 2015 – 665.

Högsta förvaltningsdomstolens årsbok. Avgörande HFD:2010:35.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 4211 – 08.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2304 – 12.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4809 – 11.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6449 – 17.

RÅ 2002 ref. 50.

Finland

Högsta förvaltningsdomstolen, Finland, HFD:2003:74.

Högsta förvaltningsdomstolen, Finland, HFD:2012:100.

Ärenden från myndigheter, vägledningar m. m.

EU

Kampen mot korruption, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_sv.pdf.

Statliga publikationer – Sverige

Regeringskansliet, Redaktionella och språkliga frågor i EU-arbetet, Statsrådsberedningens PM 2014:3.

<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.1/324646.html#h-Vad-ar-jav>. (Inhämtat 2019-12-08)

Upphandlingsmyndigheten - Sverige

Avtalsförvaltning, Vägledning nr 2 (2016), Upphandlingsmyndigheten.

Vägledning:

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledningar/2017_4_korruption_webb.pdf

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/vad-skiljer-offentlig-upphandling-fran-inkop-i-privat-sektor/> (2018-12-19).

Konkurrensverket - Sverige

Korruptionsdomar och offentlig upphandling, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2019:5, Catrin Karlsson Westergren (ISSN-nr 1652 - 806).

Konkurrensverket, 2019-12-14.

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/direktupphandling/otillaten-direktupphandling/> samt

<http://www.konkurrensverket.se/nyhetsbrevsartiklar/viktigt-forutse-framtida-behovet/>.

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-lagstiftningen/upphandlande-myndigheter-och-enheter/> (nedhämtad 2019-12-27).

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/statistik/>, 2019-12-20.

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/informationsmaterial/upphandlingsreglerna--en-introduktion.pdf>.

Upphandlingsreglerna – en introduktion, Konkurrensverket, ISBN 978-91-88566-33-1.

Finland

Konkurrens- och konsumentverket, Rapport om grå ekonomi och upphandlingar,

<https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/muut/harmaa-talous-ja-hankinnat-2019.pdf>.

<https://www.upphandling.fi/offentlig-upphandling/upphandlande-enheter>. (hämtat 2019-12-28).

Författningar:

EU

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

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF.

Fördraget om Europeiska unionen, FEU.

Sverige

Förvaltningslagen 2017:900.

Förordning (2015:527) med instruktion för upphandlingsmyndigheten.

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF.

Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK.

Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS.

Lagen (1994:260) om offentlig anställning.

Regeringsformen (2010:1408).

Upphandlingsförordning (2016:1162).

Finland

Förvaltningslag 6.6.2003/434.

Lag 29.12.2016/1397. Lag om offentlig upphandling och koncession.

Lag 29.12.2016/1398. Lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.