

FRONT ADVOKATER

Konkurrens – den sjätte upphandlingsrättsliga principen?

Jur.lic. Robert Moldén

EU-advokat och Partner vid Front Advokater

Doktorand i konkurrens- och upphandlingsrätt vid Handelshögskolan i Stockholm

robert.molden@front.law

SOI-konferensen i Gävle

26 april 2017

PUBLIC PROCUREMENT AND COMPETITION LAW FROM A SWEDISH PERSPECTIVE – SOME PROPOSALS FOR BETTER INTERACTION

Robert Moldén*

1. INTRODUCTION

1.1 Purpose and Structure of this Article

This article deals with Public Procurement and Competition Law from a Swe-

* Head of the Competition Law Practice Group at the Swedish law firm Gärde Wesslau and Doctoral Candidate in competition and public procurement law at the University of Lund; former Senior Case Officer at the Swedish Competition Authority and former Associated Judge at the Administrative Court of Appeal in Göteborg; e-mail: robert.molden@garde.se. The author is a lawyer holding LL.M. degrees in Swedish law (University of Stockholm), German law (University of Kiel) and European law (College of Europe in Bruges). He is also an economist holding master degrees in Economics and Business Administration from the University of Paris as well as the Göteborg and Stockholm Schools of Economics. The author is grateful for valuable comments and advice from the supervisors of his doctoral thesis, Hans Henrik Lidgard (professor in law at the University of Lund) and Mats Bergman (professor in Economics at Södertörn University in Stockholm, former chief economist at the Swedish Competition Authority). The author is also grateful for comments from his brother Richard Jacobsson (Head of the IP and Competition Law Practice Group at Eversheds Advokatbyrå), professor Lars Henriksson, professor Maurice E. Stucke, Carl Wetter and Helena Rosén Andersson (fellow doctoral candidates at the University of Lund), doctoral candidate Erik Sandin and competition law expert Ulrica Dyrke. Moreover, the author wants to thank his colleagues at the Gärde Wesslau Competition Law and Public Procurement Law Practice



COMPETITION AND PUBLIC PROCUREMENT

**With Special Focus on Pro-competitive and
Anti-competitive Information Exchange as well as the
New Competition Principle of the
New EU Public Procurement Directives**

Manuscript for a licentiate seminar

15 December 2016

by

jur.kand. civ.ek. DHS Robert Moldén, LL.M.

Supervisors

Prof. Lars Henriksson, prof. Ulf Bernitz and prof. Mats Bergman



Vad har konkurrens med offentlig upphandling att göra?

🕒 2015-11-17 📁 Konkurrens 👤 Robert Moldén

Vad har konkurrens med offentlig upphandling att göra? Frågan, som ställdes under en fikapaus på Konkurrensverket för åtta år sedan, fick Robert Moldén att börja skriva på en doktorsavhandling om just detta. I kommande krönikor utlovar han svar på denna brännheta fråga.

Året var 2007 och jag satt och fikade med några kollegor på Konkurrensverket. Tidigare samma dag hade generaldirektör Claes Norgren berättat om regeringens beslut att flytta över NOU, Nämnden för Offentlig Upphandling, till Konkurrensverket.

Flera av kollegorna runt fikabordet var mycket förvånade. "Vi på Konkurrensverket har väl ett helt annat uppdrag än de på NOU", var det en som sa. Därefter ställde en annan kollega den riktigt tunga frågan: "Vad har konkurrens egentligen med offentlig upphandling att göra"

En bra fråga tyckte jag. Och jag beslutade mig för att gå till botten med den. Senare samma år flyttade NOU in i Konkurrensverket – och jag började att parallellt med mitt jobb på verket skriva på en doktorsavhandling om

Robert Moldén

EU-advokat som sedan år 2011 leder Front Advokaters konkurrensrättsgrupp. Innan dess tjänstgjorde han flera år som jurist vid



Konkurrensverket och

har även jobbat som domare vid

Kammarrätten i Göteborg med inriktning på upphandlingsmål. Robert är även lärare i

upphandlingsrätt vid Roms universitet samt doktorand vid Handelshögskolan i Stockholm

och har nyligen lagt fram sin

licentiatavhandling om konkurrensens roll inom offentlig upphandling med särskilt fokus på den nya konkurrensprincipen. På

Inköpsrådet delar han med sig av sina

forskningsresultat samt praktisk erfarenhet från arbetet på Front Advokater.

Lediga jobb

Uppsala Universitet söker

Konkurrensprincipens historia

- Den **ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen** i *2004* års direktiv och *2007* års LOU
- Den äldre **allmänna konkurrensprincipen** i *1992* års LOU
- Den nya **allmänna konkurrensprincipen** i *2014* års direktiv och *2016* års LOU

Den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen

- Enligt art. 32(2) i 2004 års direktiv gällde följande:
 - *“Ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet.*
- *En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.”*

Den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen och löptiden på ramavtalen

- Artikel 32 (2) i 2004 års direktiv hade delvis implementerats i svensk rätt genom stadgandet i 2007 års LOU 5 kap. 3 § som lydde:

“Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.”

Exempel: Vaccinationsmålet Kammarrätten i Stockholm 2011

- Landsting genomförde en ramavtalsupphandling av vaccinationstjänster
 - Avtalstiden: 2 år
 - Två tillfällen fanns för möjlighet till förlängning om totalt: 24 månader och 6 månader.
 - OBS! Vilket innebär att ramavtaltiden blev 6 månader längre än tillåtna 4 år (5 kap. 3 § i 2007 års LOU)

Vaccinationsmålet

Kammarrätten i Stockholm 2011

- Domstolen fann att inget särskilt skäl, relaterat till upphandlingsföremålet, förelåg för en längre avtalsperiod än fyra år.

”Den längre avtalstiden kan komma att begränsa konkurrensen på den aktuella marknaden på ett otillbörligt sätt och att klaganden härigenom kan komma att lida skada”

- Domstolen dömde att upphandlingen skulle göras om. Eventuella hälsorisker relaterade till frånvaron av ett avtal under tiden som ett nytt avtal skulle upphandlas skulle enligt domstolen inte beaktas, eftersom de inte relaterar till upphandlingsföremålet.

Slutsatser utifrån praxis avseende långvariga ramavtal

Det följer av svensk praxis att ramavtal med längre avtalstid än fyra år har varit tillåtna enligt LOU endast om den upphandlande myndigheten kan visa att det föreligger särskilda skäl relaterade till upphandlingsföremålet för att legitimera den långa avtalstiden.

Den konkurrensrättsliga konkurrensprincipen och för stora ramavtal

- Artikel 32 (2) i 2004 års klassiska direktiv angav att:

” en upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids ”

- Reglerna i artikel 32 (2) angav en skyldighet att inte begränsa konkurrensen.
- Eftersom mycket stora ramavtal kan förhindra konkurrensen så riskerade stora ramavtal att stå i strid med artikel 32 (2) i 2004 års direktiv
- Reglerna har aldrig blivit implementerade i 2007 års LOU.

Konkurrensverkets yttrande i SKI-målet rörande skrivare och koperingsmaskiner

(Dnr 285/2012, 30 maj 2012)

- Konkurrensverket delar inte lagrådets och regeringens bedömning om att artikel 32 (2) i 2004 års direktiv avseende upprätthållande av konkurrensen vid ramavtal följer av de allmänna principerna.
- Konkurrensverket menar att artikel 32 (2) i 2004 års direktiv ställer mer långtgående krav på den upphandlande myndighetens agerande vid upphandlingar av ramavtal utöver vad som redan följer av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna t.ex. Likabehandlingsprincipen.
- **Mycket stora ramavtal som utan sakligt godtagbara skäl stänger ute andra leverantörer utom de allra största kan vara förenliga med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna men kan vara i strid med artikel 32 (2) i 2004 års direktiv.**

Den ramavtalsrelaterade konkurrensprincipen i svensk rättspraxis

**Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 mars 2014 i mål
nr 4816-13 (s. 3):**

”Otillbörlig och *konkurrenssnedvridande* användning av
ramavtal är förbjuden

(art. 32.2 Europaparlamentets och Rådets direktiv
2004/18/EG)”

Dom bekräftar EU:s konkurrensprincip

JURIDISK KRÖNIKA LOU borde ändras på flera punkter för att bättre främja sund konkurrens, anser Robert Moldén, EU-advokat. Han gläds över att en dom i kammarrätten ligger helt i linje med den nya allmänna konkurrensprincipen som infördes i det nya klassiska direktivet som nyligen antogs av EU-parlamentet.

| 2014-09-11



Långa och mycket omfattande ramavtal kan ha en konkurrensbegränsande effekt, särskilt vad gäller små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar.

Som doktorand inriktad på relationen mellan konkurrens och offentlig upphandling är det därför mycket glädjande att konstatera att Kammarrätten i Göteborg den 14 mars i år har avkunnat en principiellt viktig dom där kammarrätten faktiskt tillerkänner direktivets ramavtalsrelaterade konkurrensprincip direkt effekt med orden: "Otillbörlig och konkurrensnedvridande användning av ramavtal är förbjuden".*

Kammarrättens dom ligger helt i linje med den nya allmänna konkurrensrättsprincipen som infördes i det nya klassiska direktivet som nyligen antogs av EU-parlamentet. Enligt artikel 18 i nya direktivet gäller nämligen följande för alla upphandlingar: "Upphandlingen får inte utformas i syfte att [...] på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen".

SENASTE NYTT



TOPPJOB

- **Vill du jobba på Sveriges vassaste konsultbolag inom offentlig upphandling?**
- **Göteborgs stad, Lokalförvaltningen söker Upphandlare**



Sponsrat innehåll

Får man avstå från att förkasta anbud om det bara avviker från kravet lite grann?

Migrationsverket förkastade ett anbud på grund av att anbudsgivaren – som lämnat samtliga obligatoriska uppgifter – inte hade uppfyllt ett obligatoriskt krav om att lämna uppgifterna på avsedd plats. Kammarrätten i Jönköping ansåg dock att kravet var uppfyllt. Mikael Engström och Peter Riiga, Cederquist, analyserar innebörden av domen.



Den *allmänna* konkurrensprincipen: fanns med 1992 – tappades bort 2007 – återuppstånden 2017

Allmän konkurrensprincipen i 1992 års LOU

Huvudregel om affärsmässighet i 1 kap. 4 §:

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

Ingen allmän konkurrensprincip i 2007 års LOU

Principer för offentlig upphandling enligt 1 kap. 9 §:

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

Den nya allmänna konkurrensprincipen

- i 2014 års direktiv

Artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU om principer för upphandling:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

Den nya allmänna konkurrensprincipen

- i 2016 års LOU

I 4 kap. 2 § i 2016 års LOU fastslås följande nya Principer för offentlig upphandling

*”En upphandling får inte utformas i
syfte att undanta den från lagens
tillämpningsområde och*

*får inte heller utformas i syfte
att begränsa konkurrensen så att vissa
leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.”*

Den nya allmänna konkurrensprincipen

- i 2016 års LOU

- VAD BLIR DE *PRAKTISKA EFFEKTERNA*
AV DEN NYA ALLMÄNNA
KONKURRENSPRINCIPEN SOM
GÄLLER FR.O.M. DEN 1 JANUARI 2017?
 - Tre konkreta exempel ska vi försöka hinna med!



KAMMARRÄTTEN
I SUNDSVALL

DOM

2011-10-26
Meddelad i Sundsvall

Sida 1 (7)
Mål nr 1985-11

KONKURRENSVERKET	
2011-10-27	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Trafikverket
781 89 Borlänge

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur.kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Kapsch TrafficCom Aktiebolag, 556042-6289
Box 1063
551 10 Jönköping

Ombud: Advokaterna Jonas Ågren och Martin Ågren
Advokatfirman Glimstedt Jönköping AB
Box 2083
550 02 Jönköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 5 juli 2011 i
mål nr 1741-11, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den första frågan i målet är om Trafikverkets krav på osynligt ljus i vägsidesutrustningen utgör ett oproportionerligt krav eller om kravet på annat sätt strider mot LOU eller unionsrättsliga principer.

Lika med förvaltningsrätten anser kammarrätten att det krav som Trafikverket ställt på osynligt ljus vid betalstationerna i praktiken mot bakgrund av förfrågningsunderlagets utformning utestänger andra tekniska lösningar än sådana med laser. Parterna synes också vara överens om detta. Fråga blir därmed om kravet kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Kammarrätten bedömer att kravet på osynligt ljus är kopplat till föremålet för upphandlingen. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart

närboende och trafikanter. Kravet har varit tydligt och lika för alla anbudsgivare och diskriminerar ingen anbudsgivare. Vid sådant förhållande kan kravet inte anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller andra bestämmelser i LOU.

Övriga invändningar från Kapsch

Fråga blir därefter om de övriga invändningar som Kapsch anfört i förvaltningsrätten punkterna e-h i förvaltningsrättens dom innebär att Trafikverket brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Såvitt kammarrätten kan utläsa av domen har någon sådan prövning rörande dessa punkter inte gjorts av förvaltningsrätten. Då kammarrätten inte som första instans bör göra dessa prövningar, ska förvaltningsrättens dom upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Annika Sandström kammarrättslagman ordförande	Elsa Nihlén kammarrättsråd	Charlotte Waas kammarrättsråd referent



KLAGANDE

Björkviks Vårdhem AB, 556257-3575
Björkviksvägen 20
243 35 Höör

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

Ombud: Jur.kand. Lina Bergqvist
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Kommunförbundet Skåne, 837600-9109
Box 53
221 00 Lund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

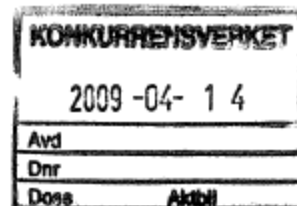
Länsrätten i Skåne läns dom den 9 oktober 2008 i mål nr 9160-08, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten förordnar att Kommunförbundet Skånes upphandling av vård- omsorgs- och behandlingsplatser ska göras om avseende delområde 1.1.5-1.1.8 samt 2.1.1, 2.1.3 och 2.1.4.



Vad slutligen gäller Björkviks invändning att upphandlingen till följd av sin storlek (geografiska omfattning) på sikt leder till konkurrensbegränsning gör kammarrätten följande bedömning. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Effektiv konkurrens på både kort och lång sikt får anses vara ett av syftena bakom upphandlingsrätten. Att omfattningen av en upphandling kan medföra att företag som inte tilldefas kontrakt riskerar att slås ut, vilket i sin tur kan leda till minskad konkurrens i framtiden, är dock enligt kammarrättens mening inte en sådan omständighet som innebär att upphandlingen genomförts i strid mot nämnda principer.

Sida 14
Mål nr 6411-08

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Se bilaga B (formulär 1)


Ingvar Johansson


Berit Nilsson

referent


Robert Moldén



Helena Rosén Andersson
Advokat

HEM

ÄMNESKATEGORIER

EXPERTPANELEN

ÅSIKTER

LEDIGA JOBB

KONFERENSER & UTBILD

HEM > DEBATT > **KOLLEKTIVAVTAL: PRÖVA VÄGLEDNING FÖRST – SEDAN LAGSTIFTNING**

DEBATT

Kollektivavtal: pröva vägledning först – sedan lagstiftning

AV BO HÖGLANDER • JANUARI 20, 2016

**Upphandling och villkor enligt kollektivavtal: pröva vägledning först och lagstifta sedan (om det behövs)!
Det skriver Robert Moldén, doktorand i konkurrens- och upphandlingsrätt vid Lunds universitet samt EU-advokat och delägare vid Gärde Wesslau Advokatbyrå i Göteborg**

I senaste numret av Offentliga Affärer publicerade Göran Thalén, Helena Rosén Andersson, Anders Nilsson och Filip Malm på advokatfirman Lindahl i Göteborg en omfattande debattartikel om särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor vid offentlig upphandling. De konstaterade att det återstår att se vad Upphandlingsmyndigheten kan bidra med vad gäller fastställandet av behovet av – samt nivån på – de arbetsrättsliga krav i form av bl.a. minimilöner som upphandlande myndigheter ska eller kan ställa vid offentlig upphandling.

Recommend 0

Tweeta

Dela

0 KOMMENTARER

RELATERADE NYHE



Dela det här innehållet



2017 ÅRS NYA UPPHANDLINGSLAGAR: FÖRENKLINGAR FÖR SMÅ- OCH MEDELSTORA FÖRETAG?

20 MARS 2017

2017 års nya upphandlingslagar – ett av syftena med de nya upphandlingslagarna är att underlätta för små- och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Hur blir det egentligen med den saken? Vi ställde tre korta frågor till upphandlingsexperten Robert Moldén.

Konkurrens – den sjätte upphandlingsrättsliga principen !!!

Tack för uppmärksamheten!



Robert Moldén

EU-advokat & Partner

Front Advokater

Doktorand vid Handelshögskolan i
Stockholm

robert.molden@front.law

Tel: 031 10 76 00 (växel)

Tel: 031 10 76 13

Mobil: 070 252 44 00