



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
Programmet för Juris Kandidatexamen
Tillämpade studier
30 högskolepoäng
Vårterminen 2010

TALERÄTT I MÅL OM OFFENTLIG UPPHANDLING

En vinnande leverantörs rätt till effektiva rättsmedel

Författare: Jonna Eriksson och Sara Möller

Handledare: Filip Bladini

Ämne: Offentlig upphandling

DEFINITIONER OCH FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING.....	6
1.1 INTRODUKTION	6
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING	7
1.3 METOD OCH MATERIAL	8
1.4 AVGRÄNSNINGAR.....	8
1.5 DISPOSITION	9
2 REGLERINGEN AV OFFENTLIG UPPHANDLING	10
2.1 UPPHANDLINGSREGLERINGENS BAKGRUND OCH SYFTE	10
2.2 UNIONSRÄTTENS FÖRETRÄDE.....	12
2.3 GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	13
2.4 UPPHANDLINGSPROCESSEN.....	14
2.5 RÄTTSMEDEL.....	16
2.5.1 Unionsrättsliga rättsmedel	16
2.5.2 Nationella rättsmedel.....	18
2.5.2.1 Skadestånd.....	18
2.5.2.2 Överprövning.....	19
2.6 NY REGLERING PÅ UPPHANDLINGSOMRÅDET	22
2.6.1 Allmänt	22
2.6.2 Överprövning av avtals giltighet	23
2.6.2.1 Allmänt om avtals ogiltighet	24
2.6.2.2 Särskilt vid prövningen enligt LOU	24
2.6.2.3 Följden av att ett avtal förklaras ogiltigt.....	25
2.6.3 Talerätt för Konkurrensverket och vissa branschorganisationer	26
2.7 FÖRVALTNINGSRÄTTLIGA OCH PROCESSUELLA REGLER AV INTRESSE	27
2.7.1 Dispositionsprincipen.....	27
2.7.2 Rättskraft.....	28
2.7.3 Intervention	28
2.7.3.1 Osjälvständig intervention	29
2.7.3.2 Självständig intervention	29
2.7.4 Sekretess.....	30
3 TALERÄTT.....	32
3.1 ALLMÄNT OM TALERÄTT.....	32
3.2 TALERÄTT I MÅL OM OFFENTLIG UPPHANDLING	33
3.2.1 Av rättsordningen erkänt intresse	34
3.2.1.1 Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2227-06.....	35
3.3 SITUATION I.....	37
3.3.1 Domstolen förordnar att upphandlingen skall rättas	37
3.3.2 Utredning av situation I	37
3.3.2.1 RÅ 2002 ref 5	37
3.3.2.2 RÅ 2007 not 131	38
3.3.3 Diskussion av situation I.....	41
3.4 SITUATION II	42
3.4.1 Domstolen förordnar att upphandlingen skall göras om	42
3.4.2 Utredning av situation II	43
3.4.2.1 Kammarrätten i Göteborg mål nr 3489-06 samt 3491-06	43
3.4.2.2 Stockholms KamR mål nr 1813-09	44
3.4.2.3 Om domslutet föranletts av en otillåten direktupphandling	46
3.4.3 Diskussion av situation II	47
3.5 SITUATION III.....	49
3.5.1 Talerätt vid överprövning av ramavtal	49
3.5.2 Utredning av situation III	49
3.5.2.1 Kammarrätten i Stockholms mål nr 3628-09.....	50

3.5.3 Diskussion av situation III.....	52
3.6 AVSLUTANDE DISKUSSION	53
4 ANALYS.....	55
4.1 NATIONELL LAGSTIFTNING TOLKAS FELAKTIGT	55
4.2 NATIONELL LAGSTIFTNING ÄR OTILLRÄCKLIG	56
4.3 YTTERLIGARE KONSEKVENSER AV TALERÄTTSPROBLEMATIKEN.....	56
4.3.1 Konkurrensen sätts ur spel	56
4.3.2 Transaktionskostnader	57
4.3.3 Sekretess.....	58
4.4 ALTERNATIVA LÖSNINGAR.....	59
4.4.1 Lagstadgad interventionsrätt för leverantör 1	59
4.4.2 Tillerkänn leverantör 1 ett av rättsordningen erkänt intresse.....	60
4.4.3 Ge Konkurrensverket samt branschorganisationer talerätt.....	60
4.5 YTTERLIGARE ANMÄRKNINGAR	61
5 SLUTSATSER.....	62
6 KÄLLFÖRTECKNING.....	64
6.1 LAGSTIFTNING.....	64
6.1.1 Nationell rätt.....	64
6.1.2 Unionsrätt	64
6.2 OFFENTLIGT TRYCK.....	64
6.2.1 Propositioner	64
6.2.2 Betänkanden	65
6.3 LITTERATUR	65
6.4 TIDSKRIFTSARTIKLAR.....	65
6.5 REFERENSLITTERATUR	66
6.6 ELEKTRONISKA KÄLLOR.....	66
6.7 RÄTTSPRAXIS	66
6.7.1 Högsta Domstolen.....	66
6.7.2 Regeringsrätten	66
6.7.3 Underrättspraxis.....	67
6.7.4 EU-domstolen.....	67

Definitioner och förkortningar

EU-domstolen	Europeiska Unionens domstol, tidigare EG-domstolen.
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, kompletterar EU-fördraget med mer detaljerade och funktionella bestämmelser. EUF-fördraget ersatte det tidigare EG-fördraget den 1 december 2009 när Lissabonfördraget trädde i kraft.
EU-fördraget	EU-fördraget reglerar EU:s övergripande och konstitutionella funktion. EU-fördraget, även känt som Maastrichtfördraget, trädde i kraft 1993. Genom EU-fördraget bildades Europeiska unionen. Fördraget i dess nuvarande form började gälla den 1 december 2009 när Lissabonfördraget trädde i kraft.
FL	Förvaltningslagen.
FPL	Förvaltningsprocesslagen.
Förvaltningsrätt	Beteckning på förvaltningsdomstolen i första instans. Förvaltningsrätterna ersatte den 15 februari 2010 länsrätterna. Vi kommer använda oss av begreppet länsrätt då det rör ett avgjort rättsfall innan 15 februari 2010 men i övrigt kommer vi att använda oss av begreppet förvaltningsrätt.
Leverantör 1	Leverantör som först tilldelats ett upphandlingskontrakt i en upphandling som därefter begärs överprövad.
Leverantör 2	Den leverantör som ej tilldelats kontrakt i en upphandling, som vunnits av leverantör 1, och begär upphandlingen överprövad.
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).
RB	Rättegångsbalk (1942:740).
Rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105).
Unionsrätten	Jmf gemenskapsrätten. Vi använder oss av begreppet unionsrätten i enlighet med EUF-fördragets ikraftträdande istället för gemenskapsrätt/EG-rätt.

Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.
Upphandlande myndighet	De organisationer som är skyldiga att tillämpa bestämmelserna i LOU.
ÄLOU	Den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.
Ändringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG gällande effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.
Överklagande	Begäran om överprövning av dom eller beslut. Beslut hos förvaltningsmyndighet får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol om inget särskilt finns föreskrivet.
Överprövning	Ett av de rättsmedel som kan tillämpas vid en felaktig upphandling. Leverantör som anser sig ha lidit eller riskera att lida skada till följd av de fel som den upphandlande myndigheten begått kan ansöka om överprövning vid allmän förvaltningsdomstol.
Överprövningsmål 1	Det mål i vilket leverantör 2 begär upphandlingen som leverantör 1 vunnit, överprövat.
Överprövningsmål 2	Det överprövningsmål i vilket leverantör 1 begär ett nytt tilldelningsbeslut som innebär att någon annan än leverantör 1 själv tilldelats kontraktet överprövat.

1 Inledning

1.1 Introduktion

När statliga och kommunala myndigheter samt offentligt styrda organ skall köpa, hyra eller leasa varor, byggentreprenader eller tjänster måste detta föregås av en offentlig upphandling.¹ Den offentliga upphandlingen i Sverige omsätter mer än 500 miljarder kronor årligen. Inom EU uppgår den offentliga upphandlingens omsättning till drygt 16 % av EU:s BNP, d v s cirka 1 964 miljarder Euro per år.² Offentlig upphandling har en avsevärd ekonomisk betydelse och de stora beloppen som upphandlingen omsätter medför att det är oerhört viktigt att upphandlingsregleringen garanterar att skattemedlen används effektivt samt att en sund konkurrens främjas.

Unionsrätten ställer krav på att leverantörer skall garanteras ett effektivt skydd för sina rättigheter enligt upphandlingslagarna. Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens rättspraxis kräver att varje leverantör har en reell möjlighet att överpröva ett upphandlingsbeslut. Vi menar att det är tveksamt om Sverige uppfyller detta krav avseende varje leverantör och att rättsläget för den leverantör som ursprungligen vunnit en upphandling som sedermera begärs överprövad är oklart. Rättspraxis på området är inte enhetlig och tydligare reglering avseende talerätt har efterlysts men ingen förändring i lagstiftningen kommer att genomföras i dagsläget.³

Det är av stor betydelse att även den leverantör som ursprungligen tilldelats ett kontrakt tillerkänns ett effektivt rättsskydd och ges möjlighet att få en upphandling överprövad. Det synes självklart att en leverantör inte önskar överpröva ett beslut innebärande att denne själv vunnit ett upphandlingskontrakt. För det fall den vinnande leverantören däremot riskerar att förlora kontraktet i en överprövningsprocess måste även denne ges en reell möjlighet att få upphandlingen överprövad och invända emot den klagande leverantörens yrkanden. Det förefaller orimligt att en vinnande leverantör plötsligt skall stå helt utan rättigheter, vilket dessutom torde stå i strid med Sveriges åtaganden enligt unionsrätten.

¹ 1 kap 2 § LOU.

² http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/l22010_sv.htm, 2010-05-09.

³ Prop 2009/10:180 s 180.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med vår uppsats är att utreda en vinnande leverantörs möjligheter att få en upphandling överprövad samt att utreda huruvida resultatet av vår utredning är förenligt med unionsrättens krav på effektiva rättsmedel.

Det är av stor vikt att samtliga leverantörer i en upphandling garanteras effektiva rättsmedel och i dagsläget finns varken uttrycklig reglering eller enhetlig rättspraxis avseende en vinnande leverantörs rättigheter i frågan. Regeringen anser att LOU uppfyller rättsmedelsdirektiven vad avser talerätt då kraven som uppställs inom ramen för unionsrätten är att den som lidit eller kan komma att lida skada skall kunna begära en upphandling överprövad.⁴ I detta avseende är vi eniga med regeringen eftersom LOU stadgar just att den som lidit eller riskerar att lida skada skall ha rätt att begära upphandlingen överprövad. Frågan uppstår ändå om övrig nationell lagstiftning inskränker en vinnande leverantörs rättigheter och om detta är förenligt med unionsrätten.

Vi har urskiljt tre olika typsituationer då talerättsproblematiken aktualiseras och kommer att analysera dessa samt försöka klargöra rättsläget. Dessutom kommer vi att utreda vad det får för konsekvenser att leverantören i de olika situationerna tillerkänns respektive inte tillerkänns talerätt samt presentera förslag på alternativa lösningar.

Den genomgripande frågan för uppsatsen är således om den leverantör som ursprungligen tilldelats kontrakt i en upphandling, hädanefter kallad leverantör 1, kan tillerkännas talerätt. Problemet aktualiseras i en rad olika situationer varav vi har valt att undersöka följande tre situationer:

- Situation 1 redogör för möjligheten till effektiva rättsmedel för en leverantör som ursprungligen tilldelats ett kontrakt varpå en annan leverantör begärt upphandlingen överprövad och rätten beslutar att upphandlingen skall rättas.
- Situation 2 aktualiseras då rätten istället förordnar om att upphandlingen skall göras om.

⁴ Prop 2009/10:180 s 176 f.

- Situation 3 behandlar upphandling av ramavtal då flera leverantörer tilldelats kontraktet i en upphandling som därefter begärs överprövad.

1.3 Metod och material

Vid genomförandet av vår uppsats har vi använt oss av en traditionell juridisk metod vilket innebär att vi har studerat och analyserat material i form av lagtext, förarbeten, direktiv, rättspraxis och doktrin på området. Vidare har vi kontaktat sakkunniga inom området, Ofelia Hendar som arbetar som upphandlingschef i Marks kommun samt Erik Sandin från Juridiska Institutionen vid Handelshögskolan i Göteborg, för att få en mer praktisk infallsvinkel på talerättsproblematiken. Vi har inte genomfört några regelrätta intervjuer utan istället fört diskussioner för att få olika infallsvinklar på problematiken. Under vår skrivandeprocess har vi även försökt kontakta leverantörer som drabbats av talerättsproblematiken men dessvärre utan resultat. Vidare har vi kontaktat kammarrättsråd vid olika kammarrätter för att diskutera enskilda domslut men fått till svar att man inte ytterligare kommenterar innehållet i domarna.

I denna uppsats används de paragraf- och kapitelhänvisningar som är gällande under skrivandeprocessen, d v s före den 15 juli 2010 då de nya upphandlingsreglerna skall träda i kraft.

1.4 Avgränsningar

Som nämnts har vi begränsat oss till tre situationer avseende talerättsproblematiken som dessutom delvis går in i varandra. Naturligtvis skulle problem avseende talerätt i upphandlingsmål kunna uppstå även i andra situationer än de vi valt att utreda men vi anser att det skulle bli ett alltför hypotetiskt resonemang. Istället har vi valt att utreda de situationer vi kunnat urskilja i rättspraxis.

Vi argumenterar i uppsatsen främst för en utvidgad talerätt för att alla leverantörer skall kunna få sin rätt prövad i upphandlingsmål. Emellertid har vi inte närmre analyserat de nackdelar som skulle kunna följa på en utvidgad talerätt utan istället fokuserat på fördelarna.

Vi har också valt att begränsa oss till att endast beröra regleringen kring LOU och därmed bortse från annan upphandlingslagstiftning. Framställningen kommer även att beröra de nya rättsmedlen på området men enbart i den utsträckning det har relevans för frågeställningen.

1.5 Disposition

Uppsatsen kommer att innehålla både en deskriptiv och en analyserande del samt avslutas med de slutsatser vi kan dra av vår utredning.

Första kapitlet inleder med en introduktion till uppsatsämnet, följt av syfte och frågeställning, metod och material samt avgränsning. I det andra kapitlet, med syfte att underlätta för den fortsatta framställningen, redogörs för regleringen av offentlig upphandling, såväl det svenska som det unionsrättsliga regelverket liksom de bakomliggande direktiven och de unionsrättsliga principerna. Vidare kommer i kapitel två den nya regleringen på upphandlingsområdet att kortfattat presenteras samt att vi kommer att redogöra för vissa processuella och förvaltningsrättsliga regler av vikt för uppsatsen. Vi kommer därefter i framställningens tredje kapitel att gå in på området talerätt som är det centrala för uppsatsen och granska gällande rätt. Vi kommer att fördjupa oss i de tre ovan presenterade situationerna och sedan analysera konsekvenserna av rättsläget och ge förslag på alternativa lösningar i det fjärde kapitlet. Slutligen kommer vi i det femte kapitlet att presentera våra slutsatser.

2 Regleringen av offentlig upphandling

Upphandlingssystemet kan många gånger förefalla invecklat, särskilt då offentlig upphandling kan beskrivas som ett rättsområde i gränslandet mellan offentlig rätt och civilrätt. Offentlig upphandling brukar karakteriseras som kommersiell förvaltningsrätt, då det handlar om hur den offentliga sektorn skall agera vid kommersiella transaktioner. Vidare är den offentliga upphandlingen ett rättsområde i ständig förändring som ytterst påverkas av den unionsrättsliga regleringen, vilken ibland kan hamna i konflikt med nationell reglering.

För att öka förståelsen för systemet kommer vi i detta kapitel redogöra för den offentliga upphandlingens bakgrund och syften liksom redogöra för den del av unionsrätten som påverkar upphandlingsregleringen. Vidare kommer upphandlingsprocessen samt den nya regleringen att redogöras för kortfattat. Då uppsatsen inte enbart rör offentlig upphandling som rättsområde utan även förvaltningsrätt och främst förvaltningsprocessrätt kommer även förvaltningsrättsliga bestämmelser samt processuella regler av vikt att behandlas.

2.1 Upphandlingsregleringens bakgrund och syfte

Den 1 januari 2008 trädde lagen om offentlig upphandling, för upphandlingar inom den klassiska sektorn (LOU) och lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), för upphandlingar inom försörjningssektorerna, i kraft. Lagarna bygger i huvudsak på direktivet om offentlig upphandling⁵ och ersatte den äldre lagen om offentlig upphandling (ÅLOU). Syftet med de nya lagarna var att förenkla den tidigare lagstiftningen samt ge den en bättre struktur i enlighet med upphandlingsförfarandet. ÅLOU i sin tur hade använts sedan Sverige blev medlem i EES. Dock fanns det så tidigt som på 1800-talet reglering av statliga myndigheters inköp, särskilt avseende försvarsmakten.⁶ Även under hela 1900-talet fanns bestämmelser om offentlig upphandling och syftet med regleringen var att säkerställa affärsmässighet,

⁵ 2004/18/EG.

⁶ Molander s 28.

rättssäkerhet samt offentlighet vid statliga myndigheters inköp.⁷ Som ett resultat av Sveriges medlemskap i EU har de upphandlingsregler vi har idag växt fram. Det finns dock inga uttryckliga regler i EUF-fördraget som behandlar offentlig upphandling. Inte heller EUF-fördragets konkurrensregler berör offentlig upphandling. Det skall dock anmärkas att konkurrensreglerna och reglerna om offentlig upphandling generellt sett ligger mycket nära varandra.

Genom inträdet i EU avsåg Sverige sig rätten att själva fatta beslut inom en del områden och blev skyldiga att iaktta det regelverk som gäller inom EU.⁸ Unionsrätten utgör ett eget rättssystem samtidigt som det är en integrerad del av medlemsstaternas rättssystem. Unionsrätten har dock företräde framför nationella regler inom de områden där en maktöverföring skett.⁹ Upphandlingsrätten utgör inte ett eget rättsområde skiljt från övrig unionsrätt utan utgör en del av det regelverk som medlemsstaterna skall iaktta. Den offentliga upphandlingen måste därför granskas mot bakgrund av regler och principer som inte alltid framgår av de bakomliggande direktiven eller nationell lagstiftning. Upphandlingsdirektivets syften och EU-domstolens tolkning av fördraget är liksom annan unionsrätt av stor vikt för att förstå innehållet i regelverket på upphandlingsområdet.¹⁰

Upphandlingslagstiftningens syfte är främst att bidra till förverkligandet av den inre marknaden inom EU. Den svenska lagstiftningen skall således, för att uppfylla direktivets ändamål, förhindra att skattemedel används på ett otillbörligt sätt genom att diskriminera eller gynna vissa leverantörer, skapa handelshinder eller på annat sätt ta ovidkommande hänsyn vid offentlig upphandling. Nationellt kan även sägas att ett syfte med offentlig upphandling är att säkerställa att den offentliga sektorn utnyttjar skattebetalarnas pengar så effektivt som möjligt genom att utnyttja konkurrensen på olika marknader och därigenom göra goda affärer. Den fria rörligheten förväntas emellertid efter hand leda till en väl fungerande konkurrens och därmed till produkter av hög kvalitet till förmånliga priser och en effektiv användning av offentliga medel.¹¹

⁷ Pedersen s 23.

⁸ Falk s 25.

⁹ EU-domstolens mål 6/64.

¹⁰ Falk s 25.

¹¹ Pedersen s 29 f.

2.2 Unionsrättens företräde

Den svenska upphandlingslagstiftningen har som ovan nämnts sin grund i unionsrätten och LOU skall tolkas fördragskonformt, d v s tolkas i ljuset av unionsrätten samt den praxis som utvecklats i EU-domstolen. Enligt EU-domstolens rättspraxis har huvuddelen av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven direkt effekt vilket innebär att de kan åberopas av enskilda leverantörer i svensk domstol oavsett om bestämmelserna ännu inte implementerats i den svenska lagstiftningen eller om de har implementerats felaktigt.¹² En förutsättning för att direktiven skall ha direkt effekt är att bestämmelsen i direktivet som åberopas är klar och precis, uttrycker en ovillkorlig rättighet för den enskilde mot en upphandlande myndighet samt att tidsfristerna är till ända.¹³ Unionsrätten ges med andra ord företräde framför nationell rätt.

Unionsrätten är indelad i primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten innefattar det grundläggande fördraget med ändringar och tillägg. Sekundärrätten i sin tur består av flera typer av rättsakter såsom förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden. Upphandlingsdirektiven hör således till EU:s sekundärrätt och skall tolkas dynamiskt efter de kontinuerliga ändringar som företas i fördraget. Den rättspraxis som utvecklas i EU-domstolen är den viktigaste rättskällan för att fastställa gällande rätt och visar tydligt hur förändringar i fördraget påverkar tolkningen av upphandlingsdirektiven.¹⁴

Upphandlingsdirektiven utgörs främst av procedurregler, vilket innebär regler som beskriver hur upphandlingsprocessen skall gå till.¹⁵ Upphandlingsdirektiven kan aldrig tolkas så att de hamnar i konflikt med fördraget, direktiven utgörs av sekundärrätt medan fördraget utgör primärrätt. Varken direktivbestämmelserna eller vår nationella reglering är uttömmande vad gäller den offentliga upphandlingsprocessen, utan bestämmelserna i direktiven måste tolkas i ljuset av de fria rörligheterna, d v s den fria rörligheten av varor, tjänster, kapital samt etableringsfriheten.¹⁶

¹² A a s 29 samt EU-domstolens dom i mål C-76/97.

¹³ EU-domstolens mål C-26/62.

¹⁴ Falk s 25 f.

¹⁵ A a s 32.

¹⁶ EU-domstolens mål C-31/87 samt Falk s 33.

2.3 Grundläggande principer

Regelverket för offentlig upphandling genomsyras av ett antal grundläggande principer som skall gälla vid samtliga upphandlingar. Principerna anges i 1 kap 9 § LOU som föreskriver att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett *likvärdigt* och *ickediskriminerande* sätt samt genomföra upphandlingar *öppet*. Dessutom skall principerna om *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet* iakttas vid alla upphandlingar. I ÄLOU föreskrevs att en upphandling skulle genomföras affärsmässigt vilket inte återkommer i LOU. Dock innebär inte utmönstringen av affärsmässighetsbegreppet någon förändring i sak. Kravet på affärsmässighet syftade främst till att ta till vara på möjligheterna att utnyttja konkurrensen vilket regeringen anser uppfylls genom att de grundläggande europarättsliga principerna iakttas.¹⁷ De fem principer som gäller för all upphandling kommer nedan kort att redogöras för.

Principen om icke-diskriminering innebär ett förbud mot att, direkt eller indirekt, diskriminera leverantörer på grund av bl a nationalitet. Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav som enbart nationella leverantörer kan uppfylla. Det är inte heller tillåtet att ge lokala leverantörer fördelar.

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer skall behandlas lika utan ovidkommande hänsyn och ges lika förutsättningar.

Transparensprincipen innebär en skyldighet att säkerställa öppenhet och förutsebarhet vid offentlig upphandling så att samtliga leverantörer ges samma förutsättningar. Förfrågningsunderlaget skall vara klart och tydligt och alla krav skall framgå.

Proportionalitetsprincipen innebär att de åtgärder som vidtas vid en upphandling skall ha ett naturligt samband och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Krav får inte gå utöver vad som är nödvändigt för upphandlingen ifråga. För det fall det föreligger flera alternativ skall det alternativ väljas som är minst ingripande.

¹⁷ Prop 2006/07:128 s 157.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att handlingar såsom betyg, intyg och certifikat som utfärdats av behörig myndighet i en medlemsstat måste godkännas av myndigheter i övriga medlemsstater.¹⁸

2.4 Upphandlingsprocessen

Upphandlingsprocessen påverkas av en rad omständigheter. Föremålet för upphandlingen liksom värdet av det som skall upphandlas är av betydelse för vilka upphandlingsregler som skall tillämpas. LOU skiljer på upphandlingar över och under de s k tröskelvärdena.¹⁹

Den upphandlande myndigheten måste göra en, på objektiva grunder, kvalificerad uppskattning av kontraktsvärdet vid tröskelvärdesberäkningen.²⁰ Beroende på hur stort tröskelvärdet är skall olika upphandlingsförfaranden tillämpas. LOU reglerar tre olika förfaranden för upphandling över tröskelvärdena vilka utgörs av öppet, selektivt samt förhandlat förfarande. Vid ett öppet förfarande får alla intresserade leverantörer begära ut förfrågningsunderlaget och lämna anbud. Vidare kan ett selektivt förfarande användas vilket innebär att den upphandlande myndigheten bjuder in leverantörer att delta i upphandlingen. Slutligen kan den upphandlande myndigheten tillämpa ett förhandlat förfarande som fungerar som ett selektivt förfarande med skillnaden att den upphandlande myndigheten får förhandla med leverantörerna. Huvudregeln är att den upphandlande myndigheten skall tillämpa ett öppet eller selektivt förfarande.²¹

LOU innehåller även bestämmelser avseende upphandlingar under tröskelvärdena; förenklat förfarande, urvalsförfarande samt direktupphandling. Då upphandlingen sker genom ett förenklat förfarande får alla intresserade leverantörer lämna anbud och därefter får den upphandlande myndigheten förhandla med anbudsgivarna. Vid ett urvalsförfarande får samtliga intresserade leverantörer ansöka om att lämna anbud varpå den upphandlande myndigheten bjuder in vissa leverantörer att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten får därefter även förhandla med anbudsgivarna. Slutligen kan den upphandlande myndigheten företa en direktupphandling, d v s upphandla direkt från en enskild leverantör utan krav på annonsering. Huvudregeln för

¹⁸ Pedersen s 33 ff.

¹⁹ A a s 51.

²⁰ A a s 52.

²¹ A a s 57 ff.

upphandlingar under tröskelvärdena är att använda ett förenklat förfarande eller urvalsförfarande. I undantagsfall får en direktupphandling företas men då krävs att upphandlingens värde är lågt eller att det finns synnerliga skäl.²²

När den upphandlande myndigheten ämnar genomföra en upphandling skall de utforma ett förfrågningsunderlag. Förfrågningsunderlaget är det viktigaste dokumentet för en upphandlingsprocess och skall författas med omsorg då det sätter ramen för upphandlingen. Förfrågningsunderlaget skall bl a innehålla kvalifikationskrav på leverantörerna, kravspecifikationer avseende föremålet för upphandlingen, utvärderingsgrund och utvärderingskriterier, kommersiella villkor samt administrativa bestämmelser.²³ I den svenska tillämpningen av upphandlingsbestämmelserna har två begrepp, s k "skall-krav" respektive "bör-krav", utvecklats som dock inte framgår av LOU. Skall-krav innebär obligatoriska krav som måste uppfyllas för att leverantörens anbud skall utvärderas över huvud taget. Bör-krav i sin tur syftar på krav som inte tvunget behöver uppfyllas för att anbudet skall få utvärderas utan hänför sig istället till utvärderingskriterier.²⁴

Då förfrågningsunderlaget har färdigställts skall det som huvudregel annonseras för att offentlighet och därigenom transparensprincipen skall uppnås. Annonseringen medför därmed en möjlighet för eventuella leverantörer att delta i upphandlingen vilket gynnar konkurrensen.²⁵ När tidsfristen för lämnande av anbud löpt ut skall anbudena öppnas och utvärderas. Därefter skall ett anbud antas utifrån utvärderingskriterierna som reglerats i förfrågningsunderlaget, antingen det mest fördelaktiga anbudet alternativt anbudet med det lägsta priset. Slutligen meddelar den upphandlande myndigheten ett tilldelningsbeslut som i sig inte medför några rättsverkningar utan kan omprövas och rättas. Dock börjar exempelvis tidsfrister för omprövning löpa i samband med tilldelningsbeslutet.²⁶

²² A a s 63 ff.

²³ A a s 81 ff.

²⁴ A a s 87.

²⁵ A a s 77.

²⁶ A a s 123.

2.5 Rättsmedel

Regleringen av rättsmedel inom området för den offentliga upphandlingen utgörs av såväl unionsrättsliga rättsmedel som nationella rättsmedel. De nationella rättsmedlen ges enskilda av nationella rättsregler och kan åberopas av leverantörer direkt mot de upphandlande myndigheterna i nationella domstolar.

Unionsrätten uppställer krav på att leverantörer ges ett effektivt skydd för sina rättigheter enligt upphandlingsreglerna. Rättsmedelsdirektiven²⁷ reglerar bl a leverantörers rätt till överprövning och skadestånd samt ställer krav på effektiva och skyndsamma medel för prövning av upphandlingsförfaranden. När en överträdelse har begåtts måste den enskilde som lidit skada garanteras ett fullt och tillfredsställande återställande av sina kränkta rättigheter. Principen om effektivt rättsskydd förpliktigar nationella myndigheter att säkra ett effektivt rättsskydd av enskildas unionsrättigheter. Det åligger medlemsstaterna, oavsett rättstradition, att se till att enskildas unionsrättigheter skyddas effektivt i varje enskilt fall. EU-domstolen har i ett flertal rättsfall klargjort att nationell lagstiftning inte får omöjliggöra för enskilda att erhålla ett effektivt domstolsskydd för sina unionsrättsliga rättigheter.²⁸

2.5.1 Unionsrättsliga rättsmedel

EU-domstolen skall säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget. EU-domstolen kan engageras i mål om offentlig upphandling genom två olika förfaranden som återfinns i EUF-fördraget, dels genom fördragsbrottstalan enligt fördraget art 258 (tidigare art 226) och dels genom att den nationella domstolen begär förhandsbesked enligt art 267 (234). Förfarandena kan inledas parallellt. Dessa förfaranden inverkar inte på en leverantörs rätt till rättsmedel enligt de nationella rättssystemen. Enligt art 260 st 3 (228 st 3) är medlemsstaterna ålagda att införliva direktiven i de nationella rättsordningarna. För det fall en medlemsstat underlåter att implementera ett upphandlingsdirektiv kan det medföra att medlemsstaten till följd av ett kommissionsförfarande enligt art 258 (226), fälls i EU-domstolen.

²⁷ De direktiv som är av störst intresse är 89/665/EEG, 2004/18/EG samt också det nya direktiv som trädde i kraft 20 december 2009, d v s 2007/66/EG.

²⁸ Se t ex EU-domstolens domar i mål C-213/89, C-432/05, C-81/08, C-26/03, C-324/98, C-50/00 och 222/86, se även RÅ 2005 ref 10.

En fördragsbrottstalan innebär att kommissionen inleder ett förfarande mot en medlemsstat för brott mot unionsrätten, exempelvis upphandlingsdirektiven. När det rör sig om offentlig upphandling inleder kommissionen förfarandet till följd av egna undersökningar eller efter klagomål från en leverantör. Parter vid en fördragsbrottstalan är inte leverantören eller den upphandlande myndigheten, utan kommissionen och medlemsstaten genom regeringen. Kommissionen kan slutligen ta medlemsstaten inför EU-domstolen som emellertid endast kan fastställa att medlemsstaten inte uppfyllt sina EU-rättsliga åtaganden. Enligt art 260 (228) åligger det medlemsstaten att följa EU-domstolens avgörande. För det fall medlemsstaten underlåter att göra detta kan kommissionen väcka talan på nytt i EU-domstolen som då kan förelägga medlemsstaten att betala ett standardbelopp eller ett vite.

Det andra fallet då EU-domstolen kan få möjlighet att pröva ett mål i offentlig upphandling är då de nationella domstolarna inom medlemsstaterna begär förhandsbesked från EU-domstolen. Enligt art 267 (234) har en enskild möjlighet att inleda ett förfarande inför nationella domstolar och därigenom tillvarata sina rättigheter enligt upphandlingsdirektiven. På så vis kan även enskilda, trots att de inte har talerätt, få sin sak prövad av EU-domstolen. Förfarandet inleds inför nationell domstol men kan slutligen avgöras i EU-domstolen om den nationella domstolen behöver vända sig dit för att erhålla ett förhandsavgörande. Anmärkas bör att EU-domstolen endast uttalar sig om unionsrätten och inte har kompetens att uttala sig om den nationella lagstiftningen.²⁹

Vidare föreligger en lojalitetsprincip som stadgas i EU-fördraget art 4 p 3 som fastställer att medlemsstaterna skall vidta alla åtgärder för att garantera att förpliktelserna som medlemskapet medför infrias. Lojalitetsprincipen angår såväl nationella domstolar som centrala, regionala och lokala myndigheter. Domstolarnas funktion är att säkra de rättigheter som bestämmelser med direkt effekt ger enskilda medborgare.

²⁹ Falk s 29.

2.5.2 Nationella rättsmedel

I 16 kap LOU återfinns två av de rättsmedel som finns att tillgå för en missnöjd leverantör, skadestånd och överprövning.³⁰ Direktivens bestämmelser, som 16 kap LOU bygger på, skall dels skydda den eller de leverantörer som har lidit skada eller riskerar att lida skada och dels skall rättsmedelsdirektiven garantera att upphandlingsdirektiven efterföljs.³¹

2.5.2.1 Skadestånd

För det fall en leverantör har lidit ekonomisk skada till följd av att en upphandlande myndighet brutit mot regleringen i LOU finns möjlighet att i allmän domstol väcka skadeståndstalan inom ett år från upphandlingens avslut.³² Första instans är tingsrätt, andra instans är hovrätt med slutlig fullföljd i Högsta Domstolen. Enligt 16 kap 5 § LOU skall den upphandlande myndigheten som brutit mot bestämmelserna i nämnda lag ersätta leverantören för därigenom uppkommen skada. Den som önskar skadestånd har bevisbördan för sitt påstående om att en överträdelse av LOU har skett samt att det föreligger adekvat kausalitet mellan skadan som uppstått och överträdelsen i fråga. HD har uttalat att syftet med skadeståndet är både reparativt och preventivt. Det preventiva syftet skall ses mot bakgrund av att det normalt inte går att få rättelse av en upphandling som avslutats.³³ Skadeståndsansvaret i LOU är strikt, det spelar således ingen roll om överträdelsen gjorts oaktsamt eller avsiktligt.³⁴ Enligt rättspraxis kan den skadelidande ersättas med det positiva kontraktsintresset. För att det positiva kontraktsintresset skall utgå krävs att leverantören kan göra det sannolikt att han gått miste om kontraktet på grund av fel i upphandlingen.³⁵

Kan leverantören visa att den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelserna i LOU och att detta har påverkat anbudsgivarens möjligheter att erhålla kontraktet på ett negativt sätt har leverantören rätt att få ersättning med det negativa

³⁰ I dagsläget är det dessa två rättsmedel som finns att tillgå. Efter den 15 juli år 2010 kommer det också finnas en möjlighet att ogiltigförklara en upphandling samt att påföra den upphandlande myndigheten en sk upphandlingsskadeavgift.

³¹ Pedersen s 165.

³² 16 kap 5-6 §§ LOU. Vid otillåten direktupphandling börjar fristen på ett år aldrig löpa eftersom ett tilldelningsbeslut i LOU:s mening aldrig meddelats.

³³ Falk s 478. Se också NJA 1998 s 873 samt NJA 2007 s 349.

³⁴ Falk s 480.

³⁵ Se NJA 1998 s 873.

kontraktsintresset.³⁶ Med det negativa kontraktsintresset menas i dessa situationer bl a utgifter för att delta i upphandlingen och att förbereda anbud.

Har en upphandlande myndighet genomfört en otillåten direktupphandling gäller ett sänkt beviskrav, det räcker med att en leverantör gör sannolikt att denne skulle lämnat anbud och haft en realistisk möjlighet att erhålla ett kontrakt. I dessa fall skall också ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset betalas ut.³⁷ HD klargjorde att det i dessa fall inte enbart rör skadestånd avseende nedlagda kostnader utan att ersättning även skall kunna utgå med ett högre belopp. De menade även att ersättningen i regel bör utgå med ett uppskattat skäligt belopp och då skall hänsyn tas till bl a överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.³⁸

2.5.2.2 Överprövning

En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada till följd av att en upphandlande myndighet brutit mot upphandlingsbestämmelserna kan ansöka om överprövning av upphandlingen i allmän förvaltningsdomstol enligt 16 kap 1 § LOU. Första instans är förvaltningsrätt, vars beslut överklagas till kammarrätt, med slutlig fullföljd i Regeringsrätten. Det krävs prövningstillstånd för att få överklagandet prövat i såväl kammarrätt som Regeringsrätten.

För att få begära överprövning skall två rekvisit vara uppfyllda, det skall ha skett en överträdelse av LOU och leverantören skall ha lidit skada alternativt riskerar att lida skada. Ansökan om överprövning skall innehålla information om vem som fattat beslutet som ansökan avser samt varför den klagande anser att han lidit eller kan komma att lida skada till följd av beslutet. I övrigt skall de yrkanden som den klagande vill framställa framgå liksom de omständigheter i upphandlingen som den klagande grundar sina yrkanden på.³⁹

I dagsläget måste leverantörer vid överprövning begära ett interimistiskt beslut för att hindra att avtal tecknas i en upphandling. Har avtal slutits är det inte längre möjligt att

³⁶ Se NJA 2000 s 712.

³⁷ Falk s 480.

³⁸ NJA 2000 s 712.

³⁹ Falk s 450 ff.

överpröva upphandlingen enligt 16 kap 1 § LOU. Upphandlingen kan prövas till dess att tio dagar har gått från det att rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.⁴⁰ Enligt den nya regleringen skall dock en avtalsspärr införas under tio till femton dagar från det att tilldelningsbeslut meddelas och under den tiden får inte avtal tecknas. Om en leverantör överprövar upphandlingen under denna tid inträder automatiskt en så kallad förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätten. En tiodagarsfrist kommer att löpa även i fortsättningen på så sätt att då rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, skall avtal inte kunna ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. I fall då en förlängd avtalsspärr gäller skall avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. Interimistiskt beslut måste dock fortfarande yrkas i såväl kammarrätt som Regeringsrätten.⁴¹

Det finns möjlighet att begära överprövning under hela upphandlingsprocessen, därav saknas krav på att ekonomisk skada redan uppstått. Det är tillräckligt att en leverantör riskerar att lida skada. Tanken är att ett ingripande skall kunna ske på ett så tidigt stadium som möjligt för att underlätta för samtliga parter och minimera kostnaderna. Dock är det inget krav att leverantören begär överprövning så snart denne anser att upphandlingen inte skötts på rätt sätt. Talerätten går således inte förlorad om en leverantör väntar in utgången av upphandlingen innan denne begär överprövning av målet.⁴²

Domstolen skall vid en överprövning besluta om att upphandlingen skall göras om alternativt att den får avslutas först efter rättelse gjorts under förutsättning att domstolen finner att ovan nämnda rekvisit är uppfyllda.⁴³ Det förutsätts inte att den som begär överprövning preciserar vilken av rättsföljderna denne anser vara lämplig då detta beslut är upp till domstolen att fatta.⁴⁴ Om domstolen kommer fram till att det finns någon form av fel eller brist i upphandlingen och att förutsättningar i övrigt för åtgärd föreligger skall domstolen bedöma vilken av rättsföljderna som krävs. Det har

⁴⁰ 16 kap 1-2 §§ LOU.

⁴¹ Prop 2009/10:180 s 121 ff.

⁴² Jmf dock EU-domstolens dom i mål C-230/02 och s 453 i Falk. Det finns således ingen preklusionsfrist i LOU och detta kommer inte heller införas i samband med det nya lagstiftningsarbetet. Se prop 2009/10:180 s 155 ff.

⁴³ Överprövning av avtals giltighet utgör en annan form av talan och behandlas nedan under 2.6.2.

⁴⁴ Se t ex RÅ 2005 ref 47.

ansetts att valet mellan rättelse och att göra om upphandlingen i normalfallet bör bli att upphandlingen skall göras om. Detta eftersom en rättelse i ett enskilt fall lätt kan skapa fel på andra delar av upphandlingen. Rättelse kan dock vara en lämplig rättsföljd om felet avser anbudsutvärderingen.⁴⁵

2.5.3.2.1 Definition av begreppet skada

Det räcker med att en leverantör kan visa att det finns risk för skada på grund av en överträdelse av LOU för att anhängiggöra ett mål om överprövning enligt 16 kap 1 § LOU. Leverantören behöver således inte bevisa att skada uppstått. Eftersom det saknas krav på att skada redan uppstått kan det argumenteras för att det även saknas krav på kontraritet, med kontraritet menas att beslutet har gått honom emot i enlighet med 33 § FPL.⁴⁶

Med begreppet skada skall inte förstås enbart ekonomisk skada utan också om skadan ger en sådan konsekvens. Det räcker således att leverantören kan visa att hans chanser att erhålla kontraktet minskat eller riskeras att minska. Det skall finnas adekvat kausalitet, d v s orsakssamband, mellan överträdelsen mot LOU samt skadan eller risken för skadan.

2.5.3.2.2 Definition av begreppet leverantör

Med begreppet leverantör skall förstås alla leverantörer som haft intresse av att tilldelas kontrakt, d v s alla som lämnat anbud i upphandlingen och även näringsidkare som inte lämnat anbud men presumtivt kunnat göra det.⁴⁷ Då det är fråga om olovliga direktupphandlingar är det i regel leverantörer som inte lämnat anbud som begär överprövning.⁴⁸ Talerättskretsen har bedömts som vid, dock anses inte att en underleverantör och, vanligtvis inte heller, att en privatperson kan utgöra en sådan leverantör som kan anhängiggöra ett mål om överprövning.⁴⁹

⁴⁵ Jmf Karnovkommentar till 16 kap 2 § LOU.

⁴⁶ Se vidare om detta nedan under 3.1.

⁴⁷ Definitionen återfinns i 2 kap 11 § LOU. Se s 452 Falk och EU-domstolens dom C-26/03.

⁴⁸ Se t ex RÅ 2005 ref 17 samt under 3.4.2.3.

⁴⁹ Falk s 453 f.

2.6 Ny reglering på upphandlingsområdet

2.6.1 Allmänt

Det har tidigare i framställningen påtalats att upphandlingsområdet nu genomgår stora förändringar. Med anledning av europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet) har en proposition författats och de däri angivna lagändringarna skall träda i kraft den 15 juli år 2010.

Det övergripande syftet med ändringsdirektivet är att försvåra för upphandlande myndigheter att bryta mot upphandlingsbestämmelserna och till att säkerställa att leverantörer ges faktiska möjligheter att begära rättslig prövning i de fall då överträdelser sker. Ett i direktiven uppmärksammat problem är att det inte är ovanligt att upphandlande myndighet skyndar sig att teckna upphandlingskontrakt för att inte riskera att upphandlingen överprövas. Ytterligare ett problem är att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar. Problemet med att skynda sig att teckna kontrakt skall motverkas med ett förbud mot att ingå avtal om upphandling inom en viss tid efter att tilldelningsbeslutet kommunicerats, en s k avtalsspärr. Det andra problemet skall motverkas med en möjlighet att ogiltigförklara avtal som påföljd vid otillåten direktupphandling.⁵⁰

Ett alternativ som varit uppe för diskussion är huruvida Konkurrensverket och vissa branschorganisationer skall ges talerätt i mål om överprövning. Det har beslutats att de inte skall ges talerätt, dock lämnar regeringen frågan öppen för framtida reglering efter ytterligare utredning. Konkurrensverkets ställning som tillsynsmyndighet kommer dock att stärkas något, detta genom en möjlighet att påföra upphandlande myndigheter en upphandlingsskadeavgift.⁵¹ Upphandlingsskadeavgiften har sin grund i art 2e.1 i 2007/66/EG som anger att medlemsstaterna är skyldiga att införa bestämmelser om alternativa sanktioner i vissa fall när ett avtal skall bestå trots att skäl för ogiltighet föreligger. Denna sanktion skall påföras om rätten beslutar att ett avtal skall bestå på grund av något tvingande allmänintresse, alternativt, på grund av överträdelse av en avtalsspärr men då avtalet inte skall förklaras ogiltigt. Alternativa sanktioner innebär enligt art 2e.2 avgifter eller förkortning av avtalstidens längd och dessa måste vara

⁵⁰ Mer om detta nedan under 2.6.2.

⁵¹ Prop 2009/10:180 s 181.

effektiva, proportionerliga samt avskräckande. Ansvar för den upphandlande myndigheten är strikt, den skall således påföras både vid uppsåtligt åsidosättande av lagstiftning såsom oaktsamma åsidosättanden.⁵²

Reglerna i LOU skall kompletteras med en ytterligare bestämmelse om rätt till skadestånd för deltagare i en upphandling. De skall ha rätt till skadestånd om den upphandlande myndigheten har åsidosatt bestämmelserna i LOU och det menligt har påverkat dennes möjligheter att tilldelas kontraktet. Ersättning skall utges för de kostnader leverantören haft för att förbereda anbud och övriga kostnader för upphandlingen, d v s det negativa kontraktsintresset. Att så är fallet är i dagsläget redan klarlagt av HD och införandet av bestämmelsen innebär ingen förändring i sak utan införs istället för att LOU skall stå i bättre överensstämmelse med LUF, där det uttryckligen redan stadgas.⁵³

2.6.2 Överprövning av avtals giltighet

Ett av de mest omdiskuterade förslagen avseende nya rättsmedel på upphandlingsområdet är möjligheten att begära överprövning av avtals giltighet. I realiteten innebär detta en möjlighet för leverantörer att få till stånd en ogiltigförklaring av redan ingångna avtal för det fall de ingåtts utan stöd i lag.

Ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet skall kunna förklaras ogiltigt av förvaltningsdomstol i tre fall:

1. om avtalet har slutits utan vederbörlig annonsering enligt LOU,
2. vid överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr i kombination med viss annan överträdelse och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, eller
3. vid överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och detta har inneburit att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

⁵² Prop 2009/10:180 s 183.

⁵³ A prop s 221 ff samt NJA 2000 s 712.

En ogiltighetsgrund innebär inte i sig att ett avtal blir ogiltigt. Det krävs att förvaltningsdomstol fastställer att så är fallet och har talan om ogiltighet inte väckts inom de i propositionen angivna tidsfristerna skall avtalet alltså gälla. Har någon överträdelse som kan innebära ogiltighet skett, men som inte medför att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada, skall avtalet inte förklaras ogiltigt.⁵⁴

2.6.2.1 Allmänt om avtals ogiltighet

Ogiltighet föreligger då ett avtal på grund av något fel inte kan göras gällande i enlighet med sitt eget innehåll eller med de rättsverkningar som normalt omfattas.⁵⁵ Omständigheter som kan föranleda ogiltighet av ett avtal är flera, bl a formkrav, förfalskning, olagliga eller omoraliska syften samt tvingande lagregler.⁵⁶ Följden av att ett avtal ogiltigförklaras blir enligt allmänna avtalsrättsliga regler att det ogiltiga avtalet skall återgå. I svensk rätt finns ingen generell lagregel om vad som skall ske vid återgång av ogiltiga avtal. Huvudregeln är att om prestation inte har skett skall den avbrytas och om prestation har skett skall prestationen återlämnas. När prestation ej har skett uppstår vanligtvis inga problem. Emellertid har ofta prestationerna påbörjats alternativt fullgjorts. Enligt huvudregeln skall då vardera part återlämna vad denne mottagit alternativt ersättning för dess värde om återlämning ej kan ske.⁵⁷ Ogiltighet kan även förenas med skadestånd.⁵⁸

2.6.2.2 Särskilt vid prövningen enligt LOU

Den typ av ogiltighet som aktualiseras i och med ändringsdirektiven och de förestående lagändringarna är då en upphandlande myndighet företar en rättshandling i strid med tvingande lagregler. Ett undantag kommer emellertid att finnas från möjligheten att ogiltigförklara ett avtal i de fall då det finns vad som benämns "tvingande hänsyn" till något allmänintresse.⁵⁹

Att en domstol skall förklara ett avtal ogiltigt bedöms leda till större förutsebarhet om giltigheten av upphandlingsavtal och därmed till större rättssäkerhet än om avtalet skulle vara ogiltigt redan från tillkomsten. Om talan om ogiltighet ej väcks i tid skall

⁵⁴ A prop s 129 ff.

⁵⁵ Adlercreutz s 229.

⁵⁶ Agell & Malmström s 101 f.

⁵⁷ A a s 102.

⁵⁸ Adlercreutz s 233.

⁵⁹ Prop 2009/10:180 s 137.

avtalet således gälla.⁶⁰ En talan om ogiltighet av ett avtal innebär att domstolen skall pröva om bestämmelserna i upphandlingslagarna har iakttagits. Prövningen kommer att avse bestämmelserna om annonsering, avtalsspärr eller förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och bedömningen av om ett fel som begåtts medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada.

2.6.2.3 Följden av att ett avtal förklaras ogiltigt

Avtalslagen som ytterst reglerar avtalsrätten föreskriver inte vad ogiltighet i realiteten medför för konsekvenser. För det fall ogiltigheten rör en ensidig förpliktelse medför det i regel enbart bortfall av avtalsbundenheten. Det vanligaste är dock att ett avtal är ömsesidigt bindande och då blir rättsföljden att avtalsparterna befrias från sina respektive förpliktelser. Svårigheten avseende ett avtals ogiltighet uppstår då ett avtal helt eller delvis fullgjorts innan det ogiltigförklaras. Enligt en allmän avtalsrättslig princip beträffande ogiltighet skall redan fullgjorda prestationer återgå.⁶¹ Därtill skall utredas huruvida parterna skall ersätta varandra för vad de kunnat tillgodogöra sig av den andra partens prestation före återgången, liksom eventuell rätt till ersättning för nedlagda kostnader. I rättspraxis har föreskrivits att rättsläget vid återgång skall resultera i samma förmögenhetsläge som förelåg före det sedermera ogiltigförklarade avtalet ingicks. Vidare skall att ingen av avtalsparterna göra en förtjänst till följd av en ogiltig rättshandling.⁶²

Ändringsdirektivet anger att rättsverkningarna av ett ogiltigförklarat avtal får avgöras i nationell lagstiftning.⁶³ Det får föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter alternativt en begränsning av upphörandet till att omfatta de prestationer som ej ännu fullgjorts. Det är således fråga om civilrättslig ogiltighet. Avseende alternativet att enbart ogiltigförklara ej fullgjorda prestationer krävs alternativa sanktioner såsom att den upphandlande myndigheten åläggs avgifter eller att avtalets längd förkortas. Det har ansetts att beviljande av skadestånd är ej en lämplig

⁶⁰ Tidsfristen för att ansöka om överprövning skall vara 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten efterannonserat upphandlingen, under förutsättning att efterannonseringen innehåller en motivering till beslutet att tilldela ett kontrakt utan föregående upphandling. En tidsfrist om 30 dagar skall även gälla i de fall då den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om att avtal slutits och lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet. I fall då efterannonsering ej förekommit eller underrättelse ej har skickats skall tidsfristen istället vara sex månader från tidpunkten då avtalet slöts.

⁶¹ Se vidare Ramberg s 77 f.

⁶² NJA 1987 s 845.

⁶³ Prop 2009/10:180 s 136 f.

alternativ sanktion.⁶⁴ Regeringen anser att det skall stadgas retroaktivt upphörande av samtliga avtalsförpliktelser. Leverantören skall alltså återbetala köpeskillingen och den upphandlande myndigheten skall återlämna den upphandlade varan eller tjänsten samt betala ersättning för den nytta de haft av produkten. Då krävs inte några alternativa sanktioner.⁶⁵

Ytterligare en konsekvens som ändringen medför är att leverantörerna får ett ökat incitament att kontrollera att dess motpart har följt upphandlingsreglerna eftersom det är leverantörerna som måste begära överprövning av ett avtals giltighet.

2.6.3 Talerätt för Konkurrensverket och vissa branschorganisationer

Som nämnts ovan har det varit uppe till diskussion huruvida Konkurrensverket och vissa branschorganisationer skall ges talerätt i mål om överprövning. Det har beslutats att de inte skall ges talerätt, regeringen lämnar dock frågan öppen för framtida reglering efter ytterligare utredning. Vi ämnar återkomma till alternativet med en talerätt för Konkurrensverket och branschorganisationer nedan under 4.4.3.

Ett problem bland leverantörer som känner sig felbehandlade är att de inte vågar begära en upphandling överprövad eftersom den upphandlande myndigheten kan komma att bli en framtida avtalspart. Enligt en rapport från NOU hade omkring 40 % av tillfrågade leverantörer övervägt att klaga på en upphandling men avstått på grund av rädsla för svartlistning.⁶⁶ Regeringen menar dock att argumentet om svartlistning inte är relevant. De anser att det i praktiken skulle vara svårt att hemlighålla vem det är som egentligen står bakom ett klagomål oavsett om talan förs av Konkurrensverket eller en branschorganisation.⁶⁷

I propositionen har påtalats att en obalans föreligger mellan leverantörer och upphandlande myndigheter och det finns de som menar att obalansen skulle minska om tillsynsmyndigheten och berörda branschorganisationer medges talerätt. De framhåller även att domstolarnas arbete då skulle underlättas genom en genomgående högre kvalitet på ansökningar om överprövning och en mer enhetlig praxis skulle erhållas. En

⁶⁴ Prop 2009/10:180 s 136.

⁶⁵ A prop s 136 f.

⁶⁶ Hentze, *Effekter av lagen om offentlig upphandling*, s 40 f.

⁶⁷ Prop 2009/10:180 s 178.

kartläggning som genomfördes på uppdrag av Konkurrensverket och omfattade samtliga anhängiggjorda överprövningsmål under första halvåret 2006, visar att ca 15 % av det totala antalet mål vid länsrätt avvisades eller avskrevs p g a i huvudsak formella brister i ansökningarna om överprövning. Då det alltså skulle medföra processekonomiska fördelar med en talerätt för tillsynsmyndigheten och branschorganisationer uppfylls den offentliga upphandlingens grundläggande syften.⁶⁸

Regeringen anser att de argument som talar för talerätt för Konkurrensverket i överprövningsmål inte väger tillräckligt tungt. De grundvalar direktiven och upphandlingslagarna bygger på bör inte lättvindigt frångås, i det förevarande fallet det faktum att det i princip skall vara leverantörerna som bestämmer huruvida en upphandling skall begäras överprövad eller ej. Att inte heller Konkurrensverket är övertygat om fördelarna med talerätt har lagts vikt vid.⁶⁹

2.7 Förvaltningsrättsliga och processuella regler av intresse

En leverantör som är missnöjd med en upphandling kan ansöka om åtgärder i allmän förvaltningsdomstol.⁷⁰ I allmän förvaltningsdomstol tillämpas förvaltningslagen samt förvaltningsprocesslagen. Förvaltningslagen omfattar förvaltningsmyndigheternas handläggning av ärenden och domstolarnas handläggning av förvaltningsärenden⁷¹ medan förvaltningsprocesslagen reglerar rättskipningen i Regeringsrätten, kammarrätt och förvaltningsrätt.⁷² I 2 § FPL anges att denna lag är sekundär, då regler i LOU avviker från FPL gäller således bestämmelsen i LOU enligt doktrinen om *lex specialis*.

Nedan följer en genomgång av ytterligare några processuella områden och regler som är av vikt för den fortsatta framställningen.

2.7.1 Dispositionsprincipen

Inom förvaltningsrätten tillämpas som huvudregel officialprincipen. Officialprincipen innebär att det är domstolen som har ansvar för att utreda målet, domstolen skall således leda utredningen och inhämta material av vikt. Det är dock

⁶⁸ A st.

⁶⁹ A st.

⁷⁰ 16 kap 1-2 §§ LOU.

⁷¹ 1 § FL.

⁷² 1 § FPL.

dispositionsprincipen som reglerar processens ramar i ett mål i offentlig upphandling.⁷³ Denna princip återfinns i 17 kap 3 § RB samt 30 kap 3 § RB och parterna har med stöd i dispositionsprincipen rätt att själva sätta upp ramarna för processen. Detta innebär bl a att det processmaterial som parterna för in i målet är det enda som rätten använder i sin bevisvärdering. Endast de fel i upphandlingen som åberopas av överklagande part är de fel som domstolen prövar.⁷⁴ Anledningen till att officialprincipen inte används i mål om offentlig upphandling motiveras med att det rör sig om en affärsrelation mellan två jämbördiga parter som har starka motstående intressen.⁷⁵

2.7.2 Rättskraft

Rättskraft (*res judicata*) är den juridiska verkan av en dom som inträder då domen vinner laga kraft.⁷⁶ Om en dom binder domstolen i ett annat mål har den första domen rättskraftsverkan i förhållande till det nya målet.⁷⁷ En dom har negativ rättskraft om den hindrar en part från att anhängiggöra ett nytt mål om samma sak medan positiv rättskraft innebär att en dom kan läggas till grund för bedömningen i ett nytt mål, även om det rör sig om en annan sak. Positiv rättskraft innebär alltså att domstolen i det nya målet skall utgå från att det förhåller sig på det sätt som följer av den tidigare domen, oberoende av om det som åberopats i det senare målet har prövats i det första målet eller inte.⁷⁸

2.7.3 Intervention

14 kap 9 § RB föreskriver att om någon som inte är part i rättegången påstår att saken rör dennes rätt får personen, eller i vårt fall leverantören, ändå delta i rättegången, under förutsättning att denne visar sannolika skäl för sitt påstående och blir därmed intervenient i rättegången.

⁷³ Dispositionsprincipen är en del av förhandlingsprincipen. Förhandlingsprincipen innebär att parterna får utföra vissa processhandlingar utan att dessa binder rätten. Det är parterna, inte rätten, som ansvarar för utredningen i målet.

⁷⁴ Se RÅ 2009 ref 69, jmf också Kammarrättens i Stockholm dom 13 januari 2006, mål nr 3784-05, Kammarrättens i Jönköping beslut 26 februari 2008 i mål nr 3831-07 samt EU-domstolens mål C-315/01.

⁷⁵ Falk s 467 f.

⁷⁶ Här kan noteras att en dom som kan få rättskraftsverkan när den vunnit laga kraft har samma begränsande verkan i förhållande till en ny process även innan domen vunnit laga kraft, detta följer av förbudet mot att anhängiggöra en process om en sak som redan är föremål för prövning (*litis pendens*).

⁷⁷ Juridikens begrepp s 342.

⁷⁸ A a s 308.

Att saken rör leverantörens rätt är således den grund som denne har att intervensera. Den presumtive intervenienten skall således visa sin egen rättsställning samt dennes beroende av rättegångens föremål. Om tredje man träffas av domens rättskraft i målet mellan parterna eller då tredje mans rättsläge påverkas av det rättsförhållande som är föremål för rättegången är typiska skäl för att tredje man skall ha interventionsrätt. Även i situationer då domen kan äga bevisverkan utanför det aktuella målet torde intervention tillåtas. Detta sker särskilt då anspråken i de olika rättegångarna stödjer sig på samma eller väsentligen likartade grunder.⁷⁹

Till att börja med måste således interventionsrätt föreligga enligt 14 kap 9 § RB. Domens rättskraftsverkan blir här det avgörande. Har inte domen rättskraftsverkan över parten saknas således interventionsrätt.⁸⁰ Därefter måste någon av de i 14 kap 11 § RB två uppställda formerna av intervention uppfyllas. Första stycket i 14 kap 11 § RB behandlar den vanligaste formen av intervention, den så kallade osjälvständiga interventionen, och andra stycket den självständiga interventionen. Intervenientens ställning beror på den inverkan domen kan ha på hans rätt.

2.7.3.1 Osjälvständig intervention

Vid en osjälvständig intervention, även kallad ordinär intervention, i ett mål anhängiggörs inget nytt mål utan intervenienten deltar i det redan anhängiggjorda målet, detta medför att intervention kan ske när som helst under processen, d v s även i överrätt. Intervenienten kan inte framställa något eget yrkande och parterna i målet kan ej yrka något mot intervenienten. Domen blir inte heller bindande för leverantör 1 som intervenerar. I den ordinära interventionen saknar intervenienten självständig parts ställning, de processuella handlingsmöjligheterna inskränks i detta fall till att avse samma rättshandlingar som parten äger företa. Syftet med ordinär intervention är att eliminera de risker som en doms bevisverkan medför.⁸¹

2.7.3.2 Självständig intervention

I det andra stycket i 14 kap 11 § RB regleras den andra typen av intervention, självständig intervention. Härmed menas att den som intervenerar intar ställning som

⁷⁹ Jmf Karnovkommentaren till 14 kap 11 § RB.

⁸⁰ Ekelöf s 204 f.

⁸¹ A a s 200 ff.

part i rättegången. Som självständig intervenient begränsas parten inte på samma sätt som i 11 § första stycket. För att ha rätt att självständigt intervensera måste den som önskar detta träffas av rättskraften i den dom som kommer att falla i målet. Att denne blir bunden av målet är således att "saken rör hans rätt".

2.7.4 Sekretess

Under en upphandling gäller, utöver LOU, ett antal regler som återfinns i tryckfrihetsförordningen (TF) och offentlighets- och sekretesslagen (OSL).⁸² En myndighets material i olika ärenden utgörs i huvudsak av allmänna handlingar.⁸³ En allmän handling är som huvudregel offentlig men kan efter prövning av myndigheten sekretessbeläggas. Den allmänna handlingen är då inte offentlig utan hemlig och därmed inte tillgänglig för allmänheten. Sekretess kan inte uppställas godtyckligt utan lagstöd, sådant lagstöd för att sekretessbelägga en allmän handling återfinns i OSL.⁸⁴

Under en upphandling råder s k absolut anbudssekretess för uppgifter som rör anbudet.⁸⁵ Den absoluta anbudssekretessen gäller inte bara själva anbudet, utan också sådant som är anknutet till själva anbudet, t ex vilka leverantörer som lämnat anbud i en upphandling. Den absoluta sekretessen gäller tills alla anbud offentliggörs eller när upphandlingsprocessen är avslutad, då beslut om att anta ett visst anbud fattas eller då ärendet slutförs, t ex om upphandlingen avbryts.

Det vanligaste är emellertid att upphandlingsprocessen avslutas med ett tilldelningsbeslut. Tilldelningsbeslutet i upphandlingen innebär inte i sig att samtliga uppgifter om samtliga anbud automatiskt offentliggörs, även om huvudregeln är att handlingarna i upphandlingen blir offentliga.⁸⁶ I regel kan således leverantörer alltid få tillgång till allmänna handlingar rörande en upphandling så fort den absoluta sekretessen upphört. För att sekretess fortfarande skall gälla krävs således lagstöd. De två vanligaste grunderna för detta är sekretess till skydd för det allmänna samt sekretess till skydd för enskild. Möjligheten för en myndighet att ha fortsatt sekretess

⁸² Lag (1990:409) om företagshemligheter gäller subsidiärt i förhållande till TF och OSL.

⁸³ En allmän handling är en framställning i t ex skrift eller bild som förvaras hos en myndighet, den har antingen upprättats eller inkommit till myndigheten.

⁸⁴ Warnling-Nerep s 39 f samt 2 kap 3 & 6-7 §§ TF.

⁸⁵ 19 kap 3 OSL.

⁸⁶ Se prop 2001/2002:142 s 63, Falk s 487 samt Pedersen s 130.

på handlingar återfinns i OSL. Den upphandlande myndigheten måste, om någon vill ta del av anbudet, göra en sekretessprövning enligt 2 kap 14 § TF.

I 31 kap 16 § OSL regleras förutsättningarna för att den upphandlande myndigheten skall sekretessbelägga uppgifter om affärs- och driftförhållanden hos enskild som har någon affärsförbindelse med myndigheten. Paragrafen gäller om det finns särskild anledning att anta att den enskilde skulle lida skada om uppgiften röjs. Leverantören bör ange redan i sitt anbud vad som bör sekretessbeläggas och lämna starka skäl varför myndigheten skall bedöma att sekretess skall gälla. Ett beslut att inte lämna ut handlingar av detta slag kan överklagas enligt 6 kap 7 § OSL.

I 19 kap 3 § OSL regleras under vilka förutsättningar anbudet kan sekretessbeläggas om det allmänna riskerar att lida skada. Det bör här poängteras att hela anbudet inte sekretessbeläggs i dessa situationer utan endast den eller de uppgifter i anbudet som riskerar att orsaka skada för det allmänna eller enskilda om de röjs.

Även domstolen skall göra en sekretessprövning om någon begär ut anbud i en överprövad upphandling.⁸⁷ Enligt huvudregeln i 43 kap 1 § OSL skall en handling vara sekretessbelagd även hos domstol om myndigheten sekretessbelagt den. Dock gäller inte detta sådant som sekretessbelagts i enlighet med 19 kap OSL samt 31 kap 16-18 §§ OSL, d v s de paragrafer som är av intresse för vår del. Domstolen gör således en egen sekretessbedömning avseende utelämnande av anbudet i en upphandling när den varit föremål för en process.

⁸⁷ 43 kap OSL.

3 Talerätt

Frågan för denna uppsats är huruvida leverantör 1 kan anses tillförsäkras effektiva rättsmedel då en offentlig upphandling begärs överprövad och därmed om leverantör 1 har talerätt i det eller de överprövningsmål som kan följa på en upphandling.

3.1 Allmänt om talerätt

Utöver de processrättsliga områden som berörts ovan är regleringen av talerätt relevant. Talerätt är rätten att föra talan inför domstol i en rättslig angelägenhet. Denna rättighet tillkommer den som på ett negativt sätt berörs av ett fattat beslut. 33 § FPL ger endast allmän vägledning över vem som har rätt att överklaga ett beslut, det stadgas inget närmre om på vilket sätt eller i vilken omfattning dessa negativa verkningar skall drabba den som önskar överklaga. Syftet med en allmän regel om talerätt är främst att klargöra kravet på saklegitimation hos den som anför besvär över myndighetens beslut. Vem som är besvärberättigad har lämnats till rättspraxis att fastställa.

Vem som har talerätt, eller klagorätt som det också kallas, regleras även i 22 § FL. I 22 § FL anges vem som har rätt att överklaga ett *förvaltningsbeslut*, som exempelvis ett tilldelningsbeslut i en upphandling. I paragrafen stadgas att ett beslut får överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot och beslutet kan överklagas. Denna lydelse är i det närmaste identisk med 33 § FPL som stadgar att *rättens beslut* får överklagas av den som det angår, om det gått honom emot. Eftersom de båda paragraferna har i stort sett samma lydelse hänvisas i förarbetena till 33 § FPL till motiven för 22 § FL.⁸⁸ Som ovan nämnts utgör FPL sekundärlagstiftning och således skall reglerna i LOU, såsom speciallagstiftning, anses ha företräde framför FPL.⁸⁹

Talerätt anses tillkomma den som i något avseende närmare berörs av ett beslut. Någon allmän klagorätt för var och en som är missnöjd med ett avgörande finns således inte.⁹⁰ För att besvär av någon skall tas upp till saklig prövning av högre instans krävs därmed att det överklagade beslutet har sådana verkningar mot honom, att det framstår som

⁸⁸ Jmf prop 1970:30 s 399.

⁸⁹ Se 2 § FPL.

⁹⁰ Prop 1970:30 s 390.

rimligt att beslutet omprövas.⁹¹ 33 § FPL hänför sig endast till ett beslut som fattats av en förvaltningsdomstol. Varken förvaltningslagen eller förvaltningsprocesslagen innehåller några allmänna bestämmelser om vilka beslut som skall vara överklagbara eller inte. Dessa frågor regleras istället i specialförfattningar och följer av allmänna rättsgrundsatser. I det förevarande fallet är specialförfattningen LOU.⁹²

Andra stycket i 33 § FPL behandlar den subjektiva sidan av ett överklagande och anger två rekvisit som skall vara uppfyllda. Förvaltningsdomstolens beslut skall angå den som överklagar (saklegitimation) och det skall ha gått honom emot (kontraritet). Dessa två rekvisit kan inte fullt ut hållas isär, det kan ofta vara så att just det faktum att ett beslut går någon emot kan vara det som innebär att det angår denne.

3.2 Talerätt i mål om offentlig upphandling

I art 1.3 i direktiv 2007/66/EG stadgas att medlemsstaterna skall tillerkänna talerätt åt var och en som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett särskilt upphandlingskontrakt och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en upphandlande myndighets överträdelse av upphandlingsreglerna. Avseende talerätt medför inte ändringsdirektivet någon förändring i jämförelse med tidigare rättsmedelsdirektiv. Regeln syftar till att både säkerställa att leverantörer som anser sig kränkta ges goda möjligheter till rättslig prövning samt att övriga anbudsgivare skall garanteras rättssäkerhet. Lydelsen i 16 kap LOU är ” en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada [...]”, dessa skall således ha rätt att föra talan i en överprövningsprocess och paragrafen stämmer därmed överens med direktivet.

När överklaganderegeln i specialförfattning, som i 16 kap 1 § LOU, anger att beslut enligt författningen får anmälas till allmän förvaltningsdomstol skall frågan om den subjektiva klagorätten enbart bedömas enligt de så kallade saklegitimations- och kontraritetsrekvisiten. Rekvisiten måste dock tolkas i ljuset av specialförfattningen. Den som anses vara berörd i detta fall bör också anses vara berörd enligt 33 § FPL.⁹³

⁹¹ A prop s 390 f.

⁹² Wennergren s 328.

⁹³ A a s 332.

I 16 kap 1 § LOU stadgas att de leverantörer som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada har rätt att överpröva beslutet som den upphandlande myndigheten fattat. Frågan uppkommer om den leverantör som först tilldelats ett upphandlingskontrakt kan anses lida skada till följd av förvaltningsdomstols beslut att upphandlingen skall göras om eller rättas.

3.2.1 Av rättsordningen erkänt intresse

I viss utsträckning kan även den som inte anses vara part i ärendet, och därmed skulle sakna talerätt, ha rätt att överklaga ett beslut. Detta under förutsättning att beslutets verkningar inte enbart drabbar den till vilken det är riktat utan också denna utomstående person. Enligt rättspraxis är dock detta inte tillräckligt. För att begränsa antalet klagoberättigade har en regel utvecklats; den klagande måste ha ett av rättsordningen erkänt intresse.

Den som inte anses vara part i ett ärende kan således ändå vara taleberättigad i en process, under förutsättning att han har just ett av rättsordningen erkänt intresse. Ett sådant skyddssyfte kan komma till uttryck i lagparagrafer och då kan det exempelvis handla om att denne skall beredas tillfälle att yttra sig innan beslut fattas eller att det på annat sätt skall tas hänsyn till dennes intresse. Utvecklingen i rättspraxis har gått emot att formella anknytningspunkter har mindre betydelse, men däremot läggs mer vikt vid vilka hänsyn som skall beaktas vid den materiella prövningen.⁹⁴ Påverkas den som önskar talerätt ekonomiskt eller påverkas dennes personliga situation innebär inte detta automatiskt att han skall ha talerätt, han måste trots detta ha ett av rättsordningen erkänt intresse, det krävs således något ytterligare. För talerätt krävs enligt de i doktrin och i rättspraxis utvecklade riktlinjerna också att en sådan persons intresse i saken på något sätt erkänts av rättsordningen. Hur ett sådant erkännande skall komma till uttryck är inte närmare fixerat och inte heller kan kriteriet förutsättas ha exakt samma innebörd i alla måltyper.⁹⁵

I RÅ 2002 ref 5 gör Regeringsrätten bedömningen att den leverantör som först tilldelats ett upphandlingskontrakt inte har ett av rättsordningen erkänt intresse.⁹⁶

⁹⁴ Ragnemalm s 162 f.

⁹⁵ RÅ 2003 ref 18.

⁹⁶ Se referat nedan under 3.3.2.1.

Regeringsrätten uttalar att även den som inte varit part kan emellertid ha rätt att överklaga, om han eller hon har något särskilt av rättsordningen erkänt intresse. De menar dock att ingenting i LOU eller i denna del bakomliggande direktiv innefattar ett erkännande av ett sådant intresse.

Underrättspraxis är emellertid inte enhetlig eftersom bl a Kammarrätten i Sundsvalls i beslut om prövningstillstånd i mål nr 2227-06 tillerkände leverantör 1 talerätt på grund av ett av rättsordningen erkänt intresse.⁹⁷ I fallet rörde det sig om en anbudsgivare som enligt länsrättens dom skulle uteslutas vid genomförande av en ny anbudsutvärdering. Anbudsgivaren agerade ej som part i länsrätten men överklagade ändå domen. Kammarrätten ansåg att det fanns skäl att meddela prövningstillstånd eftersom länsrättsdomen medförde att anbudsgivaren skulle uteslutas vid en ny utvärdering.

3.2.1.1 Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2227-06

Bakgrunden i målet är att Landstinget Dalarna hade för avsikt att upphandla multifunktionsmaskiner och faxar. Sju olika företag lämnade anbud och efter anbudsutvärdering beslöt landstinget att anta Xerox anbud (leverantör 1). Tre av de övriga anbudsgivarna begärde upphandlingen överprövad, däribland Toshiba (leverantör 2) varpå Länsrätten i Dalarnas län prövade upphandlingen.

Länsrätten beslutade i överprövningsmål 1 att leverantör 1:s anbud skulle uteslutas vid anbudsutvärderingen med hänsyn till att de ej uppfyllt uppställda skall-krav. Länsrätten förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett. Landstinget genomförde därefter i enlighet med domen en ny anbudsutvärdering och beslutade att anta anbudet från leverantör 2. Landstinget fattade således ett nytt tilldelningsbeslut. Detta nya tilldelningsbeslut begärdes överprövat av två av de övriga

⁹⁷ Hentze, *Talerätt i överprövningsmål*, s 10 f.

anbudsgivarna, däribland Xerox (leverantör 1 i överprövningsmål 1 men leverantör 2 i överprövningsmål 2).

Överprövningsmål 2 består således i att det nya tilldelningsbeslutet där Toshiba (nu leverantör 1) tilldelats kontrakt begärs överprövat av bl a leverantör 2. Länsrätten uttalade att det inte finns något hinder för leverantör 2 att föra talan i målet då det rör sig om ett helt nytt tilldelningsbeslut. Länsrätten beslutar att leverantör 2:s anbud skall delta i en ny anbudsutvärdering samt att leverantör 1:s anbud ej uppfyller samtliga skall-krav och därmed ej skall delta vid ny anbudsutvärdering.

Leverantör 1 överklagar länsrättens dom och menar bl a att domen skall ändras materiellt då deras anbud uppfyller samtliga skall-krav och därmed ej skulle ha undantagits från en ny anbudsutvärdering. Kammarrätten anför avseende talerätten att det faktum att leverantör 1:s anbud skulle uteslutas ur en ny anbudsutvärdering medför en rätt att överklaga länsrättens dom då det är ett beslut som gått leverantör 1 emot.

Kammarrätten har i detta mål därmed ansett att leverantör 1 har haft ett av rättsordningen erkänt intresse och därmed skulle tillerkännas talerätt.

Nedan följer en utredning av huruvida den leverantör som först tilldelats ett upphandlingskontrakt (leverantör 1) har möjlighet att tillgodose sina rättigheter till effektiva rättsmedel då upphandlingen begärs överprövad av en annan leverantör (leverantör 2). Vi har valt att dela upp utredningen i tre delar då vi har urskiljt tre situationer som i flera avseenden skiljer sig åt.

3.3 Situation I

3.3.1 Domstolen förordnar att upphandlingen skall rättas

Den första situationen som vi valt att undersöka är den då förvaltningsrätten förordnar att den upphandlande myndigheten skall *rätta* upphandlingen. En rättelse som t ex skall ske p g a att anbudsutvärderingen enligt domstolen gått till på fel sätt.

Situation I ser således ut på följande vis:

1. En upphandlande myndighet meddelar i ett tilldelningsbeslut att en viss leverantör (leverantör 1) vunnit upphandlingen.
2. En leverantör som inte tilldelats kontraktet (leverantör 2) är missnöjd med detta beslut och begär upphandlingen överprövad i förvaltningsrätt (överprövningsmål 1).⁹⁸
3. Förvaltningsrätten dömer i målet och förordnar den upphandlande myndigheten att rätta upphandlingen på ett sätt som medför skada för leverantör 1.

I detta scenario uppkommer frågan vad den leverantör som först vunnit upphandlingen har för möjligheter att tillgodose sina intressen, vilka vi får förutsätta är att erhålla upphandlingskontraktet.

3.3.2 Utredning av situation I

En leverantör som tilldelats ett kontrakt har enligt rättspraxis inte talerätt i ett mål där det beslutats att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse av upphandlingen skett.⁹⁹ Nedan refererade rättsfall tydliggör detta.

3.3.2.1 RÅ 2002 ref 5

I RÅ 2002 ref 5¹⁰⁰ gällde det Piteå kommun som upphandlade skolskjutsar. Anbud inkom från bl a Sjölund's Trafik (leverantör 1) och Lövgrens Taxi (leverantör 2). Eftersom anbudet från

⁹⁸ 16 kap 1-2 §§ LOU samt 22 § FL.

⁹⁹ Leverantör 1 har enligt ett nyligen avgjort mål från Kamrarrätten i Sundsvall inte rätt att överklaga en senare meddelad dom som innebär att upphandlingen inte får avslutas förrän viss rättelse skett och därmed avvisades överklagandet. Detta överensstämmer med tidigare rättspraxis på området, se rättsfallsgenombgång nedan 3.3.2.1 samt 3.3.2.2.

¹⁰⁰ Det skall noteras att detta rättsfall är från tiden före 2002 års lagändringar av då gällande LOU, detta innebär dock inte att fallet inte är aktuellt.

leverantör 2 saknade underskrift utvärderades det inte och istället antogs anbudet från leverantör 1. Leverantör 2 begärde överprövning av kommunens beslut att inte utvärdera deras anbud. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle rättas på så vis att leverantör 2:s anbud skulle utvärderas och att den inte fick avslutas förrän rättelsen skett.

Leverantör 1 överklagade länsrättens dom. Kammarrätten uttalade att den vinnande leverantören i den första upphandlingen inte kan anses ha ett sådant av LOU erkänt intresse att leverantör 1 har rätt att överklaga.

Leverantör 1 överklagade till Regeringsrätten. Frågan i målet i Regeringsrätten var om leverantör 1 hade haft rätt att överklaga länsrättens dom. Domstolen konstaterade inledningsvis att leverantör 1 inte varit att anse som motpart till leverantör 2 i målet hos länsrätten och således inte heller haft rätt att överklaga domen. Därefter sade domstolen att leverantör 1 inte heller på grund av kommunens beslut att först anta dem som leverantör kan anses ha haft ställning som part i målet i länsrätten. Leverantör 1 kan därför inte grunda någon rätt att överklaga länsrättens dom på att denne varit part i målet där.

Slutligen konstaterade Regeringsrätten att även den som inte varit part kan ha rätt att överklaga, om han eller hon har något särskilt av rättsordningen erkänt intresse. Regeringsrätten menar dock att ingenting i LOU eller i denna del bakomliggande direktiv innefattar ett erkännande av ett sådant intresse. Därför har inte Leverantör 1 heller på annan grund haft rätt att överklaga länsrättens dom och Regeringsrätten avskrev därför målet.

3.3.2.2 RÅ 2007 not 131

I RÅ 2007 not 131 hade Bohuskustens vattenvårdsförbund genomfört en öppen upphandling av undersökningar inom ramen

för kustvattenkontroll. Marine Monitoring vid Kristineberg AB (leverantör 1) tilldelades kontraktet och en annan anbudsgivare, HydroGIS AB (leverantör 2) ansökte om åtgärder enligt LOU hos länsrätten i Göteborg. Länsrätten avlog ansökan om överprövning varpå leverantör 2 fullföljde sin talan hos Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten i sin tur beslutade om att upphandlingen skulle rättas på så vis att leverantör 2 skulle tilldelas kontraktet.

Leverantör 1 överklagade och yrkade att Regeringsrätten skulle upphäva kammarrättens dom och istället fastställa länsrättens dom. Leverantör 1 menade att de var taleberättigade eftersom de ej givits tillfälle att bemöta de skäl och felaktiga påståenden som leverantör 2 framfört och att de genom kammarrättens dom kommer att lida ekonomisk skada och menade att de därför hade ett av rättsordningen erkänt intresse att överklaga domen. Leverantör 2 yrkade att överklagandet skulle avvisas med hänsyn till att leverantör 1 ej haft ställning som part i kammarrätten.

Regeringsrätten anförde att kammarrätts beslut får överklagas hos Regeringsrätten av den som det angår, om det har gått honom emot. De menade vidare att rättspraxis fastslår att den som enligt den upphandlande myndighetens beslut antagits som leverantör inte anses ha rätt att överklaga en senare meddelad dom som innebär att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett. Regeringsrätten ansåg inte att skäl fanns att göra en annorlunda bedömning varför leverantör 1:s överklagande avvisades.

Om leverantör 1 har tilldelats ett kontrakt men detta beslut överprövas av leverantör 2 och domstolen finner att upphandlingen skall rättas saknar således leverantör 1 möjlighet att överklaga domen till högre instans. Om leverantör 1 inte har några

rättigheter i detta läge kan det anses att denne saknar effektiva rättsmedel i den mening som direktiven kräver.¹⁰¹

Inledningsvis kan noteras att leverantör 1 enligt gällande rätt inte har rätt begära överprövning av det beslut där han själv tilldelats kontraktet. Det är endast då någon är att anse som part enligt 33 § FPL som denne har rätt att överpröva ett beslut. Leverantör 1 är enligt gällande rätt inte part i detta mål eftersom detta inte är ett beslut som gått honom emot. Det finns dock ingen anledning för leverantör 1 att begära en vunnen upphandling överprövad.

Problemet uppstår istället när leverantör 1 inte får komma till tals och invända mot de omständigheter som leverantör 2 anfört i ett mål om överprövning som leverantör 2 initierat. Det är nämligen den eller de övriga leverantörerna, som deltagit eller avsett att delta i upphandlingen, och som ansökt om överprövning som är parter i överprövningsmål 1. Part i målet är också den upphandlande enheten eller myndigheten.

Eftersom leverantör 1 inte är att anse som part i överprövningsmål 1 har han enligt rättspraxis inte heller rätt att överklaga en dom i överprövningsmål 1.¹⁰² Inte heller har det ansetts att leverantör 1 i denna situation har ett av rättsordningen erkänt intresse.¹⁰³ Frågan uppkommer om leverantör 1 har rätt att begära överprövning av det beslut genom vilket leverantör 2 tilldelades kontraktet, dvs den leverantör som tilldelats kontraktet efter att den upphandlande myndigheten rättat upphandlingen. Om svaret är jakande kan det eventuellt anses att leverantör 1 har ett effektivt skydd för sina rättigheter. Så är det dock inte om domstolen i överprövningsmål 2 är bunden av domen i överprövningsmål 1. För att få svar på detta måste utredas vilken rättskraft en dom i ett upphandlingsmål har.

¹⁰¹ Rosén Andersson s 48 f samt nedan under 4.2.

¹⁰² RÅ 2002 ref 5 samt RÅ 2007 not 131.

¹⁰³ Det finns rättsfall som uttrycker att leverantör 1 har ett av rättsordningen erkänt intresse i den situationen att en ny anbudsutvärdering skall göras och detta kommer att medföra att leverantör 1 kommer uteslutas i denna. Se Kammarrätten i Sundsvalls beslut om prövningstillstånd i mål nr 2227-06. Dock bör det poängteras att RÅ 2007 not 131 tillkommit efter beslutet från Kammarrätten i Sundsvall.

Om en dom i ett upphandlingsmål har negativ rättskraft skall en ny ansökan om överprövning avvisas på grund av rättskraften, syftet med regleringen är att samma sak inte skall kunna prövas av domstol mer än en gång. Skall istället domen i överprövningsmål 1 läggas till grund för bedömningen i överprövningsmål 2, men inte hindrar ett anhängiggörande har domen i överprövningsmål 1 positiv rättskraft i förhållande till överprövningsmål 2.

I rättspraxis finns exempel på att domstolen tillerkänt domen i överprövningsmål 1 både positiv och negativ rättskraft.¹⁰⁴ Vid en genomgång av rättspraxis har vi noterat att förvaltningsrätten inte sällan avvisar mål med hänvisning till negativ rättskraft och att kammarrätten därefter återförvisar domen till lägre instans. I kammarrätternas domskäl utläses bl a att domen i det tidigare målet inte hindrar en ny prövning då det handlar om olika sökanden, det rör sig om olika yrkanden som dessutom framställts vid olika tidpunkter under upphandlingsförfarandet och att det dessutom kommit ett nytt tilldelningsbeslut sedan det tidigare målet.¹⁰⁵ Rättskraft hindrar inte att ett nytt mål anhängiggörs om det har inträffat en s k efterföljande omständighet. Om det inträffar en ny omständighet efter det att domen i överprövningsmål 1 har meddelats, som förändrar förutsättningarna under vilka den första domen meddelades, motiverar det i sig att en ny domstolsprövning sker. Det har ansetts att ett nytt tilldelningsbeslut utgör just en sådan efterföljande omständighet.¹⁰⁶

3.3.3 Diskussion av situation I

En dom i ett upphandlingsmål bör enligt vår mening varken ha negativ eller positiv rättskraft i förhållande till leverantör 1. Leverantör 1 är enligt rättspraxis inte part i målet och rättskraften borde därmed inte gälla denne alls, rättskraften är i regel begränsad till parterna i en process.¹⁰⁷ Eftersom dispositionsprincipen används i mål om offentlig upphandling¹⁰⁸ är det mycket viktigt att en dom i ett sådant mål inte har någon rättskraftsverkan som drabbar leverantör 1. För det fall domen skulle ha

¹⁰⁴ Länsrätten i Dalarnas län, mål nr 1958-08 är ett exempel på då förvaltningsdomstolen ansett att en tidigare dom har positiv rättskraft i förhållande till den senare. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3845-06, har däremot menat att de ej kan ta upp en fråga med hänvisning till negativ rättskraft.

¹⁰⁵ Se t ex Kammarrätten i Stockholm mål nr 9607-08.

¹⁰⁶ Rosén Andersson s 48 f.

¹⁰⁷ A st.

¹⁰⁸ RÅ 2009 ref 69.

rättskraftsverkan skulle leverantör 2 besluta om ramen för processen och leverantör 1 träffas av denna rättskraftsverkan, utan att domstolen sett till att allt i målet var utrett. Så är dock inte fallet och som konstaterats ovan är således leverantör 1 tillförsäkrad ett effektivt skydd av sina rättigheter åtminstone i denna del.

Upphandlingslagarna skall tillförsäkra ett effektivt rättskydd för varje leverantör i en upphandling och varje leverantör skall ha rätt att begära en upphandling överprövad. Det nya tilldelningsbeslutet som meddelas efter att den upphandlande myndigheten vidtagit rättelse av upphandlingen kan anses vara just ett nytt beslut, och således ett beslut som gått leverantör 1 emot, under förutsättning att leverantör 1 inte vinner upphandlingen igen.

Leverantör 1 kan enligt kammarrättspraxis i situation I överpröva ett nytt tilldelningsbeslut i en upphandling, detta kan dock inte göras förrän i överprövningsmål 2. Anledningen till att detta är möjligt är att det nya tilldelningsbeslutet räknas som en sk efterföljande omständighet. Vi menar att förhållandet att leverantör måste vänta på ett nytt tilldelningsbeslut och inleda ett nytt mål innebär att leverantör 1 saknar ett effektivt skydd för sina rättigheter i denna situation.

3.4 Situation II

3.4.1 Domstolen förordnar att upphandlingen skall göras om

Situation II uppstår då leverantör 1 vinner en upphandling som begärs överprövad av leverantör 2 och första instans beslutar att upphandlingen skall *göras om* istället för att rättas, så som var fallet i situation I .

Situation II ser således ut på följande vis:

1. En upphandlande myndighet meddelar i ett tilldelningsbeslut att en viss leverantör (leverantör 1) vunnit upphandlingen.
2. En leverantör som inte tilldelats kontraktet (leverantör 2) är missnöjd med detta beslut och begär upphandlingen överprövad i förvaltningsrätt.
3. Förvaltningsrätten dömer i målet och förordnar den upphandlande myndigheten att göra om upphandlingen.

I detta scenario uppkommer frågan vad den leverantör som först vunnit upphandlingen har för möjligheter att tillgodose sina intressen, vilka vi får förutsätta är att erhålla upphandlingskontraktet.

3.4.2 Utredning av situation II

Inledningsvis kan konstateras att det saknas avgöranden från Regeringsrätten i frågan. Emellertid torde det i sak inte vara särskilt stora skillnader mellan mål där domstolen kommit fram till att rättelse är den mest lämpliga åtgärden och mål där domstolen förordnar den upphandlande myndigheten att göra om upphandlingen. De är båda möjliga rättsföljder av en överträdelse av LOU:s regler. Det görs dessutom inte sällan hänvisningar till RÅ 2002 ref 5 och RÅ 2007 not 131 i de kammarrättsavgöranden¹⁰⁹ som finns.

Utredningen i frågan blir i stort sett densamma som under situation I, enligt 33 § FPL måste det finnas ett beslut som gått leverantören emot och i annat fall måste leverantören ha ett av rättsordningen erkänt intresse för att få talerätt i högre instans.

Det finns kammarrättsavgöranden som menar att leverantör 1 skall ha talerätt i överprövningsmål 1 men det finns också avgöranden som avgjorts i motsatt riktning.¹¹⁰

3.4.2.1 Kammarrätten i Göteborg mål nr 3489-06 samt 3491-06

Hässleholms kommun (den upphandlande myndigheten) genomförde upphandling avseende skolskjutsverksamhet under 2005. Upphandlingen begärdes överprövad av ett flertal bolag och tre av målen överklagades till kammarrätten. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle rättas på så vis att Bergkvarabuss AB (leverantör 2) skulle uteslutas vid en ny anbudsutvärdering och enligt det nya tilldelningsbeslutet skulle bli a Röke buss (leverantör 1) tilldelas kontrakt.

¹⁰⁹ Se t ex Kammarrätten i Göteborg mål nr 3489-06 och 3491-06 samt Kammarrätten i Stockholm mål nr 1813-09.

¹¹⁰ I Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3845-06, menade domstolen att leverantör 1 torde vara direkt påverkad vad gäller att erhålla ett upphandlingskontrakt och hävdade att domen gått leverantör 1 emot.

Leverantör 2 begärde överprövning av upphandlingen. Länsrätten fann att då anbudens giltighetstid löpt ut var upphandlingen att betrakta som en otillåten direktupphandling. Med anledning därav förordnade länsrätten att upphandlingen skulle göras om.

Leverantör 1 överklagade länsrättens dom till kammarrätten. Med hänvisning till RÅ 2002 ref. 5 menade kammarrätten att leverantör 1 var berörd av länsrättens dom på ett sådant sätt att de skulle tillerkännas talerätt i målet. Kammarrätten instämde dock i länsrättens bedömning i sak och avslog överklagan.

NOU har kommenterat rättsfallet och menar att skillnaden mot RÅ 2002 ref 5 är att domstolens beslut att upphandlingen skall göras om direkt påverkar de klagandes rätt till upphandlingskontrakt vilket en rättelse inte gör.¹¹¹ På grund av detta hade också leverantör 1 ett av rättsordningen erkänt intresse av att få talerätt.

Kammarrätten i Stockholm kom emellertid i ett nyligen avgjort mål fram till en annan slutsats.¹¹² Där konstaterade kammarrätten att ett bolag som antagits som leverantör inte har rätt att överklaga en därefter meddelad dom av förvaltningsrätten av innebörd att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, med hänvisning till RÅ 2002 ref 5 samt RÅ 2007 not 131. De yttrade att enbart det faktum att upphandlingen skall göras om istället för att rättas inte medför någon skillnad i bedömningen. Leverantör 1 hade således inte talerätt och kammarrätten avvisade målet.

3.4.2.2 Kammarrätten i Stockholms mål nr 1813-09

Försvarsmakten (den upphandlande myndigheten) inbjöd leverantörer att lämna anbud avseende bl a transportskydd. Inom anbudstiden inkom tre anbud och i förfrågningsunderlaget hade angivits att anbuden skulle vara bindande t o m den 15 december 2008. Tilldelningsbeslut meddelades den 11 januari 2008 och angav att anbudet från G4S hade antagits. En av de övriga

¹¹¹ Hentze, *Talerätt i överprövningsmål*, s 11.

¹¹² Kammarrätten i Stockholm mål nr 1813-09

anbudsgivarna, Securitas, ansökte om överprövning och yrkade rättelse av upphandlingen. Länsrätten beslutade i enlighet med Securitas yrkande att den aktuella upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering skulle vidtas.

Den upphandlande myndigheten överklagade länsrättens domen kammarrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd. De fullföljde då sin talan till Regeringsrätten som inte heller meddelade prövningstillstånd. Den upphandlande myndigheten beslutade sig därmed för att verkställa domen och gjorde en ny utvärdering samt meddelade ett nytt tilldelningsbeslut med resultatet att Securitas (leverantör 1) tilldelades upphandlingskontraktet.

Därefter ansökte G4S (leverantör 2) om överprövning hos länsrätten avseende det nya tilldelningsbeslutet med yrkande om att upphandlingen skall göras om alternativt i andra hand att rättelse skall ske. Leverantör 2 anförde att anbudet enligt förfrågningsunderlaget skulle vara bindande t o m den 15 december 2008 och därefter inte förlängts. Vid tidpunkten för det nya tilldelningsbeslutet förelåg således inga giltiga anbud varför grund för att meddela tilldelningsbeslut saknades. Av den anledningen är upphandlingen att se som en otillåten direktupphandling. Den upphandlande myndigheten skulle istället för att meddela tilldelningsbeslut ha avbrutit och gjort om upphandlingen.

Länsrätten fann med hänsyn till tidigare rättspraxis samt motiven till LOU att upphandlingen skulle göras om då inga giltiga anbud förelåg vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet.

Leverantör 1 begärde överprövning och yrkade att kammarrätten skulle undanröja länsrättens dom. Kammarrätten fann emellertid,

med hänvisning till RÅ 2002 ref 5 samt RÅ 2007 not 131, att ett bolag som enligt den upphandlande myndighetens beslut tilldelats ett kontrakt ej har rätt att överklaga en därefter meddelad dom av länsrätten med innebörd att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett. I det förevarande fallet rörde det sig emellertid om att länsrätten förordnat att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten ansåg dock att förordnandet om att göra om upphandlingen inte utgör skäl att göra en annan bedömning av rätten att överklaga för leverantör 1 än vid rättelse. Leverantör 1 erhöll därför ej talerätt i målet och överklagandet avvisades således.

3.4.2.3 Om domslutet föranletts av en otillåten direktupphandling

Ytterligare en aspekt är förhållandet då ett bolag (leverantör 1) fått ett uppdrag av en upphandlande myndighet och det därefter visar sig att myndigheten borde ha upphandlat enligt LOU och att en otillåten direktupphandling är för handen. I detta scenario uppkommer frågan vad den leverantör som först fått kontraktet (leverantör 1) har för möjligheter att tillgodose sina intressen om domstolen beslutar att upphandlingen skall göras om.

Som nämnts ovan är kretsen av leverantörer vid och det är inte enbart leverantörer som faktiskt lämnat anbud i ifrågavarande upphandling som har möjlighet att ansöka om överprövning. Vid otillåtna direktupphandlingar är det också tänkbara leverantörer som kommer på fråga avseende att ansöka om överprövning då direktupphandlingar normalt inte möjliggör för leverantörer att lämna anbud.¹¹³

Att begära en otillåten direktupphandling överprövad är inte alltid förenat med en utgång som innebär att den klagande leverantören kan vinna något i praktiken. Då det gäller upphandlingskontrakt som ännu ej har utförts eller mångåriga ramavtal torde det finnas ett värde i att ansöka om åtgärder enligt LOU men för det fall föremålet för

¹¹³ Falk s 451 f.

upphandlingen däremot redan har förbrukats torde emellertid endast skadeståndstalan kvarstå som alternativ för den klagande leverantören.¹¹⁴

3.4.3 Diskussion av situation II

I situation II kan konstateras att rättspraxis på området spretar och det kan därmed inte anses utrett vilka rättigheter leverantör 1 har.

I likhet med situation I har enligt rättspraxis inget beslut gått leverantör 1 emot och därmed saknar leverantör 1, som utgångspunkt, rätt att föra talan i överprövningsmål 1. För det fall leverantör 1 inte tillerkänns talerätt i detta överprövningsmål 1 kan det anses att det innebär en än större brist på effektiva rättsmedel än i situationen ovan.

Det finns risk att leverantör 1 vid det nya upphandlingsförfarandet kanske inte ens har möjlighet att lämna anbud på grund av exempelvis annorlunda kriterier. Leverantör 1 har då dels lagt ner tid och pengar på att upprätta ett anbud samt efter att ha vunnit upphandlingen i det första skedet eventuellt inrättat sig efter det och påbörjat prestationernas fullgörelse. För det fall upphandlingen skall göras om, i enlighet med förvaltningsrättens beslut, och leverantör 1 saknar möjlighet att lämna anbud, d v s inte innefattas i leverantörsbegreppet, kan denne inte heller invända mot tilldelningsbeslutet i den nya upphandlingen. Leverantör 1 har då gått från att vara vinnande anbudsgivare med ett blivande kontrakt till att stå helt utanför upphandlingen utan någonstans att vända sig för att föra sin talan. Risken finns att den upphandlande myndigheten väljer att inte göra någon ny upphandling, d v s avbryter upphandlingen, och även i den situationen kan leverantör 1 lida skada om han inte fått möjlighet att föra talan i det överprövningsmål 1. Det kan enligt vår mening inte anses att leverantör 1 i den situationen garanteras effektiva rättsmedel.

Ytterligare en aspekt att beakta då domstolen beslutar att upphandlingen skall göras om och leverantör 1 inte tillerkänns talerätt är sekretessfrågan. Denna problematik torde dock kunna uppstå även inom ramen för situation 1, men frågan är något mer märkbar i förevarande fall. Om alla uppgifter i ett anbud blir offentliga i denna situation finns en klar risk att detta snedvrider konkurrensen och att eventuella nya leverantörer får ett

¹¹⁴ A a s 460 f.

helt annat utgångsläge i den nya upphandlingen då deras anbud kan anpassas efter de tidigare leverantörernas anbud.

Domstolen skall liksom den upphandlande myndigheten göra en sekretessprövning men risk finns att domstolen bedömer att sekretessen inte är lika erforderlig efter ett domslut som stadgar att upphandlingen skall göras om. Det kan anses att ett domslut som stadgar att upphandlingen skall göras om, istället för att rättas, är ett tydligare avslut och att sekretessen inte är lika erforderlig eftersom upphandlingen ändå skall göras om. Men konsekvenserna för leverantörerna kan ändå bli allvarliga. Om domstolen lämnar ut hela anbuden och bedömer att ingen del skall fortsätta vara sekretessbelagd finns det risker att både leverantörer och myndigheten kan ta skada.

Fastställer förvaltningsrätten att upphandlingen utgjort en otillåten direktupphandling som skall göras om torde leverantör 1 också riskera att lida skada. En konsekvens av en otillåten direktupphandling kommer efter lagändringarna även kunna bli att avtalet ogiltigförklaras. Vilka som utgör parter i mål om ogiltigförklaring kommer ej att regleras särskilt utan regeringen hänvisar till motiven för talerätt i överprövningsmål i övrigt.¹¹⁵ Vad avser talerättsproblematiken för leverantör 1 torde situationen bli densamma vid ogiltighet som då domstolen förordnar om att upphandlingen skall göras om. Leverantör 1 kan då endast begära den nya upphandlingen överprövad för det fall han kan aktualiseras som leverantör.

Det kan ifrågasättas om problemen i situation II i realiteten är så stora och om problemet uppstår särskilt ofta. Vi menar dock att detta i sig inte utgör anledning till att leverantör 1 inte skall ha rätt att föra talan i frågan. Det är av vikt att leverantör 1:s rättigheter tillgodoses oavsett om upphandlingen skall rättas eller göras om. Det förefaller så att förvaltningsdomstolarna ser en skillnad i att upphandlingen skall rättas alternativt att den skall göras om, att domslutet som stadgar att upphandlingen skall göras om tycks mer ingripande och att leverantör 1 därav skall ha ett av rättsordningen erkänt intresse att föra talan.¹¹⁶ Vi menar att detta skulle innebära ett osäkert rättsläge i sig och att leverantör 1 inte skall få bättre rätt bara endast av den anledningen att

¹¹⁵ Prop 2009/10:180 s 136.

¹¹⁶ Se t ex Kammarrätten i Sundsvall i beslut om prövningstillstånd i mål nr 2227-06, Kammarrätten i Göteborg mål nr 3489-06 samt 3491-06.

upphandlingen skall göras om. I praktiken är risken för skada enligt gällande rätt lika stor för leverantör 1 i båda fallen.

3.5 Situation III

3.5.1 Talerätt vid överprövning av ramavtal

Situation III behandlar den situation då leverantör 1 tilldelas ett kontrakt i en ramavtalsupphandling, men inte tilldelats första plats i avropsordningen. Leverantör 1 är missnöjd med detta beslut och begär upphandlingen överprövad. Frågan är huruvida leverantör 1 har rätt att begära en upphandling, i vilken denne tilldelats kontrakt, överprövad.

Situation III ser således ut på följande vis:

1. En upphandlande myndighet meddelar i ett beslut att en viss leverantör (leverantör 1) tilldelats kontrakt i en ramavtalsupphandling, dock ej första plats i avropsordningen.
2. Leverantör 1 är missnöjd med detta beslut och begär upphandlingen överprövad i förvaltningsrätt.

I detta scenario uppkommer frågan vilken rätt leverantör 1 har att tillgodose sina intressen, vilka vi får förutsätta är att erhålla första plats i avropsordningen. Leverantör 1 har här tilldelats upphandlingskontrakt, d v s den upphandlande myndighetens beslut har inte gått denne emot i enlighet med gällande rätt.¹¹⁷

3.5.2 Utredning av situation III

Ramavtal definieras i 2 kap 15 § LOU som ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Vad gäller ramavtal som reglerar samtliga avropsvillkor och enligt 5 kap 6 § LOU därför inte fordrar en förnyad konkurrensutsättning kan de leverantörer som tilldelas kontraktet komma att rangordnas. Rangordningen grundar sig främst på anbudsutvärderingen men även övriga villkor såsom leveranskapacitet.

¹¹⁷ Se t ex RÅ 2002 ref 5 samt RÅ 2007 not 131.

I ett nyligen avgjort överprövningsmål fastställdes att det finns möjlighet för en leverantör att begära överprövning trots att denne faktiskt tilldelats kontraktet. Kammarrätten i Stockholm konstaterade att vid en ramavtalsupphandling kan en leverantör under vissa förutsättningar begära överprövning då denne tilldelats ett kontrakt men blivit placerad på andra plats i avropsordningen. Normalt gäller vid överklagande av förvaltningsbeslut att den som tilldelats ett kontrakt ej är taleberättigad eftersom beslutet inte kan anses ha gått leverantören emot, d v s bristande kontraritet.¹¹⁸

3.5.2.1 Kammarrätten i Stockholms mål nr 3628-09

I det aktuella fallet hade en kommun för avsikt att teckna ett ramavtal med tre leverantörer om tillräckligt många godtagbara anbud inkom. Av de sex anbud som inkom till den upphandlande myndigheten var det enbart en anbudsgivare (leverantör 1) som givit ett fullvärdigt anbud. Leverantör 1:s anbud antogs därmed och hamnade följaktligen som nummer 1 i avropsordningen.

En av de övriga anbudsgivarna (leverantör 2) ansökte om överprövning varpå länsrätten avgjorde att en ny utvärdering skulle utföras med beaktande av även leverantör 2:s anbud. I den nya anbudsutvärderingen framkom att leverantör 2:s utvärderingspris var lägst och med anledning därav hamnade leverantör 2 på en förstaplats i avropsordningen. Leverantör 1 i sin tur flyttades ned till plats 2.

Leverantör 1 begärde överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och menade att leverantör 2 inte uppfyllt samtliga skall-krav och att leverantör 1 lidit skada till följd av att leverantör 2:s anbud ändå antagits. Länsrätten anförde att då ramavtal tecknats med både leverantör 1 och leverantör 2 hade båda anbudsgivarna vunnit upphandlingen och den omständigheten att leverantör 1 inte haft lägsta utvärderingspris kunde inte anses medföra skada

¹¹⁸ 33 § FPL.

för leverantör 1. Eftersom leverantör 1 ej ansågs ha lidit skada avvisades ansökan om överprövning av länsrätten.

Leverantör 1 överklagade till kammarrätten som konstaterade att Regeringsrätten i två mål¹¹⁹ fastslagit att ett bolag som ursprungligen tilldelats ett kontrakt inte har rätt att överklaga en dom av länsrätten eftersom sökanden ej varit part i länsrätten. Bolaget har i ett sådant fall ej heller ett av rättsordningen erkänt intresse som kan medföra talerätt.

Kammarrätten fastslog dock i det förevarande fallet att det ej var fråga om ett överklagande av förvaltningsrätts dom. Det var istället fråga om leverantör 1 haft rätt att ansöka om överprövning i första instans avseende ramavtalsupphandlingen, där de förvisso tilldelats kontraktet, men placerats på en andraplats i avropsordningen. Kammarrätten drar slutsatsen att det inte uppställs något krav på kontraritet i 16 kap LOU, dvs att beslutet skall ha gått den sökande emot i enlighet med förvaltningsprocesslagens huvudregel. Endast det faktum att *risk* för skada uppkommit är tillräckligt för att rekvisitetet i 16 kap 1 § LOU skall anses uppfyllt. Kammarrätten framhöll även att syftet är att fel i en upphandling skall kunna angripas så tidigt som möjligt under upphandlingen och att kretsen av taleberättigade i rättspraxis bedömts som vid.

Vidare ansåg kammarrätten att den ifrågavarande avropsbestämmelsen medförde att leverantörernas placering i avropsordningen var av väsentlig betydelse. Trots att leverantör 1 tilldelats kontraktet fanns risk för att dennes kontraktsvärde skulle bli sämre då denne skulle gå miste om vissa avrop. Eftersom leverantör 1 hamnat på andra plats riskerar denne att lida ekonomisk skada och skulle därmed erkännas rätt att få sin

¹¹⁹ Se RÅ 2002 ref 5 samt RÅ 2007 not 131.

ansökan prövad. Leverantör 1 skall inte hamna i ett sämre läge avseende talerätt än om deras anbud överhuvudtaget ej antagits.¹²⁰

Leverantör 1 har således tillerkänts talerätt av kammarrätten. Det har inträffat en sk efterföljande omständighet (den nya fastställda avropsordningen) och kammarrätten har menat att detta beslut gått leverantör 1 emot.

Att denna överprövning görs efter en ny anbudsutvärdering, och att det således blir ett överprövningsmål 2, torde sakna relevans. Även den som hamnar på plats 2 i den första utvärderingen bör ha möjlighet att begära avropsbeslutet överprövat. Någon liknande situation i de fall då enbart en leverantör tilldelats ett kontrakt förefaller svår att finna.¹²¹

Det är placeringen i avropsordningen som fastställer möjligheterna för att framöver få avrop. En leverantör som anser sig ha lidit eller haft risk att lida skada till följd av rangordningen torde således ha talerätt.¹²² Den leverantör som hamnar på första plats i rangordningen skall i första hand även få ett avrop. Falk menar att det i ett sådant fall måste vara möjligt att ansöka om överprövning för de leverantörer som trots allt erhållit ramavtalet men rangordningen har gått dem emot.

I kammarrättens avgörande menar rätten att kravet på kontraritet, vilket gäller enligt förvaltningsprocesslagen, inte är tillämpligt avseende överprövning enligt LOU. Det krävs således enbart att den leverantör som vill begära en upphandling överprövat riskerar att lida skada vilket också överensstämmer med rättsmedelsdirektiven och ordalydelsen av 16 kap 1 § LOU.

3.5.3 Diskussion av situation III

Frågan uppkommer vilka slutsatser som kan dras i och med Kammarrätten i Stockholms avgörande och vilka konsekvenser det kan få för avgöranden inom offentlig upphandling i övrigt. Skall kravet på kontraritet åsidosättas enbart vid överprövning av

¹²⁰ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3628-09.

¹²¹ Lindström & Svensäter s 21.

¹²² Falk s 454 f.

ramavtal med flera antagna leverantörer? Eller kan avgörandet tillämpas även på situationerna vi nämnt ovan, då det ej rör sig om en ramavtalsupphandling och enbart en leverantör tilldelats ett upphandlingskontrakt?

Kammarrätten menar att den leverantör som begär överprövning skall ha lidit eller riskera att lida skada, inte att beslutet måste ha gått leverantören emot i enlighet med kontraritetetskravet. Frågan uppkommer vad för skada som leverantören måste ha lidit eller riskerat att lida. I det ifrågavarande kammarrättsavgörandet flyttades leverantör 1 ned i avropsordningen och riskerade därmed att få färre avrop, skada, och torde därmed vara berättigad att utnyttja LOU:s rättsmedel, här i form av överprövning.

Frågan i målet var dock enligt kammarrätten inte om ett överklagande av länsrättens dom, utan om bolaget hade ägt rätt att hos första instans ansöka om överprövning av en ramavtalsupphandling där bolaget tilldelats kontrakt, men blivit placerad på andra plats i rangordningen efter den vinnande leverantören.

Att leverantör 1 skall få begära beslutet överprövat anser även vi men de slutsatser kammarrätten drar förefaller även vara av mer generell karaktär, särskilt vad avser avsaknaden på kontraritetetskrav i LOU. Det faktum att ett beslut inte behöver ha gått leverantör 1 emot utan att det är tillräckligt att denne riskerar att lida skada kan enligt vår mening appliceras på samtliga situationer ovan.¹²³

3.6 Avslutande diskussion

Rättpraxis avseende talerätt för leverantör 1 inte är enhetlig och det kan därmed inte anses utrett vilka rättigheter leverantör 1 har. Klart och tydligt kan utläsas ur rättsmedelsdirektivet att *var och en* skall tillerkännas talerätt som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett särskilt upphandlingskontrakt och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en upphandlande myndighets överträdelse av upphandlingsreglerna.¹²⁴ Det föreskrivs inte någon form av inskränkning avseende en leverantör som ursprungligen vunnit en upphandling och i de fall nationell lagstiftning i

¹²³ Se vidare diskussion under 4.1.

¹²⁴ Art 1.3 i 89/665/EEG.

realiteten innebär en sådan inskränkning gentemot leverantör 1 torde det stå klart att dennes unionsrättsliga rättigheter träds för när.

Vi menar att det faktum att samtliga leverantörer faktiskt inte ges lika möjligheter till överprövning strider mot likabehandlingsprincipen och att det inte är givet att leverantör 1 inte har rätt till effektiva rättsmedel. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer skall behandlas lika utan ovidkommande hänsyn och ges lika förutsättningar. Det är en av de grundläggande unionsrättsliga principerna och får i inget skede av en upphandlingsprocess trädas för när.

4 ANALYS

Alla leverantörer skall ha rätt att begära en upphandling överprövad. Som det ser ut idag verkar alla ha det, utom just den leverantör som först vunnit upphandlingen, den leverantör som vi valt att kalla leverantör 1. Enligt vår mening beror detta på antingen att svenska domstolar tolkar relevant lagstiftning felaktigt alternativt att direktiven ifrån EU inte på ett tillfredställande sätt har implementerats.

4.1 Nationell lagstiftning tolkas felaktigt

Vid en närmre studie av ordalydelsen i 22 § FL samt 33 § FPL uppkommer en fråga. Kan det möjligen vara på så vis att leverantör 1 faktiskt borde tillerkännas talerätt vid en bokstavstolkning av 33 § FPL?

Enligt 22 § FL får ett beslut överklagas av den som beslutet angår om det gått honom emot. En leverantör som tilldelats ett upphandlingskontrakt kan således ej överklaga att denne själv fått kontraktet.

Enligt 33 § FPL får ett *beslut* fattat av *förvaltningsdomstol* överklagas. Förutsättningen för att få göra detta är att beslutet som är fattat går någon emot och att det angår denne. Om förvaltningsdomstolen exempelvis beslutar att en upphandling skall rättas på så vis att anbudsutvärderingen skall göras om, är detta enligt vår mening, för det fall beslutet innebär att leverantör 1 förlorar kontraktet, ett av förvaltningsdomstolen fattat beslut som går leverantör 1 emot och att det angår honom. Detta menar vi borde bedömas från instans till instans. Baserat på en bokstavstolkning av 22 § FL och 33 § FPL kan vi inte dra någon annan slutsats än att leverantör 1 ej borde ha avvisats p g a bristande talerätt utan faktiskt tillerkänts rätt att föra talan i högre instans.

En betydelsefull aspekt är att FPL är att betrakta som en baslag och att den därför inte skall tillämpas om frågan regleras ytterligare i någon speciallag.¹²⁵ Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör begära upphandlingen överprövad om han riskerar att lida skada, det krävs alltså ej kontraritet enligt LOU, d v s att beslutet gått honom emot såsom krävs i

¹²⁵ Se Karnovkommentar till 2 § FPL.

FPL. Detta skiljer LOU från FPL varför LOU är att anse som speciallagstiftning. Behöver inte beslutet ha gått leverantör 1 emot enligt LOU torde denne ha talerätt i förvaltningsdomstol även i första instans där leverantör 2 begärt upphandlingen överprövad. Således kan anses att nationell lagstiftning tolkas oriktigt även avseende kopplingen mellan LOU och FPL.

4.2 Nationell lagstiftning är otillräcklig

Om vår tolkning ovan är felaktig kvarstår emellertid problemet att leverantör 1 inte tillerkänns talerätt. Enligt direktiven skall samtliga leverantörer tillförsäkras ett effektivt skydd för sina rättigheter och Sverige skall se till att EU:s direktiv följs. Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens rättspraxis kräver att varje leverantör har en reell möjlighet att överpröva ett upphandlingsbeslut. EU-domstolen har vid flera tillfällen konstaterat att det inte är tillåtet att nationell rätt gör det omöjligt för den enskilde att få ett effektivt skydd för sina rättigheter enligt unionsrätten.¹²⁶ Det är tveksamt om Sverige uppfyller detta krav så länge leverantör 1:s rätt att intervensera alternativt själv överklaga domen i överprövningsmål 1 är osäker.

För det fall Sverige inte kan anses ha implementerat EU:s direktiv finns möjligheten att kommissionen, antingen till följd av egna undersökningar eller efter klagomål från en leverantör, inleder ett förfarande om fördragsbrottstalan gentemot Sverige. EU-domstolen kan då fastställa att Sverige inte uppfyllt sina åtaganden enligt direktiven och det åligger därefter Sverige att följa EU-domstolens avgörande och se till att kraven uppfylls. Underlåter Sverige att följa avgörandet kan Sverige förpliktigas att betala ett standardbelopp eller vite. Tilläggas bör att det ger dålig publicitet om det fastställs att Sverige inte uppfyller unionsrättens förpliktelser.

4.3 Ytterligare konsekvenser av talerättsproblematiken

4.3.1 Konkurrensen sätts ur spel

Förverkligandet av den inre marknaden inom EU och en effektiv konkurrens är det grundläggande syftet med offentlig upphandling. Ökad konkurrens, d v s fler leverantörer som vill delta i en upphandling, bidrar i sin tur till att förbättra de

¹²⁶ Jmf t ex EU-domstolens domar i mål C-213/89 samt C-432/05.

offentliga upphandlingarna, det blir en form av cirkelresonemang. För en väl fungerande konkurrens krävs att den offentliga upphandlingen är omgärdad av ett väl fungerande regelverk. Vetskapen att det finns ett fungerande system för att säkerställa reglernas efterlevnad ökar förtroendet för upphandlingssystemet och därigenom ökar även konkurrensen.

En leverantör som befunnit sig i någon av ovan behandlande situationer som leverantör 1 torde brista i sin tilltro till systemet då denne inte ens ges någon möjlighet att komma till tals. Systemet för offentlig upphandling är redan kritiserat i dagsläget och beskylls för att vara invecklat och byråkratiskt. För att få väl en fungerande konkurrens krävs effektiva, enkla och enhetliga spelregler och en garanti för att dessa efterlevs.

4.3.2 Transaktionskostnader

Ett av de tyngsta skälen till varför det offentliga är skyldiga att upphandla varor och tjänster som krävs i verksamheten är att de medel som skall bekosta inköpen är skatteintäkter, d v s offentliga medel. Av den anledningen finns en rad rättspolitiska och rättsekonomiska aspekter som bör beaktas. En överprövad upphandling innebär ytterligare kostnader för en upphandlande myndighet. Om en kommuns upphandling begärs överprövad och upphandlingen skall prövas i en rättsprocess bekostas även domstolen av skattebetalares pengar.

Kostnaderna för en överprövning utgörs av skattemedel som en upphandlande myndighet hade kunnat investera i nyttigheter för myndigheten och således allmänheten, hellre än en domstolsprocess. Vi kan nog alla enas om att det mest ekonomiskt fördelaktiga vore minimera antalet överprövningar. Det kan konstateras att om myndigheten genomfört varje upphandling rätt från början till slut hade färre upphandlingar begärts överprövade. Då detta inte är fullt realistiskt torde nästa steg vara att minska alternativt förkorta antalet överprövningar. Om leverantör 1 får talerätt i överprövningsmål 1 torde detta resultera i lägre överprövningskostnader för den upphandlande myndigheten. Om processen skall fortsätta att se ut som idag, då leverantör 1 kan överpröva upphandlingen i vad vi kallar överprövningsmål 2, blir det ytterligare en process och ytterligare en kostnad för skattebetalarna.

Utöver det faktum att det blir en större kostnad än nödvändigt för de upphandlande myndigheterna och skattebetalarna utnyttjas inte domstolarnas resurser på bästa sätt. Fler processer och osäkra rättslägen tar upp domstolarnas tid och resurser, resurser som hade kunnat spenderas bättre och förkortat handläggningstiderna i Sveriges domstolar. Inte minst ställer rättsmedelsdirektiven dessutom, som ovan nämnts, uttryckliga krav på effektiva och *skyndsamma* medel för prövning av upphandlingsförfaranden.

En domstolsprocess tar som bekant en del tid i anspråk och denna tid är en tid av ovisshet för potentiella leverantörer, en tid som upphandlande myndigheter står utan exempelvis varor, alternativt tvingas till direktupphandlingar. En ytterligare fråga, som saknar svar, är hur många mål om en specifik upphandling det skall kunna bli, potentiellt kan det också bli ett överprövningsmål 3 och 4.

4.3.3 Sekretess

Det finns en ännu aspekt att lägga till problematiken kring talerätt i mål om offentlig upphandling. När en upphandlande myndighet fattat ett beslut om tilldelning av kontrakt slutar den s k absoluta anbudssekretessen att gälla. Om upphandlingen då begärs överprövad finns en risk att för anbudsgivaren känsliga handlingar offentliggörs.

När en överprövningsprocess avslutats och domen vunnit laga kraft finns risk att domstolen eller den upphandlande myndigheten beslutar att den sekretess som skyddat anbuden och andra handlingar i upphandlingen inte skall gälla längre. Detta kan få till följd att prislistor och andra känsliga uppgifter blir offentliga. Om domstolen, eller den upphandlande myndigheten för den delen, lämnar ut anbuden och bedömer att ingen del skall vara sekretessbelagd finns det risker att både leverantörer och myndigheten kan ta skada av detta. Detta sätter i sin tur konkurrensen ur spel inför en eventuell framtida upphandling eller då upphandlingen görs om. Den upphandlande myndigheten kanske får in sämre anbud och leverantör 1 kanske inte längre har en möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Hade leverantör 1 tillerkänts talerätt i den första processen skulle inte domen vunnit laga kraft innan denne fått en chans att invända mot leverantör 2:s yrkanden.

Motstående intressen gör sig gällande i denna fråga, å ena sidan kan inte anbuden vara sekretessbelagda helt och fullt, då skulle kanske inte en leverantör få tillräckligt med information för att avgöra om denne vill begära upphandlingen överprövad, en grundläggande rättighet för alla leverantörer. Å andra sidan, om anbuds innehållet blir offentligt riskerar konkurrensen sättas ur spel, och effektiv konkurrens är just syftet till att vi har regler om offentlig upphandling.

4.4 Alternativa lösningar

För att leverantör 1 skall garanteras ett effektivt rättsskydd och för att Sverige därigenom även skall fullgöra sina unionsrättsliga förpliktelser ser vi några möjliga lösningar, utöver de alternativ vi redan presenterat ovan under 4.1 samt 4.2, vilka vi kommer att redogöra för nedan.

4.4.1 Lagstadgad interventionsrätt för leverantör 1

Problemet med leverantör 1:s brist på effektiva rättsmedel skulle eventuellt kunna lösas genom att ge denne en lagstadgad interventionsrätt. Syftet med ordinär intervention är att eliminera de risker som en doms bevisverkan medför.¹²⁷ Eftersom vi inte funnit något som tyder på att en dom i ett mål om offentlig upphandling har någon form av bevisverkan saknar denna form av intervention intresse för denna uppsats. För att ha rätt att självständigt intervensera måste du träffa av rättskraften i den dom som kommer att falla i målet. Att denne blir bunden av målet är således att "saken rör hans rätt". Detta kan inte bli fallet i en överprövning av en offentlig upphandling då ingen rättskraft träffar leverantör 1.

Då varken ordinär eller självständig intervention kan vara för handen för leverantör 1 enligt nu gällande regler menar vi att en interventionsrätt skulle kunna införas i LOU. Därigenom skulle leverantör 1 kunna ange sina skäl till varför denne rätteligen tilldelats kontrakt i upphandlingen, alternativt tilldelats plats nummer ett i avropsordningen i ett ramavtal.

¹²⁷ Ekelöf s 200 ff.

4.4.2 Tillerkänn leverantör 1 ett av rättsordningen erkänt intresse

Ytterligare en möjlighet att tillförsäkra leverantör 1 ett effektivt rättsskydd är att denne tillerkänns ett sådant av rättsordningen erkänt intresse som gör att han ändå har rätt att delta i överprövningsmål 1.

Vi anser att för att enkelt lösa problemet med att leverantör 1 inte har talerätt i mål 1 kan Regeringsrätten ge prövningstillstånd i ett mål där leverantör önskar talerätt och tillerkänna denne ett intresse enligt rättsordningen, och på så vis skapa ny rättspraxis. Vi är inte eniga med Regeringsrätten i deras uttalande att leverantör 1 inte skulle ha ett av rättsordningen erkänt intresse. De anser att ingenting i LOU eller i bakomliggande direktiv innefattar ett erkännande av ett av rättsordningen erkänt intresse. Vi menar att stadgandet att *var och en* skall ha rätt att föra talan också innefattar leverantör 1 och att detta därmed skulle vara ett av rättsordningen erkänt intresse om 33 § FPL tillsammans med 16 kap 2 § LOU inte medger talerätt för leverantör 1. Talerätten skall också uttalat vara vid och det finns inget i direktiven som hindrar svenska förvaltningsdomstolar att utöka kretsen av taleberättigade. I mål nr 2227-06 från Kammarrätten i Sundsvall¹²⁸ har också domstolen menat att leverantör 1 har ett av rättsordningen erkänt intresse då det står klart att leverantören kommer att uteslutas i en ny anbudsutvärdering. Kammarrätten har således funnit att leverantör 1 kan ha ett av rättsordningen erkänt intresse och vi menar att detta intresse torde finnas även i de fall då konsekvenserna av en ny anbudsutvärdering alternativt en omgjord upphandling inte helt kan överblickas av domstolen.

4.4.3 Ge Konkurrensverket samt branschorganisationer talerätt

Ytterligare en möjlighet för att tillgodose leverantörers rätt till effektiva rättsmedel har behandlats i det aktuella lagstiftningsarbetet i form av talerätt för tillsynsmyndigheten och vissa branschorganisationer i överprövningsmål. Många anser att en sådan talerätt skulle kunna hjälpa leverantörer att tillvarata sin rätt.¹²⁹

Frågan är om en talerätt för Konkurrensverket alternativt vissa branschorganisationer skulle kunna stärka leverantör 1:s rätt till effektiva rättsmedel. Det är då inte svartlistningsproblematiken leverantör 1 måste handskas med och inte heller

¹²⁸ Se referat i avsnitt 3.2.1.1.

¹²⁹ Prop 2009/10:180 s 175 f.

obalansen mellan upphandlande myndighet och leverantör. Det är ju leverantör 1 som den upphandlande myndigheten ursprungligen önskat ingå avtal med. En talerätt för Konkurrensverket skulle då bara bli en omständlig talerättskonstruktion istället för att tillerkänna leverantör 1 talerätt. Det skulle förvisso vara bättre än ingen möjlighet alls att tillvarata leverantör 1:s rättigheter men det torde bli svårt att leva upp till i praktiken, särskilt som att den talerätt som diskuterats för Konkurrensverket eventuellt enbart skulle gälla för principiellt viktiga frågor.

4.5 Ytterligare anmärkningar

Det kan argumenteras för att leverantör 1:s talan förs av den upphandlande myndigheten. Leverantör 1 valdes ut som vinnande anbudsgivare av den upphandlande myndigheten och när leverantör 2 begär tilldelningsbeslutet överprövat är det den upphandlande myndigheten som är motpart och får stå till svars för sitt val av leverantör 1. Inte sällan överklagar de också domslutet om det gått myndigheten emot. Vi menar dock att detta inte är tillräckligt, även leverantör 1 måste få rätt att föra talan mot leverantör 2 och göra sin röst hörd. Det är inte givet att den upphandlande myndigheten och leverantör 1 har samma uppfattning om varför leverantör 1 skall få upphandlingskontraktet och leverantör kan ha andra yrkanden och invändningar. Vi menar därför att det är av vikt att leverantör 1 har talerätt i överprövningsmål 1 och att inte lämna det åt den upphandlande myndigheten att "föra leverantör 1:s talan".

5 Slutsatser

Offentlig upphandling är ett komplext rättsområde med en betydande roll för både svensk och europeisk ekonomi. Eftersom det är skattemedel som finansierar det offentligas inköp har upphandlingen även en stor samhällelig påverkan. I och med att skattemedlen utnyttjas på mest effektiva sätt gynnas ekonomin och en väl fungerande offentlig upphandling har betydelse för såväl skattebetalarna som för leverantörer och upphandlande myndigheter. Ett ineffektivt system för offentlig upphandling skulle minska antalet deltagande leverantörer, vilket skulle leda till en försämrad konkurrens. Offentlig upphandling är också ett område i ständig förändring och systemet för effektiva rättsmedel har just setts över. En omständighet har dock lämnats utan åtgärd, en omständighet vi anser inte kan förbises.

Med den här uppsatsen har vi ämnat utreda en vinnande leverantörs möjlighet att få en upphandling överprövad samt huruvida resultatet av utredningen är förenligt med kravet på effektiva rättsmedel. Slutsatsen vi har kommit till är att det idag inte kan anses att alla leverantörer tillförsäkras effektiva rättsmedel på så vis de rätteligen borde enligt unionsrätten. Det finns varken uttrycklig reglering eller enhetlig rättspraxis och leverantör 1 har hamnat utanför sitt rättmätiga skydd. Detta förhållande måste anses strida mot rättsmedelsdirektiven samt de grundläggande unionsrättsliga principerna.

Vi menar att kravet avseende att var och en som har eller har haft ett intresse av att erhålla ett särskilt upphandlingskontrakt och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en upphandlande myndighets överträdelse av upphandlingsreglerna skall tillerkännas talerätt inte kan anses uppfyllt. Sverige kan därför inte anses ha implementerat rättsmedelsdirektivens krav på effektivt rättsskydd. Förvisso upprepar LOU vad som sägs i direktiven om att ha lidit eller riskera att lida skada men gällande rätt kan i dagsläget inte sägas spegla leverantör 1:s rättigheter på det vis som direktiven föreskriver. Faktum kvarstår att alla som lidit eller riskerat att lida skada inte har rätt att få en upphandling överprövad. Vi menar att övrig nationell lagstiftning och tolkningen av densamma, i det här fallet 33 § FPL, inskränker denna rättighet.

Normalt gäller vid överklagande av förvaltningsbeslut att den som tilldelats ett kontrakt ej är taleberättigad eftersom beslutet inte kan anses ha gått leverantören emot, d v s bristande kontraritet. Den omständigheten att 33 § FPL tillåts inskränka leverantör 1:s möjlighet till överprövning är enligt oss, och även ett nyligen avgjort kammarrättsavgörande, felaktigt. FPL är att betrakta som en baslag och skall inte tillämpas om frågan regleras i någon speciallag. Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör begära upphandlingen överprövad om han lidit eller riskerar att lida skada, det krävs alltså ej kontraritet enligt LOU, *risken* att lida skada är tillräcklig. För det fall kontraritet trots allt krävs även då LOU skall tillämpas uppstår frågan om förvaltningsdomstols beslut kan medföra skada för leverantör 1. Om förvaltningsdomstolen t ex beslutar att en upphandling skall rättas på så vis att anbudsutvärderingen skall göras om utan leverantör 1:s anbud, är detta enligt oss ett av förvaltningsdomstolen fattat beslut som går leverantör 1 emot och definitivt angår honom. Förvaltningsdomstols beslut att utesluta leverantör 1 från en anbudsutvärdering måste anses medföra skada för leverantör 1. Vi menar att leverantör 1 kan lida skada till följd av förvaltningsdomstols beslut och att detta skall bedömas från instans till instans.

En leverantör som tilldelats ett kontrakt har enligt rättspraxis inte talerätt i ett mål där det beslutats att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse av upphandlingen skett. Förhållandet att leverantör måste vänta på ett nytt tilldelningsbeslut och inleda ett nytt mål innebär att leverantör 1 saknar ett effektivt skydd för sina rättigheter i denna situation. Då domstolen istället förordnar att upphandlingen skall göras om saknas avgöranden från Regeringsrätten och underrättspraxis spretar varför leverantör 1:s möjligheter till överprövning är oklart. Det kan inte anses vare sig rättssäkert eller transparent för leverantör 1 att det skall bero på vilken kammarrätt dennes mål hamnar i för huruvida talerätt skall tillerkännas eller ej.

Vår förhoppning är att även leverantör 1 i framtiden kommer att kunna tillförsäkras ett effektivt skydd för sina rättigheter. För det fall leverantör 1 kan tillerkännas talerätt i överprövningsmål 1 avgörs saken slutgiltigt under samma process vilket torde vara att föredra både ur ett processekonomiskt perspektiv liksom för att garantera leverantör 1 effektiva rättsmedel.

6 Källförteckning

6.1 Lagstiftning

6.1.1 Nationell rätt

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Rättegångsbalk (1942:740)

Tryckfrihetsförordningen (1949:105)

Förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Förvaltningslagen (1986:223)

Lag (1990:409) om företagshemligheter

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)

6.1.2 Unionsrätt

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

Rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

6.2 Offentligt tryck

6.2.1 Propositioner

Proposition 2001/2002:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m m

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

Proposition 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*

Proposition 1970:30 s 399, *Med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m m*

6.2.2 Betänkanden

DS 2009:30 *Nya rättsmedel m m på upphandlingsområdet*

6.3 Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e uppl, Juristförlaget I Lund, Lund 2007

Agell, Anders, *Civilrätt*, 19:e uppl, Liber ekonomi, Falköping 2005

Falk, Nils-Erik, *Lag om offentlig upphandling - En kommentar*, Jure Förlag AB, Stockholm 2009

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2009

Melin, Stefan, *Juridikens begrepp*, 2:a uppl, Iustus Förlag, Uppsala 2003

Molander, Per, *Regelverk och praxis i offentlig upphandling*, Rapport till expertgruppen för studier i offentlig ekonomi 2009:2, Edita Sverige AB, Stockholm 2009

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure Förlag AB, Stockholm 2008

Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessens grunder*, 8:e uppl, Jure Förlag AB, Stockholm, 2008

Ramberg, Christina & Ramberg, Jan, *Allmän avtalsrätt*, 7:e uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006

Warnling-Nerep, Wiweka, *En orientering i tryckfrihet och yttrandefrihet*, 3:e uppl, Jure Förlag AB, Stockholm 2005

Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen m.m. En kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2001

6.4 Tidskriftsartiklar

Rosén Andersson, Helena, *Har den leverantör som tilldelats ett upphandlingskontrakt ett effektivt skydd för sina rättigheter?* Offentliga Affärer 1 2009 s 48-49

Hentze, Margareta, *Talerätt i överprövningsmål*, Nyhetsbrev från Nämnden för offentlig upphandling oktober 2006 s 10-11

Hentze, Margareta, *Effekter av lagen om offentlig upphandling*, NOU januari 1998

Lindström, Anders & Svensäter, Emelie, *Leverantör kan begära överprövning trots att han tilldelats kontrakt*, Anbudsjournalen nr 1 2001 s 20-21

6.5 Referenslitteratur

Bovis, H. Christopher, *EU Public procurement law*, Edward Elgar, Bodmin 2007

Nordh, Roberth, *Praktisk process V Rättegångshinder forum, talerätt, åtalsrätt m m*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2008

Nordh, Robert, *Spridda tankar reflektioner kring talerätt, rättskraft, bevisfrågor m m*, Iustus förlag, Uppsala 2008

6.6 Elektroniska källor

Hemsidan "sammanfattning av EU-lagstiftning" www.europa.eu/legislation_summaries
http://europa.eu/legislation_summaries/energy/internal_energy_market/l22010_sv.htm, 2010-05-09

6.7 Rättspraxis

6.7.1 Högsta Domstolen

NJA 1987 s 845

NJA 1998 s 873

NJA 2007 s 349

NJA 2000 s 712

6.7.2 Regeringsrätten

RÅ 2002 ref 5

RÅ 2003 ref 18

RÅ 2005 ref 10

RÅ 2005 ref 17

RÅ 2005 ref 47

RÅ 2007 not 131

RÅ 2009 ref 69

6.7.3 Underrättspraxis

Kammarrättens i Stockholm, mål nr 3784-05

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2227-06

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3845-06

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3489-06

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3491-06

Kammarrättens i Jönköping, mål nr 3831-07

Länsrätten i Dalarnas län, mål nr 1958-08

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 9607-08

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1813-09

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3628-09

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 19:10

6.7.4 EU-domstolen

Mål C-26/62 (Van Gend en Loos)

Mål 6/64 (Costa v ENEL)

Mål C-222/86 (Unectef mot Heylens m fl)

Mål C-31/87 (Beentjes)

Mål C-213/89 (Factortame m fl)

Mål C-76/97 (Tögel)

Mål C-324/98 (Telaustria Verlags och Telefonadress mot Telekom Austria)

Mål C-50/00 (Unión de Pequeños Agricultores)

Mål C-315/01 (GAT mot ÖSAG)

Mål C-230/02 (Grossmann Air Service)

Mål C-26/03 (Stadt Halle mot TREA Leuna)

Mål C-432/05 (Unibet)

Mål C-81/08 (Miguel Cabrera Sánchez)

Övrigt

Karnovkommentaren till 2 § FPL

Karnovkommentaren till 14 kap 11 § RB

Karnovkommentaren till 16 kap 1-2 §§ LOU