

Juridiska institutionen

Examensarbete höstterminen 2011

30 högskolepoäng

# Tilldelningsbeslut i offentlig upphandling

Om beslutsmotivering och underrättelse om tilldelning

Sara Hanberger

Handledare: Erik Sandin

Examinator: Filip Bladini



**GÖTEBORGS UNIVERSITET**  
**HANDELSHÖGSKOLAN**

## Innehållsförteckning

Sammanfattning.....	3
1. Inledande kapitel .....	4
1.1 Inledning/Bakgrund.....	4
1.2 Syfte.....	5
1.3 Metod.....	6
1.4 Avgränsning .....	8
1.5 Terminologi .....	9
2. Upphandlingslagstiftningen ur ett historiskt perspektiv.....	11
2.1 Bakgrund generellt .....	11
2.2 Avslutande av upphandling samt överprövning enligt ÄLOU.....	12
2.3 Alcatel-målet .....	13
2.4 Ändringar i den svenska lagstiftningen till följd av Alcatel-målet.....	15
2.4.1 Upplysningar om varför ansökan eller anbud förkastats.....	15
2.4.2 Upplysningar om beslutet om tilldelning samt skälen för detta .....	15
2.4.3 Förutsättningar för att avsluta en upphandling .....	16
3. Tilldelningsbeslutet .....	17
3.1 Tilldelningsbeslutet allmänt .....	17
3.2 Underrättelse om tilldelningsbeslut.....	19
3.2.1 Krav gällande motivering av tilldelningsbeslutet.....	20
3.2.2 Kommunikering av tilldelningsbeslutet.....	22
3.3 Följder av tilldelningsbeslut .....	24
3.3.1 Avtalsspärr.....	24
3.3.1.1 Avtalsspärrens innebörd .....	24
3.3.1.2 Undantag från avtalsspärr.....	26
3.3.1.3 Andra typer av avtalsspärr och interimistiskt beslut .....	27
3.3.1.4 Följder när avtal ingås i strid med avtalsspärren .....	28

3.3.2	Upphandlingssekretessen kopplad till tilldelningsbeslut.....	28
4	Underrättspraxis .....	29
4.1	Omprövning av tilldelningsbeslut samt fattande av nytt tilldelningsbeslut .....	30
4.2	Brister i innehållet av underrättelsen av tilldelningsbeslut.....	31
4.3	Interimistiskt beslut .....	32
4.4	Övriga iakttagelser.....	33
5	Allmänna krav på förvaltningsbeslut.....	33
5.1	Allmän förvaltningsrätt, EU och offentlig upphandling.....	33
5.2	Myndighetsutövning och offentlig upphandling .....	36
5.3	Motivering av beslut.....	39
5.3.1	Motiveringsskyldigheten enligt FL .....	39
5.3.2	Motiveringsskyldigheten enligt PBL.....	41
5.4	Underrättelse av beslut .....	43
5.4.1	Underrättelseskyldighet enligt FL .....	43
5.4.2	Underrättelseskyldighet enligt PBL .....	44
6	Diskussion .....	44
6.1	Sedvanlig gällande rätt .....	44
6.2	Tillämpningen i praktiken .....	46
6.3	Beslutsmotivering och underrättelse av beslut enligt FL .....	50
7.1	Offentligt tryck .....	54
7.1.1	Förarbeten.....	54
7.1.2	Annat riksdagstryck.....	54
7.1.3	Övrigt.....	54
7.2	Praxis .....	54
7.3	Litteratur .....	55
7.4	Artiklar .....	56
7.5	Internetkällor .....	56

## Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att klargöra vilka krav som bör ställas på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning. Syftet är vidare att undersöka vilka krav som idag faktiskt ställs på både tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning. Sett i ett större perspektiv är målsättningen och förhoppningen med arbetet att ett klargörande av vilka krav som ställs på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning i någon mån kan bidra till att undvika överprövningar grundade på otydlighet i eller okunskap om de krav som ställs.

Det saknas en regel som behandlar hur ett tilldelningsbeslut ska fattas och vad det specifikt ska innehålla. Underrättelsen om tilldelning regleras genom 9 kap. 9 § LOU som stadgar att upphandlande myndighet är skyldig att ge leverantörer upplysningar om beslutet om tilldelning samt skälen för detsamma, samt att information om den s.k. avtalsspärren ska ges. Avtalsspärrens längd har bestämts efter en avvägning mellan rättssäkerhet och effektivitet, två intressen som kan sägas stå mot varandra också i förhållande till tilldelningsbeslutet.

Regeringen menar att det ligger i upphandlande myndighets intresse att redovisa tydliga skäl för sitt beslut varför ingen mer specifik reglering av vilka krav som ställs på innehållet i underrättelsen behövs. I linje med detta resonemang saknas detaljreglering i lag eller förarbeten. Det som går att utläsa är att om tilldelningsbeslut respektive underrättelse lever upp till ställda krav ska bedömas i ljuset av syftet med kraven, dvs. de leverantörer som deltagit i en upphandling ska kunna utläsa om deras ansökningar respektive anbud har blivit rätt bedömda.

Av underrättspraxis framgår något om hur domstolarna har sett på vilka krav som ska ställas. De fall som finns rörande beslutsmotivering tyder på att tydliga brister i motiveringen, såsom att avtalsspärren inte anges, inte godtas. Däremot ger fallen nästan ingen ledning i hur rätten resonerar i bedömningen av i vilken utsträckning en motivering uppfyller kraven på beslutsmotivering. En studie av bestämmelserna om motiverings- och underrättelseskyldighet i allmän förvaltningsrätt, med fokus på mål som rör lov enligt PBL, visar hur bestämmelserna tillämpats i andra delar av förvaltningsrätten.

Slutsatsen är att en tydligare reglering av kraven på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning vore önskvärd samt att det bör gå att ta intryck av hur bestämmelserna i FL har tillämpats på ärenden om lov enligt PBL eftersom ärendena och bestämmelserna är snarlika.

# 1. Inledande kapitel

## 1.1 Inledning/Bakgrund

Offentlig upphandling är ett rättsområde vars aktualitet har ökat alltsedan Sveriges inträde i den Europeiska Unionen (EU) år 1994. Den svenska upphandlingslagstiftningen tar sin utgångspunkt i EU-rätten, men har också utformats av den svenska lagstiftarens vilja. Upphandlingsreglerna är besläktade med bestämmelser om konkurrensrätt, otillåtet statsstöd och annan lagstiftning som rör marknadens funktion.<sup>1</sup> Regelverket om offentlig upphandling har inslag av både civilrätt och offentligrätt och kan sägas befinna sig i gränslandet däremellan. Det berör frågor kring hur den offentliga sektorn ska och får agera vid genomförandet av kommersiella transaktioner.

En målsättning med det samarbetet inom EU är upprättandet av en marknad utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs.<sup>2</sup> Detta grundar sig på teorin att en större marknad ger ökad konkurrens och att sund konkurrens leder till ökad tillgång till produkter av högre kvalitet till förmånligare priser.<sup>3</sup> På nationell nivå utgör upphandlingsreglerna ett verktyg för att den fria konkurrensens fördelar ska komma det offentliga till del och reglerna ska leda till mer effektiv användning av de resurser som finns att tillgå. Grunden är att upphandlingen ska genomföras affärsmässigt och med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska också behandlas utan ovidkommande hänsyn. Genom att allt som köps in till offentliga verksamheter ska upphandlas i enlighet med upphandlingslagarna ska samhället spara skattepengar samt motverka att skattepengar används på ett otillbörligt sätt.

Upphandlingsprocessen avslutas, något förenklat, genom att ett avtal ingås mellan upphandlande myndighet och vinnande anbudsgivare. Ett beslut har dessförinnan fattats om att tilldela denna anbudsgivare upphandlingskontraktet. Tilldelningsbeslutet är en förutsättning för att en offentlig upphandling ska kunna fullföljas. Beslutet har ett flertal rättsföljder och runt om tilldelningsbeslutet finns ett antal frågor som bör besvaras. Det finns ett behov av att utreda vilka krav som ställs på tilldelningsbeslutet och varför kraven ser ut som de gör. I praktiken sänder

---

<sup>1</sup> Pedersen 2011, s. 22

<sup>2</sup> Se art. 3 Fördraget om Europeiska Unionen (FEU) och art. 26 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF)

<sup>3</sup> Pedersen 2011, s. 30 f och 34

upphandlande myndigheter i vissa fall ut underrättelser om tilldelning som inte uppfyller de krav som ställs, något som borde kunna undvikas om det bara fanns tydliga riktlinjer på hur ett tilldelningsbeslut ska se ut eller vilken information en underrättelse om tilldelning ska innehålla.<sup>4</sup>

Upphandlingsreglerna uppfattas inte sällan som omständiga och byråkratiska av personer i de många förvaltningar och myndigheter som har att tillämpa dem. Vilka orsaker som ligger bakom denna uppfattning är en fråga som är alltför omfattande för att kunna utredas inom ramen för detta examensarbete. Det faktum att offentlig upphandling är ett område som präglas av många ansökningar om överprövning förbättrar säkerligen inte dess rykte. Att undvika onödiga överprövningar och utdragna domstolsprocesser är högst önskvärt och kan förhoppningsvis leda till ökad legitimitet för upphandlingsreglerna. I det följande vill jag utreda vilka krav som ställs på tilldelningsbeslutet, med en önskan om att överprövningar till följd av bristfälliga tilldelningsbeslut ska minska.

## 1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att i den mån det är möjligt klargöra vilka krav som bör ställas på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning. Syftet är vidare att undersöka vilka krav som idag faktiskt ställs på både tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning. Sett i ett större perspektiv är målsättningen och förhoppningen med arbetet att ett klargörande av vilka krav som ställs på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning i någon mån kan bidra till att undvika överprövningar grundade på otydlighet i eller okunskap om de krav som ställs.

För att nå syftet krävs inledningsvis en kartläggning av vad som kan anses vara gällande rätt i sedvanlig mening, det vill säga den rätt som i första hand lagstiftaren och prejudikatsinstanserna har avsett och som således bör tillämpas.<sup>5</sup> I bestämmelserna som behandlar tilldelningsbeslut finns ett antal rättsfakta som ska vara vid handen för att tilldelningsbeslutet ska få rättsföljder. Uppsatsen kommer att koncentreras kring två av dessa rättsfakta; det ena är innehållet i underrättelsen om tilldelning, med fokus på det krav som ställs på hur upphandlande myndighet ska motivera sitt tilldelningsbeslut genom att ange skälen för beslutet, det andra är kravet på att upphandlande myndighet ska underrätta leverantörer om beslutet. Lagstiftning, fö-

---

<sup>4</sup> I detta arbete avses med upphandlande myndighet även upphandlande enhet. Med begreppet leverantör avses även anbudssökande och anbudsgivare samt potentiella sådana. Se nedan avsnitt 1.5.

<sup>5</sup> Se Sandgren, SvJT 1995/96 s. 732 ang. sedvanlig gällande rätt och gällande rätt i faktisk mening.

rarbeten, praxis och doktrin kommer att studeras för att kunna bedöma vilka krav som enligt sedvanlig gällande rätt bör ställas på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning. Effekten av att ett tilldelningsbeslut samt en underrättelse om tilldelning uppfyller ställda krav är att ett flertal rättsföljder aktualiseras. Om det aktuella tilldelningsbeslutet och underrättelsen om tilldelning uppfyller ställda krav blir effekten att rättsföljden uppstår, brister beslutet eller underrättelsen kommer rättsföljden istället att utebli. I uppsatsen kommer avtalsspärren samt upphörandet av upphandlingssekretessen utgöra de två rättsföljder som studeras, i syfte att utreda vilka krav som ställs på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning.

Nästa steg sedan sedvanlig gällande rätt har undersökts blir att se vilka krav som ställs i praktiken. Eftersom det inte finns mycket vägledande praxis på området blir det nödvändigt att undersöka domar och beslut från första och andra instans. Syftet med denna undersökning är främst att se hur kraven kring tilldelningsbeslutet faktiskt har tillämpats, tanken är således inte att använda materialet som en vägledande rättskälla.

Efter att ha studerat sedvanlig gällande rätt och underrättspraxis kommer det tredje steget i arbetet att handla om att studera allmän förvaltningsrätt. Detta görs i syfte att se hur motsvarande bestämmelser om motiveringsskyldighet gällande beslut och underrättelse av beslut i andra delar av förvaltningsrätten har tillämpats. Syftet med studien är också att om möjligt ta intryck av hur tillämpningen skett och överföra detta till motsvarande krav i offentlig upphandling. Den avslutande diskussionen syftar till att sammanställa resultatet av arbetet och att belysa oklarheter som framkommit under processens gång.

De övergripande frågeställningarna är således:

1. Vilka krav ställs enligt sedvanlig gällande rätt på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning?
2. Hur har kraven på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning tillämpats i praktiken?
3. Har krav på beslutsmotivering och underrättelse av beslut inom den allmänna förvaltningsrätten tillämpats på ett sätt som är möjligt att ta intryck av också i tolkningen av motsvarande krav inom offentlig upphandling?

### **1.3 Metod**

Första delen av uppsatsen kommer, som ovan nämnts, att bestå av en kartläggning av rättsläget kring tilldelningsbeslut, främst med fokus på de krav som ställs på tilldelningsbeslut och

underrättelser om tilldelning. I kapitel 2 presenteras upphandlingslagstiftningen ur ett historiskt perspektiv, främst med fokus på utvecklingen vad gäller avslutande av upphandling samt överprövning. I kapitel 3 genomförs en utredning av vad som är sedvanlig gällande rätt med hjälp av rättskälleläran, med vilken jag åsyftar de auktoritativa rättskällorna lag, förarbeten och rättspraxis från högsta instans samt såsom supplerande rättskälla även doktrin.<sup>6</sup>

I nästa del av arbetet kommer rättsfall från kammarrätt och förvaltningsrätt att studeras. Enligt Sandgrens beskrivning av rättskällelära, juridisk metod och rättsvetenskaplig metod innefattar juridisk metod rättskälleläran, men den omfattar också praktiska sidor av det juridiska arbetet, såsom exempelvis att tillämpa en rättsregel på ett visst faktiskt förhållande och bevisvärdering.<sup>7</sup> Den argumentation som innefattas i juridisk metod utgår främst ifrån rättskällorna. Underrättspraxis kommer inte att användas som en vägledande rättskälla i det följande arbetet, se ovan avsnitt 1.2, och därför räcker rättskälleläran som metod inte till i denna del. Rättsvetenskaplig metod, enligt Sandgrens synsätt, är ett än vidare begrepp vilket utöver juridisk metod kan innefatta andra metoder för att analysera rätten. Här står argumentationen i centrum och argumenten kan utgöras av insikter från andra vetenskaper eller empiriska undersökningar. Studien av underrättspraxis kommer att genomföras med hjälp av rättsvetenskaplig metod.

I kapitel 4 kommer rättsvetenskaplig metod att användas. Materialet har framkommit genom doktrin såväl som genom sökningar i rättsfallsdatabaser såsom Karnov och Zeteo. I Karnov finns utvalda kammarrättsdomar sedan år 1999 och samtliga sedan april 2011, samt ett urval av förvaltningsrättsdomar sedan år 2008. Vidare har jag haft tillgång till Förvaltningsrätten i Linköpings domar och beslut.<sup>8</sup> Det kan tänkas att det finns rättsfall från andra förvaltningsrätter eller kammarrättsdomar som inte gjorts tillgängliga på internet. Mot bakgrund av hur förhållandevis få fall jag hittat i vilka rätten behandlar frågan om kravet på motivering av tilldelningsbeslut eller underrättelser av tilldelningsbeslut betvivlar jag dock att det finns så många fler fall att finna. Undersökningen av underrättspraxis gör inte anspråk på att vara en fulltäckande empirisk studie, det är inte heller syftet med den. Studien av underrättspraxis är tänkt att ge inblick i hur kraven på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning faktiskt har tillämpats i praktiken. Materialet ska inte ses som en rättskälla. Går det att finna argument och

---

<sup>6</sup> Sandgren 2006, s. 37

<sup>7</sup> A.a. s. 36 ff.

<sup>8</sup> Jag arbetade som notarie på Förvaltningsrätten i Linköping sommaren 2011 och hade därför möjlighet att söka bland deras rättsfall. En kollega därifrån har också skickat vissa domar och beslut till mig.



dra slutsatser utifrån rättsfallen är det önskvärt, men avsikten är inte att generalisera och övertolka materialet.<sup>9</sup>

Studien i kapitel 5 av hur bestämmelser om motiveringsskyldighet gällande beslut och under rättelse av beslut i andra delar av förvaltningsrätten har tolkats och tillämpats kommer också att utföras med rättsvetenskaplig metod. Materialet kommer, utöver rättskällorna, att utgöras av uttalanden och beslut från Justitieombudsmannen (JO). Diskussionen i kapitel 6 kommer att sammanställa resultatet av arbetet och belysa oklarheter som framkommit under processens gång. Ett resonemang kommer också föras om huruvida det är lämpligt att ta intryck av hur tillämpningen skett i allmän förvaltningsrätt och överföra detta till motsvarande krav i offentlig upphandling.

#### **1.4 Avgränsning**

Uppsatsen behandlar upphandling över tröskelvärdena enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Detta är en lämplig avgränsning eftersom en stor del av uppsatsen rör avtalsspärren och upphandlingar under tröskelvärdena är undantagna från reglerna rörande avtalsspärr.

Bestämmelserna i LOU och LUF överensstämmer i de flesta avseenden. Av utrymmesskäl samt för att undvika upprepningar kommer laghänvisningar vid genomgången av lagstiftningen i uppsatsen främst att röra LOU. Först i de fall bestämmelserna i LUF avviker kommer dessa att redogöras för separat.

EU-rätten kommer att behandlas övergripande under kapitel 2 för att ge ett sammanhang till den svenska upphandlingslagstiftningen. Vidare kommer relationen mellan svensk förvaltningsrätt och EU-rätt att behandlas under kapitel 5. Resterande delar av uppsatsen kommer att behandla svensk reglering, detta eftersom tilldelningsbeslutet främst är reglerat genom nationell lagstiftning.

Regelverket om offentlig upphandling kan, som ovan nämnts, sägas befinna sig i gränslandet mellan civilrätt och offentlig rätt. Jag kommer inom ramen för detta arbete inte att göra några jämförelser med civilrätten, utan de jämförelser som finns i arbete kommer att vara med of-

---

<sup>9</sup> A.a. s. 56 f

fentlighetsrätt. Detta faller sig naturligt eftersom kraven på beslutsmotivering och underrättelseskyldighet, som kommer att vara föremål för jämförelse, faller inom förvaltningsrätten.

Uppsatsen handlar om vilka krav som ställs på tilldelningsbeslut och underrättelser av tilldelning. Av utrymmesskäl kommer krav på beslut att göra om eller avbryta en upphandling enligt 9 kap. 9 § andra stycket LOU därmed inte att behandlas inom ramen för denna uppsats. Den avtalsspärr som upphandlande myndighet kan välja att frivilligt iaktta vid förhandssyn i enlighet 7 kap. 4 § LOU och 15 kap. 5a § LOU, eller vid förnyad konkurrensutsättning vid ramavtal i enlighet med 5 kap. 7 § LOU, kommer inte heller att behandlas i följande framställning. Detta eftersom frivillig avtalsspärr inte utgör en följd av ett tilldelningsbeslut eller av en underrättelse om tilldelning.

## 1.5 Terminologi

I följande framställning kommer begreppet offentlig upphandling att användas i den förenklade betydelse som anges i 2 kap. 13 § LOU, det vill säga i betydelsen att det avser åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Begreppets innebörd kan problematiseras betydligt mer, men det är inte nödvändigt inom ramen för detta arbete. Benämningen på de myndigheter och offentlighetsrättsliga organ som har att tillämpa LOU är upphandlande myndigheter.<sup>10</sup> Enligt 2 kap. 19 § LOU innefattar begreppet upphandlande myndigheter både statliga och kommunala myndigheter, men också beslutande församlingar i kommuner och landsting samt vissa offentligt styrda organ samt sammanslutningar av en eller flera utav dessa. De myndigheter och företag som har att tillämpa LUF benämns istället upphandlande enheter.<sup>11</sup> I följande framställning kommer begreppet upphandlande myndigheter att användas som ett samlingsnamn för upphandlande myndigheter och upphandlande enheter. Med begreppet enskilda menas individer, företag, organisationer och andra privaträttsliga subjekt. Upphandlande myndigheter kan, såsom allmänna organ, omfattas av termen enskilda i de fall de har uppträder i samma ställning som en privat fysisk eller juridisk person, t.ex. som fastighetsägare.

Det huvudsakliga objektet för uppsatsen kommer att vara tilldelningsbeslutet. Tilldelningsbeslut kan definieras som en upphandlande myndighets beslut om att tilldela ett kontrakt eller

---

<sup>10</sup> Prop. 2006/07:128 s. 145

<sup>11</sup> A.prop. s. 145

sluta ramavtal med en viss leverantör. En underrättelse om tilldelning, innehållande information om det beslut som fattats om att tilldela ett kontrakt eller sluta ett ramavtal och skälen för beslutet samt information om avtalsspärrens längd, ska enligt 9 kap. 9 § LOU skickas skriftligen till anbudssökande eller anbudsgivare. Anbudsgivare kallas enligt 2 kap. 1 § LOU den eller de leverantörer som lämnar anbud i en upphandling och anbudssökande är benämningen på den eller de leverantörer som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande, i en konkurrenspräglad dialog eller i ett urvalsförfarande. Begreppet leverantör definieras i 2 kap. 11 § LOU som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. I det följande arbetet kommer begreppet leverantör att användas som ett samlingsnamn på leverantörer, anbudsgivare och anbudssökande samt potentiella sådana.

Ett upphandlingsförfarande går, något förenklat, till enligt följande. Upphandlande myndighet annonserar om att de ska genomföra en upphandling av någonting. I ett förfrågningsunderlag beskriver upphandlande myndighet föremålet för upphandlingen, vilka krav de ställer på föremålet samt hur upphandlingen kommer att genomföras. Förfrågningsunderlaget definieras i 2 kap. 8 § LOU som det underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Leverantören lämnar sedan in sitt anbud till myndigheten, som genom kvalificeringsfasen och sedan en anbudsutvärdering bedömer vilket anbud som bör antas. Av anbudsutvärderingen följer ett tilldelningsbeslut. Efter att leverantörerna har underrättats om tilldelningsbeslutet följer en period under vilken leverantörer har möjlighet att enligt 16 kap. 1 § LOU ansöka om överprövning. Detta är en prövning i allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada i en upphandling till följd av överträdelse av upphandlingsreglerna eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Överprövning kan enligt 16 kap. 5 § LOU resultera i att en upphandling ska göras om eller rättas. Upphandlingsprocessen avslutas vanligtvis med att ett upphandlingskontrakt ingås mellan upphandlande myndighet och vinnande leverantör.

Det finns olika former av upphandlingsförfaranden. Huvudförfarandet är ett öppet förfarande. Selektivt förfarande, förenklat förfarande och förnyad konkurrensutsättning är andra. En direktupphandling är enligt 2 kap. 23 § LOU en upphandling utan krav på anbud i en viss form. I det fall en myndighet ingår avtal med en leverantör i strid med upphandlingsreglerna har den utfört en otillåten direktupphandling. Följderna av det kan bli att avtalet förklaras ogiltigt i enlighet med 16 kap. 13 § LOU samt skadestånd i enlighet med 16 kap. 20 § LOU. Vidare kan upphandlande myndighet få betala upphandlingsskadeavgift i enlighet med 17 kap. LOU.

Under upphandlingsförfarandet löper upphandlingssekretess, vilket innebär att anbud och information som lämnas till en upphandlande myndighet vid en upphandling omfattas av absolut sekretess enligt 19 kap. 3 § Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL). Sekretess enligt denna bestämmelse gäller till dess alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.<sup>12</sup>

## 2. Upphandlingslagstiftningen ur ett historiskt perspektiv

### 2.1 Bakgrund generellt

Dagens LOU trädde i kraft den 1 januari 2008. Lag (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) var den första upphandlingslagen. Tidigare utgjordes regleringen av en upphandlingsförordning (1986:366), vilken den 1 juli 1986 hade ersatt en upphandlingskungörelse (SFS 1973:600). Denna hade i sin tur ersatt 1952 års upphandlingskungörelse, genom vilken regler infördes i svensk rätt som i stort liknar nuvarande regelverk.<sup>13</sup> Upphandlingsförordningen utgjorde ett ramverk för hur upphandlingsverksamhet skulle bedrivas och kompletterande regler skulle utfärdas av dåvarande riksrevisionsverket.<sup>14</sup> ÄLOU trädde i kraft den 1 januari 1994 och utgjorde en följd av EES-avtalet. Genom medlemskapet av den Europeiska Unionen (EU) åtog sig Sverige att iaktta gemenskapens regelverk. EU:s reglering om upphandling återfinns i primärrätten genom FEUF, därutöver har den införts i sekundärrätten genom ett antal direktiv.<sup>15</sup> ÄLOU innebar en reglering av upphandlingar över vissa tröskelvärden<sup>16</sup> och grundades på tre EU-direktiv.<sup>17</sup> Lagen ändrades ett flertal gånger.<sup>18</sup>

På EU-nivå finns två EG-direktiv som reglerar rättsmedel vid offentlig upphandling, de s.k. rättsmedelsdirektiven. Rådets direktiv 89/665/EEG den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (hädanefter kallat det första rättsmedelsdirektivet) införlivades i ÄLOU

---

<sup>12</sup> Fler sekretessbestämmelser aktualiseras under en offentlig upphandling, se nedan avsnitt 3.3.2.

<sup>13</sup> Allego AB, Historisk återblick. (hämtad 2011-10-24 kl. 11.07). <http://www.allego.se/Content-WebPage/f09ac10f-3f41-409b-b1ff-b7a7a088b03a/historik.aspx>

<sup>14</sup> Prop. 1992/93:88 s. 34 f

<sup>15</sup> Falk 2009, s. 33

<sup>16</sup> Linder 1994, s. 23

<sup>17</sup> Rådets direktiv 92/50/EEG om upphandling av tjänster, rådets direktiv 93/36/EEG om upphandling av varor och rådets direktiv 93/37/EEG om upphandling av byggtreprenader

<sup>18</sup> Löfving och Setterlid 1998, s. 14 f

genom kapitel 7 och gäller fortfarande, med undantag för vissa ändringar.<sup>19</sup> Detta direktiv reglerar rättsmedel vid upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten inom den klassiska sektorn (motsvarande 2, 3 och 5 kap ÄLOU). Det andra är rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillägnade av företag eller verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (nedan kallat det andra rättsmedelsdirektivet). Detta reglerar rättsmedel vid upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom försörjningssektorerna (motsvarande 4 kap ÄLOU).

## **2.2 Avslutande av upphandling samt överprövning enligt ÄLOU**

Enligt den äldre lagstiftningen 1 kap. 11 § första stycket ÄLOU skulle en upphandlande myndighet inom 48 dagar från det att den avslutat en upphandling av varor, byggtreprenader eller s.k. A-tjänster sända en annons till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.<sup>20</sup> I annonsen skulle anges hur upphandlingen hade avslutats. Upphandlande enhet skulle även upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen och denna rapport skulle på begäran kunna lämnas till kommissionen. Av 2 kap. 7 a §, 3 kap 11 § respektive 5 kap 13 § ÄLOU framgick vidare att vid dessa upphandlingar var upphandlande myndighet skyldig att inom 15 dagar från det att begäran kommit in lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare som begärde det angående varför dennes anbud förkastats samt vem som fått upphandlingen. För upphandlingar inom försörjningssektorerna gällde andra regler. Enligt 4 kap. 15 § tredje stycket ÄLOU skulle upphandlande myndigheter som bedrev en viss verksamhet på en skriftlig begäran lämna upplysningar om upphandlingens resultat, skälen till varför anbudet hade förkastats, vem som fått upphandlingen och skälen till det. Denna informationsskyldighet gällde om myndigheten bedrev verksamhet som enligt 4 kap. 8 a § första stycket 1-3 ÄLOU syftade till att betjäna allmänheten. En tredje typ av upphandling som hade separata regler var upphandling enligt 6 kap. ÄLOU. Vid sådan upphandling utanför det direktivstyrda området var en upphandlande enhet i enlighet med 6 kap. 14 § ÄLOU skyldig att underrätta såväl den anbudsgivare som tilldelats kontrakt som andra anbudsgivare om utgången av upphandlingen. Bestämmelsen stadgade att den upphandlande myndigheten snarast möjligt när ett anbud hade antagits skulle underrätta anbudsgivaren, senast före utgången av den tid under vilken anbudet är bindande för anbudsgivaren. Anbudsgivare vars anbud inte

---

<sup>19</sup> Falk 2009, s. 24

<sup>20</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 25 ff.

hade antagits skulle underrättas snarast möjligt. Enligt 6 kap. 13 § ÄLOU skulle det hos den upphandlande myndigheten finnas dokumenterat de skäl på vilka ett anbud blivit antagit samt vad som i övrigt förekommit av betydelse för upphandlingsförfarandet.

Ordningen för överprövning var sådan att en leverantör som ansökte om överprövning kunde enligt 7 kap. 2 § andra stycket ÄLOU begära att länsrätten (nuvarande förvaltningsrätten) omedelbart skulle fatta ett s.k. interimistiskt beslut, att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats. Rätten fick låta bli att fatta ett sådant beslut om åtgärden skulle medföra större skada eller olägenhet än den skada regelbrottet hade medfört leverantören. Överprövning enligt 7 kap. 1 § andra stycket ÄLOU kunde endast ske fram till den tidpunkt då avtal om upphandling slöts. En upphandling avslutades genom att en upphandlande myndighet, sedan ett tilldelningsbeslut hade fattats, ingick ett upphandlingskontrakt med den leverantör som valts.

### **2.3 Alcatel-målet**

EU-domstolen (dåvarande EG-domstolen) uttalade sig angående tolkningen av det första rättsmedelsdirektivet i sitt förhandsavgörande från år 1999, det s.k. Alcatel-målet.<sup>21</sup> Domstolen konstaterar att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande i ärenden om offentlig upphandling som ger förlorande leverantör en möjlighet att få tilldelningsbeslutet prövat innan ett upphandlingskontrakt ingås. För flera medlemsstater innebar Alcatel-målet att de nationella reglerna var tvungna att anpassas för att uppfylla kraven.<sup>22</sup>

Vid den nationella domstolen i Österrike avsåg målet tilldelning av kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Enligt österrikisk rätt uppstår en avtalsrättslig relation mellan upphandlande myndighet och vinnande anbudsgivare vid den tidpunkt då anbudsgivaren får kännedom om att hans anbud har antagits.<sup>23</sup> I enlighet med den lagstiftning som gällde vid tidpunkten för domen fattades beslut om vilket anbud som skulle komma att antas internt inom organisationssystemet och detta beslut blev inte känt för tredje man. Följaktligen saknades laglig grund för leverantörer att få kännedom om beslutet varför överprövning vanligtvis inte kunde ske.

---

<sup>21</sup> C 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 s. I-7671

<sup>22</sup> Prop. 2001/02:142 s. 25

<sup>23</sup> A.prop. s. 28

EU-domstolen menar att syftet med det första rättsmedelsdirektivet är att på ett nationellt såväl som på gemenskapsplan förstärka de medel som finns för att säkerställa att gemenskapens direktiv i offentlig upphandling verkligen tillämpas, i synnerhet på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. EU-domstolen sa att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att tilldelningsbeslut ska kunna prövas effektivt och skyndsamt i syfte att säkerställa att direktiven om offentlig upphandling efterlevs. EU-domstolen konstaterade att den lagstiftning som tillämpades i Österrike medförde att beslutet om tilldelning av kontrakt, vilket är den upphandlande myndighetens viktigaste beslut, på ett systematiskt sätt undkommer prövning.<sup>24</sup>

EU-domstolen menar att ordalydelsen i det första rättsmedelsdirektivet gör åtskillnad mellan tiden före ingåendet av kontraktet och tiden därefter. Före ingåendet av kontraktet ska artikel 2.1 tillämpas och enligt den ska medlemsstaterna vid implementering av direktivet bl.a. se till att bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet för medlemsstaten att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, inklusive åtgärder för att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra verkställighet av den upphandlande myndighetens beslut. Vidare medför artikel 2.1 att medlemsstaterna ska se till att behörighet finns att antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut. Det innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen och behörighet att ge ersättning åt en leverantör som skadats av överträdelse.

Tiden efter ingåendet av kontraktet gäller artikel 2.6 vilken anger att prövningsorganets behörighet kan begränsas till att lämna ersättning för den skada som part har lidit till följd av en överträdelse.<sup>25</sup> Vidare framgår av bestämmelsen att nationell lag ska reglera vilken verkan en begäran om rättsmedel ska få när ett avtal redan är ingånget, samt att medlemsstaterna får bestämma att prövningsorganets behörighet sedan ett avtal om upphandling har ingåtts ska begränsas till att lämna ersättning till den som lider skada av överträdelsen, utom i fall där ett beslut om tilldelning måste undanröjas innan ersättning ges ut.

Sammanfattningsvis kan sägas att EU-domstolen fann att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan nå ett undanröjande av

---

<sup>24</sup> A.prop. s. 28

<sup>25</sup> A.prop. s. 29 f

beslutet om tilldelning. EU-domstolen menade att detta skulle gälla oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd sedan kontraktet har ingåtts.

## **2.4 Ändringar i den svenska lagstiftningen till följd av Alcatel-målet**

Till följd av Alcatel- domen konstaterade regeringen i prop. 2001/02:142 att en anpassning av den svenska lagstiftningen var nödvändig för att rättsmedelsdirektiven skulle vara uppfyllda.<sup>26</sup> Det var redan möjligt för upphandlande myndigheter att genom utformningen av sina upphandlingsrutiner ge en leverantör möjlighet att begära överprövning av tilldelningsbeslutet innan det att ett upphandlingskontrakt hade ingåtts, men regelsystemet ålade den upphandlande myndigheten att själv välja om anbudet skulle göras offentliga innan avtal slöts. Regeringen konstaterade vidare att sådana offentliggöranden var relativt sällan förekommande. Det faktum att leverantörerna inte hade någon rätt att få information om skälen för att en viss leverantör tilldelats kontraktet gjorde det nödvändigt att anpassa lagstiftningen på så vis att det blir möjligt att i varje enskild upphandling begära överprövning av ett tilldelningsbeslut. Till följd härav infördes genom SFS 2002:594 lag om ändring i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling bl.a. följande ändringar i upphandlingsreglerna.

### **2.4.1 Upplysningar om varför ansökan eller anbud förkastats**

Enligt 1 kap. 27 § ÄLOU skulle den upphandlande myndigheten efter lagändringen ge upplysningar om varför ansökan eller anbud förkastats vid upphandling enligt 2, 3 eller 5 kap ÄLOU.<sup>27</sup> Upplysningsskyldigheten gällde endast gentemot de anbudssökande eller anbudsgivare som begärde det. Upplysningarna skulle lämnas inom 15 dagar från det att begäran kom in, eller genast eller så snart som möjligt om tilldelningsbeslutet hade fattats. Skyldigheten att lämna upplysningar avsåg upphandling enligt 2, 3 och 5 kap samt vid förenklad upphandling enligt 6 kap. 1 § ÄLOU. Vid upphandling enligt 4 kap. gällde 4 kap. 15 §.

### **2.4.2 Upplysningar om beslutet om tilldelning samt skälen för detta**

I 1 kap. 28 § ÄLOU infördes en bestämmelse om att den upphandlande myndigheten skulle ge upplysningar om beslutet om tilldelning och skälen för det på eget initiativ och inte bara i de fall anbudsgivare begärde det.<sup>28</sup> Informationen skulle ges till varje anbudssökande eller

---

<sup>26</sup> A.prop. s. 53 f

<sup>27</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 95

<sup>28</sup> Se a.prop. s. 96



anbudsgivare. Det andra stycket stadgade att sådana upplysningar skulle lämnas genast eller så snart det är möjligt också till den leverantör som begär det. Detta rörde leverantörer som inte deltagit i upphandlingen och i dessa fall ligger ansvaret, av naturliga skäl, inte på upphandlande myndighet utan på leverantören att höra av sig. Syftet med upplysningarna var att leverantören skulle kunna bedöma huruvida det vore fruktbart att ansöka om överprövning av beslutet. Bevisbördan för att upplysningar lämnats föll på den upphandlande myndigheten, varför upplysningarna rimligen borde lämnas på något sätt som kunde dokumenteras eller visas på annat sätt. Det borde inte varit tillräckligt att lämna upplysningar muntligt, men något krav på skriftlighet fanns inte.<sup>29</sup> Uppgiftsskyldigheten gällde vid all upphandling där ÄLOU tillämpades.<sup>30</sup>

Rörande krav på innehållet i upplysningarna anför regeringen bl.a. följande:

”Det är viktigt att upphandlande myndigheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för myndighetens beslut att anta ett visst anbud. [...] Om upphandlingen har skett enligt reglerna i LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande myndigheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan. Det får därför antas ligga i de upphandlande myndigheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. Någon reglering av detta behövs således inte.”<sup>31</sup>

Den upphandlande enheten fick, till följd av regeringens resonemang, själva välja vilka omständigheter som var lämpliga att redovisa som skäl för det fattade beslutet om tilldelning av kontrakt.<sup>32</sup>

### **2.4.3 Förutsättningar för att avsluta en upphandling**

Ändringar infördes också angående vilka förutsättningar som gäller för att avsluta en upphandling. Det skulle tydliggöras att en upphandling inte var avslutad innan det att leverantörerna fått en möjlighet att ansöka om överprövning av ett tilldelningsbeslut. För att denna rätt skulle garanteras leverantörerna infördes i 7 kap. 1 § tredje stycket ÄLOU ett undantag från

---

<sup>29</sup> Se Nord, Karnov kommentar till 1 kap. 28 § ÄLOU

<sup>30</sup> Prop. 2001/02:142 s. 62

<sup>31</sup> A.prop. s. 61

<sup>32</sup> A.prop. s. 61

huvudregeln att en ansökan inte fick prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Undantaget stadgade att prövning får ske till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § ÅLOU, eller från det att rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. Detta grundades i att en missnöjd anbudsgivare skulle få en reell möjlighet att få ett beslut om tilldelning överprövat varför det var nödvändigt att den tidpunkt då en upphandling ansågs avslutad skulle infalla senare än den när upphandlande myndighet fattade tilldelningsbeslutet.<sup>33</sup> För att i praktiken tillgodose de krav Alcatel-domen ställde var tidsfristen nödvändig.<sup>34</sup>

### **3. Tilldelningsbeslutet**

#### **3.1 Tilldelningsbeslutet allmänt**

Tilldelningsbeslutet är det viktigaste beslutet som fattas under en upphandling och det är det mest betydelsefulla för anbudsgivarna.<sup>35</sup> Tilldelningsbeslut är inte bindande för den upphandlande myndigheten och skapar inga förpliktelser gentemot vinnande anbudsgivare. Däremot är målet med tilldelningsbeslutet, och en naturlig följd av det, att upphandlande myndighet ska ingå kontrakt med den leverantör som tilldelats upphandlingskontraktet. Genom att avtal ingås avslutas upphandlingen. Det faktum att tilldelningsbeslutet i sig inte skapar några bindande förpliktelser innebär att beslutet kan omprövas och rättas utan hinder, så länge rättelse eller omprövning inte sker i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU och därmed gynnas eller missgynnar viss leverantör, eller i strid med de grundläggande EU-rättsliga principerna.<sup>36</sup>

Det finns ingen regel i LOU eller de bakomliggande direktiven, dvs. upphandlingsdirektivet och rättsmedelsdirektiven, som behandlar hur tilldelningsbeslutet ska fattas eller vad beslutet ska innehålla.<sup>37</sup> Däremot kan viss information utläsas genom paragrafer vars innehåll angränsar tilldelningsbeslutet. En central bestämmelse är 9 kap. 9 § LOU som rör krav kring under rättelse av tilldelningsbeslutet (se nedan avsnitt 3.2). Av 9 kap. 7 § LOU framgår bl.a. följande. Inkomna anbud ska öppnas samtidigt vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Detta ska ske så snart som möjligt efter anbuds-

---

<sup>33</sup> A.prop. s. 75

<sup>34</sup> A.prop. s. 75 f

<sup>35</sup> Pedersen 2011, s. 127

<sup>36</sup> NOU:s yttrande dnr 2003/0289-29

<sup>37</sup> Falk 2011, s. 309

tidens utgång. Anbudena ska föras upp i en förteckning som ska bestyrkas av dem som deltar vid förrättningen. Vidare krävs genom 9 kap. 12 § LOU att en upphandlande myndighet för varje upphandling ska upprätta ett protokoll där det ska framgå t.ex. skälen till att ett anbud som ansetts vara onormalt lågt förkastats eller ett kontrakt inte tilldelats en leverantör.<sup>38</sup>

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att grunden för beslutet ska vara det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas ska anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Ingen av ovan nämnda paragrafer anger hur beslutet om tilldelning av kontrakt fattas. Eftersom tilldelningsbeslutet ska följa av de kriterier för tilldelning som angivits i förfrågningsunderlaget, bör vinnande anbud framgå genom att anbudena öppnas och att protokollet upprättas. Beslutet som sådant bör därför komma som en naturlig följd genom att anbudena utvärderas i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Det bör dock uppmärksammas att upphandlande myndighet kan begära att ett anbud förtydligas eller att den får tillåta att anbudsgivaren rättar ett uppenbart fel i anbudet i enlighet med 9 kap. 8 § LOU. Det står därmed klart att öppningen av anbudena och upprättandet av protokollet inte är samma sak som fattandet av beslutet om tilldelning av kontraktet. En upphandling avslutas genom att en upphandlande myndighet, sedan ett tilldelningsbeslut har fattats, ingår ett upphandlingskontrakt med den leverantör som valts.

Det bör påpekas att det finns motstående intressen som förväntar sig olika saker av tilldelningsbeslut. Regeringen konstaterar i behandlingen av avtalsspärren i prop. 2009/10:180 att en upphandlande myndighet eller enhet vanligtvis torde ”ha intresse av att få ingå avtal så snart som möjligt efter underrättelse om tilldelningsbeslut.”<sup>39</sup> De vill också leva upp till sin lagstadgade skyldighet att informera om beslutet. Leverantörernas intresse skiftar före respektive efter det att tilldelningsbeslut har fattats. Från början bör affärsmässighet och möjlighet att effektivt slutföra en affär vara alla parter intresse, såväl upphandlande myndighets som leverantörers.<sup>40</sup> När tilldelningsbeslut har fattats och leverantörerna har nåtts av underrättelse om tilldelningsbeslutet skiftar intressena; den leverantör som lämnat det vinnande anbudet har fortsatt samma intresse av att på ett effektivt sätt avsluta upphandlingen, medan förlorande leverantörers intresse nu består av att få all nödvändig information om på vilka grunder beslu-

---

<sup>38</sup> Detta framgår av 9 kap. 7 § andra stycket LUF.

<sup>39</sup> Prop. 2009/10:180 s. 109

<sup>40</sup> Mer om begreppet affärsmässighet finns i prop. 2006/07:128 s. 151 ff.

tet fattats så att de kan fastställa om de blivit behandlade på ett rättssäkert och riktigt sätt. Om de anser sig ha blivit felaktigt behandlade vill de genom informationen i underrättelsen om tilldelning ges möjlighet att ansöka om överprövning av beslutet samt nå framgång med sin talan. Att detta är ett intresse för förlorande leverantörerna bekräftas av prop. 2009/10:108 där det framgår att syftet med avtalsspärren är att leverantörerna ska ges möjlighet att ansöka om överprövning samt ges tid att ge in en ansökan till förvaltningsrätten.<sup>41</sup> Avtalsspärrens längd har fastslagits efter en avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet, vilket visar på de två motstående intressena.<sup>42</sup>

En leverantör kan ansöka om överprövning av ett tilldelningsbeslut om de har lidit skada eller kan komma att lida skada i en upphandling till följd av överträdelse av upphandlingsreglerna eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.<sup>43</sup> Ansökan om överprövning görs i allmän förvaltningsdomstol och kan enligt 16 kap. 5 § LOU leda till att upphandlingen ska rättas alternativt göras om.<sup>44</sup> Enligt rättsfallet RÅ 2007 not. 158 kan en ansökan om överprövning inte prövas sedan ett upphandlingskontrakt har träffats.

### **3.2 Underrättelse om tilldelningsbeslut**

Bestämmelsen i 9 kap. 9 § LOU är central i den offentliga upphandlingen, eftersom den innehåller regler om kommunikation av det beslut som har fattats att sluta ramavtal eller tilldela kontrakt samt om skälen för detsamma.<sup>45</sup> I 9 kap. 9 § första stycket LOU stadgas bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 6 § inte får ingås (avtalsspärr).<sup>46</sup> För upphandlingar under tröskelvärdena finns motsvarande bestämmelser i 15 kap. 19 § LOU. Bestämmelsen har till syfte att ge en leverantör bättre möjlighet att kunna ta tillvara sin rätt att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet i upphandlingen.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Prop. 2009/10:180 s. 110

<sup>42</sup> A.prop. s. 108.

<sup>43</sup> Principerna framgår av 1 kap. 24 § LUF.

<sup>44</sup> Denna bestämmelse motsvaras av 16 kap. 6 § LUF.

<sup>45</sup> Se Falk 2011, s. 305

<sup>46</sup> I LUF stadgas avtalsspärren i 16 kap. 1 § LUF.

<sup>47</sup> Se prop. 2001/02:142 s. 55

Vilken form upplysningarna i underrättelsen ska lämnas i är upp till den upphandlande myndigheten att välja, dock har myndigheten bevisbördan för att upplysningar lämnats. Dessa upplysningar medför vissa rättsverkningar i form av att den s.k. avtalsspärren samt tidsfristen för ansökan om överprövning börjar löpa. Vidare kan upplysningarna medföra att ett civilrättsligt bindande avtal uppstår mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren. Underrättelsen bör således inte vara utformad på så sätt att den kan anses utgöra en accept. Vill den upphandlande myndigheten undvika sådan automatisk bundenhet bör den i upplysningarna om tilldelningsbeslutet och/eller i förfrågningsunderlaget ange att upplysningarna inte utgör en avtalsrättslig accept utan att ett bindande avtal kommer att uppstå först när båda parter har undertecknat ett upphandlingskontrakt.<sup>48</sup> I förarbetena sägs att upphandlande myndighet, för att undvika bundenhet, i förfrågningsunderlaget bör ange att ett avtal sluts först vid ingång av ett upphandlingskontrakt och att myndigheten för tiden fram till det att upphandlingen avslutas kan välja att ingå ett villkorat avtal.<sup>49</sup>

I detta sammanhang bör det påpekas att 9 kap. 10 § LOU stadgar att upplysningar om skälen för varför en leverantörs anbudsansökan har avslagits eller anbud förkastats ska lämnas på begäran. Bestämmelsen inskränker inte på något sätt upphandlande myndighets skyldighet att lämna upplysningar enligt 9 kap. 9 § LOU.

Kravet på likabehandling menar regeringen innebär att innehållet i informationen och utformningen av underrättelsen om tilldelning ska vara identisk till samtliga leverantörer.<sup>50</sup> Falk anför rakt motsatt åsikt att den leverantör som avstått från att lämna anbud inte har behov av samma information som en leverantör som lämnat ett konkurrenskraftigt anbud.<sup>51</sup> En tredje leverantör vars anbud förkastats till följd av ex. bristande teknisk förmåga har behov av att informeras om just sina brister. Falk menar därmed att informationen i underrättelsen om tilldelning bör variera mellan leverantörerna.

### **3.2.1 Krav gällande motivering av tilldelningsbeslutet**

Det finns ingen mer specifik reglering om vilka upplysningar som ska finnas i en underrättelse om tilldelning, annat än att den ska ange de skäl som ligger till grund för beslutet om till-

---

<sup>48</sup> Pedersen 2011, s 127

<sup>49</sup> Prop. 2001/02:142 s. 78, prop. 2006/07:128 s. 381 samt prop. 2009/10:180 s. 110

<sup>50</sup> Prop. 2001/02:142 s. 61

<sup>51</sup> Falk 2009, s. 306 f

delning. Underrättelsen studeras ingående och leverantörerna förväntar sig att den ska ge information om resultatet av upphandlingen, och en tydlig redogörelse för hur resultatet har kommit till. Information om vilken leverantör som vunnit upphandlingen förväntas också av förlorande leverantör.<sup>52</sup> Syftet med upplysningarna är att de leverantörer som deltagit i en upphandling ska kunna bilda sig en uppfattning om huruvida deras ansökningar respektive anbud har blivit rätt bedömda.<sup>53</sup> Det är därför viktigt att upplysningarna om tilldelningsbeslutet utformas på ett sådant sätt att omständigheterna som lagts till grund för beslutet att anta ett visst anbud framgår.<sup>54</sup> Är upplysningarna alltför intetsägande kan detta medföra att den upphandlande myndigheten anses brista i sin skyldighet att informera om skälen för beslutet.

Pedersen anför att ett lämpligt sätt att redovisa hur utvärderingen av anbuderna genomförts är att skicka en kopia av utvärderingsprotokollet med kommentarer till berörda parter. Har kontraktet tilldelats på grunden det lägsta priset räcker det dock att redovisa att det vinnande anbudet har haft det lägsta priset. Det är tillåtet, men inte nödvändigt, att ange anbudspriset.<sup>55</sup> Falk menar att innehållet i underrättelsen åtminstone ska ge tillräcklig information för att de anbudssökande som inte inbjudits till anbudsgivning, samt de anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt, ska kunna ges möjlighet att bilda sig en klar uppfattning om besluten som fattats är korrekta.<sup>56</sup> Han anser bl.a. att vinnande anbudsgivare bör nämnas.<sup>57</sup> Falk menar vidare att det generellt sätt krävs mindre information i en underrättelse om utvärderingsgrunden som använts är lägsta pris än om grunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Redovisningen av det senare blir mer komplicerad eftersom fler utvärderingskriterier som påverkar utfallet av anbudsutvärderingen förekommer vid den grunden.<sup>58</sup>

Regeringen uttalade i förarbetena till ÄLOU att ”endast om skälen för tilldelningsbeslutet redovisas har en missnöjd leverantör möjlighet att ansöka om överprövning. Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst an-

---

<sup>52</sup> A.a. s. 305

<sup>53</sup> Se Pedersen 2011, s. och Falk 2009, s. 305

<sup>54</sup> Pedersen 2011, s. 128

<sup>55</sup> Prop. 2001/02:142 s. 97 och prop. 2009/10:180 s. 114 f

<sup>56</sup> Falk 2009, s. 305 och 309

<sup>57</sup> A.a. s. 309 ff.

<sup>58</sup> A.a. s. 309

bud.”<sup>59</sup> Regeringen menar att tydligt utformade skäl, som visar att en upphandling skett i enlighet med reglerna, kan leda till att de anbudsgivare som inte vunnit upphandlingen avstår från att ansöka om överprövning.<sup>60</sup> Tydliga skäl förkortar därmed upphandlingsförfarandet. Det anses således ligga i upphandlande myndighets intresse att redovisa tydliga skäl, varför reglering av hur skälen ska se ut inte behövs. Någon vidare reglering av vilken information som ska finnas i en underrättelse anser regeringen inte vara lämplig. Vissa remissinstanser hade dock hoppats på mer utförlig reglering.<sup>61</sup> Advokatfirman Sundstrands ansåg en lagändring vara nödvändig, vilken skulle medföra att upplysningar om varför samtliga anbudsgivares anbud respektive anbudssökandens ansökningar inte antagits. Sveriges advokatsamfund önskade ett förtydligande av lagtexten angående vilken information som ska finnas i underrättelser till anbudssökande och anbudsgivare. Regeringen anser dock att sådan reglering vore alltför långtgående, varför någon ändring av 9 kap. 9 § LOU inte är nödvändig.<sup>62</sup>

### **3.2.2 Kommunicering av tilldelningsbeslutet**

Bestämmelsen i 9 kap. 9 § LOU stadgar att tilldelningsbeslutet skriftligen och snarast möjligt ska meddelas samtliga anbudssökanden och anbudsgivare som deltagit i upphandlingen. Kommunicering av beslutet ligger i tiden före det att ramavtal sluts eller kontrakt tecknas med vinnande leverantör. Detta eftersom leverantörernas rätt att ansöka om överprövning är beroende av kommuniceringen av beslutet.<sup>63</sup> Av bestämmelsen framgår att underrättelse till anbudssökandena och anbudsgivarna ska ske på den upphandlande myndighetens eget initiativ. Exakt tidsangivelse för när kommunicering ska ske saknas. Det faktum att avtalsspärren och överprövningsfristen börjar löpa först sedan underrättelse lämnats utgör dock ett starkt incitament för att upphandlande myndighet ska skicka ut underrättelse så snart beslutet är fattat.<sup>64</sup>

Gällande formen i vilken underrättelse ska lämnas till berörda parter ställer lagen krav på att det ska ske skriftligen.<sup>65</sup> Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, (dåvarande Regeringsrätten) har i RÅ 2009 ref. 70 funnit att en upphandlande myndighet som har lämnat tilldelningsbeslut via en Internetadress har agerat i enlighet med föreskrifterna i LOU och således uppfyllt kra-

---

<sup>59</sup> Prop. 2001/02:142 s. 59 ff.

<sup>60</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 114

<sup>61</sup> A.prop. s. 112 f

<sup>62</sup> A.prop. s. 115

<sup>63</sup> Falk 2009, s. 305

<sup>64</sup> Jfr prop. 2009/10:180 s. 109

<sup>65</sup> Prop. 2006/07:128 s. 378

vet på skriftlighet.<sup>66</sup> Den upphandlande myndigheten hade i fallet gjort tilldelningsbeslutet tillgängligt för samtliga anbudsgivare på den internetadress vilken hade använts också till distribution av förfrågningsunderlaget. Underrättelse om vart tilldelningsbeslutet fanns sändes till anbudsgivarna via e-post och ansågs lämnad den dag upphandlande myndighet sände beskedet till leverantörerna.<sup>67</sup> Det kan tilläggas att den upphandlande myndigheten som utgångspunkt har bevisbördan för att underrättelse om tilldelning har lämnats och för att tidsfristen (avtalsspärren) därmed har börjat löpa.<sup>68</sup>

Beslutet ska enligt lagens lydelse, som ovan nämnts, skickas till samtliga anbudssökanden och anbudsgivare som deltagit i upphandlingen. Vid öppen eller förenklad upphandling behöver underrättelse inte skickas till leverantör som begärt att få ut förfrågningsunderlaget men avstått från att lämna in anbud.<sup>69</sup> Detsamma gäller anbudssökande som ansökt om att delta i selektiv eller förhandlad upphandling inom det direktivstyrda området eller urvalsupphandling, om upphandlingen görs i enlighet med 15 kap. LOU. I fall där endast en anbudsgivare har deltagit i upphandlingen, och berörda anbudssökanden saknas, finns ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att skicka några upplysningar om tilldelningsbeslutet.<sup>70</sup> Det bör uppmärksammas att begreppet anbudssökande inte är helt klart definierat i LOU.<sup>71</sup> Det är osäkert om det krävs att leverantören ska ha lämnat in ansökan om att delta i anbudsgivning, eller om det är tillräckligt att den anmält intresse för att lämna in en sådan ansökan, för att ingå i begreppet anbudssökanden. Falk menar att eftersom beslutet avser ett tilldelningsbeslut bör ansökan förmodligen ha lämnats in för att leverantören ska anses vara en anbudssökande i 9 kap. 9 § LOU:s mening.

Till följd av kravet på likabehandling får det förutsättas att information lämnas vid samma tidpunkt till samtliga leverantörer som deltagit i upphandlingen. Har en leverantör uteslutits från upphandlingsförfarandet, och har detta bekräftats genom en lagakraftvunnen dom, finns inget krav på att denna leverantör ska sändas en underrättelse.<sup>72</sup> Av prop. 2009/10:180 sid. 110 framgår att det inte accepteras att en upphandlande myndighet använder sig av särskilt

---

<sup>66</sup> Rättsfallet avsåg LOU:s tidigare lydelse men eftersom ingen förändring avseende tolkningen av begreppet skriftlighet har skett är det i vart fall tillämpligt i denna del.

<sup>67</sup> Om begreppet skriftlighet, se prop. 2001/02:142 s. 70 f

<sup>68</sup> Prop. 2001/02:142 s. 101

<sup>69</sup> Falk 2009, s. 308

<sup>70</sup> Prop. 2001/02:142 s. 81

<sup>71</sup> Se Falk 2009, s. 308

<sup>72</sup> Prop. 2009/10:180 s. 112



långsamma befordringssätt i syfte att förkorta den tid som leverantörer ska få på sig för att avgöra om de önskar ansöka om överprövning och att ge in en ansökan till förvaltningsrätten.

### **3.3 Följder av tilldelningsbeslut**

När tilldelningsbeslutet uppfyller de krav som ställs på det får det vissa rättsföljder. Under detta avsnitt kommer jag att presentera en kortare genomgång av innebörden av de två rättsföljder som jag valt ut inom ramen för detta arbete. Den första rättsföljden som kommer behandlas är avtalsspärren, vilken stadgas i 16 kap. 6 § LOU och börjar löpa först sedan tilldelningsbeslutet har fattats. Den andra är upphandlingssekretessen, vilken i enlighet med 19 kap. 3 § OSL upphör att vara absolut efter det att tilldelningsbeslutet har fattats.

#### **3.3.1 Avtalsspärr**

##### **3.3.1.1 Avtalsspärrens innebörd**

I underrättelsen om tilldelning ska den upphandlande myndigheten ange avtalsspärren, dvs. den period som definieras i 16 kap. 6 § LOU under vilken avtal inte får ingås.<sup>73</sup> Avtalsspärren löper, som ovan nämnts, under tio dagar om underrättelsen skickas elektroniskt och 15 dagar om underrättelsen skickas på annat sätt. Om underrättelsen skickas till olika leverantörer vid olika tidpunkter måste avtalsspärrens längd anges utifrån den dag då den sista underrättelsen skickas.<sup>74</sup> Bestämmelserna rörande avtalsspärr är riktade till den upphandlande myndigheten och av lagtexten framgår tydligt att det är den upphandlande myndigheten som inte får skriva kontrakt under den tid avtalsspärren löper.<sup>75</sup>

Ändringsdirektivet ställer krav på att en avtalsspärr ska finnas inom det direktivstyrda området.<sup>76</sup> Avtalsspärren är sammankopplad med underrättelsen om tilldelningsbeslut genom att skyldigheten att skicka ut underrättelse utlöser avtalsspärren.<sup>77</sup> När underrättelseskyldighet saknas löper inte heller någon avtalsspärr.<sup>78</sup> Ett exempel på sambandet är i det fall det endast finns en anbudsgivare i en upphandling. I det fallet saknas skyldighet att skicka ut underrättelse om tilldelningsbeslutet och således kommer inte heller någon avtalsspärr att gälla.<sup>79</sup> Enligt

---

<sup>73</sup> Avtalsspärren framgår av 16 kap. 1 § LUF.

<sup>74</sup> Prop. 2009/10:180 s. 109

<sup>75</sup> A.prop. s. 108

<sup>76</sup> A.prop. s. 107

<sup>77</sup> A.prop. s. 119

<sup>78</sup> A.prop. s. 108 och s. 338

<sup>79</sup> Jfr prop. 2001/02:142 s. 81 och prop. 2009/10:180 s. 108

Kommissionens tolkningsmeddelande (2006/C 179/02) gäller ändringsdirektivet i princip inte för upphandlingar under tröskelvärdena, dock ska ett visst rättsligt skydd garanteras. Regeringen konstaterar i prop. 2009/10:180 s. 108 att eftersom merparten av upphandlingar i Sverige utgörs av upphandlingar utanför det direktivstyrda området bör det säkerställas att det finns goda förutsättningar för överprövning innan det att upphandlingskontrakt har ingåtts. Därmed gäller avtalsspärr också i fråga om upphandlingar enligt 15 kap LOU.

Syftet med avtalsspärr är att ge leverantörerna möjlighet att avgöra om de önskar ansöka om överprövning samt ge dem tid på sig att ge in sådan ansökan till förvaltningsrätten.<sup>80</sup> I Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) har fastslagits en minimitid genom en avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet.<sup>81</sup> Avtalsspärren har tillkommit efter hänsyn till denna tid och med hänsyn till att den inte bör vara längre än nödvändigt. Avtalsspärrens längd motsvarar den tiodagarsfrist som tidigare funnits i LOU. I artikel 2a.2 i ändringsdirektivet är föreskrivet att upphandlande myndigheter inte får ingå avtal innan det att en tidsfrist om minst tio eller 15 kalenderdagar har löpt från det att beslut om tilldelning har skickats till berörda anbudsgivare eller anbudssökanden. Den kortare tidsfristen om tio dagar gäller om myndigheten skickar ut underrättelsen om tilldelning elektroniskt, dvs. med e-post eller fax.<sup>82</sup> I det fall en leverantör saknar möjlighet att mottaga underrättelsen på elektronisk väg kan den upphandlande myndigheten bli tvungen att skicka ut underrättelsen på annat sätt till den leverantören, exempelvis med post. Vid en sådan situation gäller principen om likabehandling, varför tidsfristen ska förlängas till att omfatta 15 dagar för samtliga leverantörer.<sup>83</sup> Detta framgår av ordalydelsen i lagtexten ”till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare”. Skickas underrättelsen inte till samtliga anbudssökanden eller anbudsgivare samma dag ska avtalsspärrens längd vara angiven från den dag den sista underrättelsen skickas. Tidsfristerna är minimitider, dvs. det finns inga förbud för upphandlande myndighet mot att ange längre tid för avtalsspärren. Dock konstaterar regeringen att upphandlande myndighet vanligtvis bör vara intresserade av att ingå kontrakt så snart som möjligt sedan underrättelse om tilldelning har skickats, var-

---

<sup>80</sup> Prop. 2009/10:180 s. 110

<sup>81</sup> A.prop. s. 108

<sup>82</sup> Ulfsdotter Forssell och Olovsson, Ny juridik, 2010:3, s. 30

<sup>83</sup> Prop. 2009/10:180 s. 109

för minimifristerna troligtvis kommer att iakttas. För beräkningen av de tio respektive 15 dagarna gäller den s.k. söndagsregeln i 2 § lag (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid.

### 3.3.1.2 Undantag från avtalsspärr

Ett undantag från bestämmelsen om avtalsspärr medför att en upphandlande myndighet omedelbart kan ingå avtal, således minskar förutsättningarna för att en leverantör ska få till stånd en överprövning av ett tilldelningsbeslut.<sup>84</sup> Av 16 kap. 7 § LOU anges de situationer i vilka reglerna om avtalsspärr inte gäller.<sup>85</sup> Ingen avtalsspärr löper vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 LOU, dvs. vid upphandlingar på försvarsområdet eller sådana upphandlingar som omfattas av begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, om undantag har beslutats med stöd av 15 kap. 22 § LOU. Vidare löper ingen avtalsspärr vid tilldelning av kontrakt efter upphandling vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5-9 §§ LOU. Inte heller vid förnyad konkurrensutsättning vid avrop av ett ramavtal enligt 5 kap. 7 § LOU löper avtalsspärr. Slutligen anges i paragrafen att ingen avtalsspärr gäller vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

De undantag som stadgas i svensk lagstiftning (se ovan) har sin grund i artikel 2b i ändringsdirektivet vari godtagbara undantag från bestämmelserna om avtalsspärr anges. Det första undantaget som medges är de fall när upphandlingen inte behöver föregås av annonsering i EUT. Här är antalet potentiella leverantörer begränsat och behovet av en möjlighet att överpröva är således mycket begränsat.<sup>86</sup> EU medger möjlighet till undantag vad gäller upphandling av B-tjänster som uppgår till eller understiger tröskelvärdena (dvs. upphandling enligt 15 kap. LOU), men här anser regeringen att vikten av en garanterad möjlighet att ansöka om överprövning i dessa situationer är stor, varför ett sådant undantag inte medges i svensk rätt.<sup>87</sup> Vidare medger ändringsdirektivet undantag från avtalsspärr i de fall när det endast finns en berörd anbudsgivare och berörda anbudssökanden saknas. I den situationen gäller inte bestämmelserna om avtalsspärr, detta till följd av att skyldighet att skicka ut underrättelse om tilldelningsbeslutet saknas.<sup>88</sup> Därmed saknas behov av att reglera detta undantag i svensk lag-

---

<sup>84</sup> Prop. 2009/10:180 s. 116

<sup>85</sup> Undantag anges i 16 kap. 2 § LUF.

<sup>86</sup> Se prop. 2009/10:180 s. 116 f

<sup>87</sup> A.prop. s. 117

<sup>88</sup> Prop. 2009/10:180 s. 117 f och prop. 2001/02:142 s. 81

stiftning.<sup>89</sup> Slutligen medger ändringsdirektivet undantag vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning. Detta har, som ovan nämnts, implementerats i svensk lag. Implementeringen skedde med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande och behovet av att snabbt få tillgång till det som upphandlats. Istället för att avtalsspärr löper i dessa situationer kan avtalet ogiltigförklaras efter prövning. Ändringen gällande förnyad konkurrensutsättning är inte införd i LUF, i övrigt finns motsvarande regler.<sup>90</sup>

### **3.3.1.3 Andra typer av avtalsspärr och interimistiskt beslut**

Enligt bestämmelsen i 16 kap. 9 § LOU kommer en förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 6 eller 8 § LOU att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten, om en ansökan om överprövning har gjorts. Den förlängda avtalsspärren hindrar i enlighet med 16 kap. 10 § LOU att avtal ingås under handläggningen i förvaltningsrätten och tills det att tio dagar gått från det att förvaltningsrätten avgjorde målet. Syftet med denna fördröjning är att ge möjlighet för den leverantör som önskar att överklaga förvaltningsrättens avgörande till kammarrätten.<sup>91</sup> I 16 kap. 9 § andra stycket LOU stadgas att rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Väljer rätten att besluta detta kan den upphandlande myndigheten välja att ingå avtal omedelbart, utan att ta hänsyn till någon tiodagarsfrist.<sup>92</sup> Eftersom ett upphävande av den förlängda avtalsspärren vanligtvis innebär att den klagande leverantörens möjlighet att få till stånd en överprövning av upphandlingen upphör bör rätten tillämpa paragrafens andra stycke med försiktighet och endast i undantagsfall. Den förlängda avtalsspärren gäller endast vid handläggning av mål i förvaltningsrätten. När mål överklagas till kammarrätt eller Högsta förvaltningsdomstolen gäller således ingen förlängd avtalsspärr.

Vid högre instans kan klagande part yrka att rätten ska fatta ett s.k. interimistiskt beslut i enlighet med 16 kap. 4 § LOU.<sup>93</sup> Ett interimistiskt beslut innebär att upphandlingen inte får avslutas, eller att ett avtal inte får fullgöras, förrän domstolen beslutat något annat.<sup>94</sup> Bestämmelsens andra stycke medger att rätten får avstå från att fatta interimistiska beslut om den skada eller olägenhet som rättens åtgärd skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören. I de fall när ingen avtalsspärr gäller, och således ingen förlängd avtalsspärr

---

<sup>89</sup> Prop. 2009/10:180 s. 117 f

<sup>90</sup> Ulfsdotter Forssell och Olovsson, Ny juridik, 2010:3, s. 32

<sup>91</sup> Pedersen 2011, s. 162

<sup>92</sup> A.a. s. 162

<sup>93</sup> Bestämmelse om interimistiskt beslut finns i 16 kap. 9 § LUF.

<sup>94</sup> A.a. s. 163

aktualiseras, kan en leverantör yrka att förvaltningsrätten ska fatta ett interimistiskt beslut. Också här får domstolen avstå från att fatta ett sådant beslut (se ovan). Kraven är enligt Pedersens åsikt mycket lågt ställda för att ett interimistiskt beslut ska fattas.<sup>95</sup> Detta eftersom det i kammarrättspraxis har framkommit att det för ett interimistiskt beslut är tillräckligt att det inte framstår som osannolikt att ett fel har begåtts som har betydelse för utgången i målet.

#### **3.3.1.4 Följder när avtal ingås i strid med avtalsspärren**

De följder som kan uppstå av att ett avtal ingås i strid med avtalsspärren är att avtalet kan ogiltigförklaras, den leverantör som slutit avtal med den upphandlande myndigheten kan komma med skadeståndsanspråk och den upphandlande myndigheten kan komma att påföras upphandlingsskadeavgift.<sup>96</sup> För att undvika dessa påföljder är det viktigt att den upphandlande myndigheter undviker att utforma underrättelsen om tilldelning på sådant sätt att civilrättsligt bindande avtal uppstår till följd av underrättelsen.<sup>97</sup>

#### **3.3.2 Upphandlingssekretessen kopplad till tilldelningsbeslutet**

Offentlighetsprincipen som stadgas i 2 kap. 1 § Tryckfrihetsförordningen (2011:509) utgör grunden för hantering av allmänna handlingar. Principen medför att allmänheten har rätt att ta del av alla uppgifter i allmänna handlingar som inte är skyddade av någon sekretessbestämmelse.<sup>98</sup> Uppgifter kopplade till upphandlingsprocessen skyddas av sekretess i enlighet med OSL. Vilka myndigheter som ska tillämpa OSL framgår av 2 kap. 1-5 §§ OSL.

Sekretessbestämmelsen i 19 kap. 3 § OSL aktualiseras vid upphandling. Bestämmelsen avser att skydda det allmännas ekonomiska intresse, vilket framgår av lagtexten samt av rubriken till 19 kap. OSL. Sekretesskyddet fungerar som följer. I 19 kap. 3 § andra stycket OSL stadgas en absolut sekretess som gäller under upphandlingsförfarandet till dess att alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Räckvidden för sekretess enligt andra stycket är att den omfattar ärenden som rör upphandling, specifikt uppgift som rör anbud eller motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter. Att sekretessen är absolut innebär att skyddet är det starkaste och att inga uppgifter lämnas ut, någon skadepröv-

---

<sup>95</sup> Se Pedersen 2011, s. 163

<sup>96</sup> Prop. 2009/10:180 s. 111

<sup>97</sup> A.prop. s. 110 f

<sup>98</sup> Pedersen 2011, s. 131

ning görs inte. Genom tilldelningsbeslutet slutförs upphandlingen och till följd av detta upphör sekretesskyddet enligt det andra stycket. Istället kommer sekretesskydd i enlighet med bestämmelsens första stycke att aktualiseras. Sekretess enligt bestämmelsens första stycke gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet. Paragrafen säger vidare att begreppet tjänst inte omfattar arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheters eller enskilda erbjuder sig att utföra. Första stycket ger ett sekretesskydd för en uppgift ”om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs.” Detta är ett s.k. rakt skaderekvisit, vilket utgör det svagaste sekretesskyddet och innebär att en skadeprövning ska utföras vid vilken en presumtion för offentlighet föreligger.

Parallellt med ovanstående sekretessbestämmelse föreligger sekretess till skydd för enskilda ekonomiska intressen i enlighet med 31 kap. 16 § första stycket OSL. Eftersom den absoluta sekretessen enligt 19 kap. 3 § andra stycket OSL innebär att ingen skadeprövning görs, medför den att inga uppgifter lämnas ut innan det att upphandlingen avslutat. Därmed är det i praktiken först efter det att tilldelningsbeslutet fattats som sekretess enligt 31 kap. 16 § OSL träder in. Den här sekretessbestämmelsen skyddar uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet.<sup>99</sup> Bestämmelsen ger ett sekretesskydd ”om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.” Också här rör det sig om ett rakt skaderekvisit, dock med en något starkare presumtion för offentlighet till följd av orden ”särskild anledning.”

## 4 Underrättspraxis

Det saknas vägledande praxis från HFD kring vilka krav som ställs på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning. För att se hur kraven som ställs på tilldelningsbeslutet har behandlats i praktiken har jag undersökt domar och beslut från förvaltningsdomstols- och kamrarrättspraxis som berör tilldelningsbeslutet.

Vid tiden för somliga mål i följande framställning fanns bestämmelsen om att den upphandlande myndigheten ska lämna upplysningar till varje anbudsgivare om tilldelningsbeslutet och

---

<sup>99</sup> Fall som avses i 31 kap. 1 § första stycket, 2 – 4 och 12 §§ OSL är undantagna, se 31 kap. 16 § OSL

skälen för det i 1 kap. 28 § ÄLOU. Innebörden i bestämmelsen är i ovan angivna hänseende detsamma som i nuvarande bestämmelse 9 kap. 9 § LOU. Därmed kan också mål från den tiden ge information om hur bestämmelsen ska tolkas.

#### **4.1 Omprövning av tilldelningsbeslut samt fattande av nytt tilldelningsbeslut**

Kammarrättspraxis visar att en upphandlande myndighet på eget initiativ kan rätta eller ompröva sitt tilldelningsbeslut och meddela ett nytt sådant så länge inget kontrakt har ingåtts. Kammarrätten i Stockholm konstaterar i sin dom från den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10 att en upphandlande myndighet torde kunna meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge inget kontrakt har ingåtts, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingslagarna och så länge de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna inte träds förnär. Kammarrätten i Sundsvall konstaterade i sin dom från den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 att det inte finns något formellt hinder till att ompröva ett tilldelningsbeslut. De hänvisar i domen till ett yttrande av Nämnden för offentlig upphandling från den 9 december 2003 i Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2831-03. Kammarrätten i Jönköping konstaterar i sitt beslut från den 29 mars 2011 i målen nr 153-170-11 att de upphandlande myndigheterna har haft rätt att genom omprövning fatta ett nytt tilldelningsbeslut trots att ett interimistiskt beslut i de aktuella målen hindrade upphandlande myndighet från att med rättslig verkan ompröva gällande tilldelningsbeslut. Kammarrätten anför att på samma sätt som ett interimistiskt förordnande inte utgör hinder för att en upphandlande myndighet ska kunna avbryta en upphandling fram tills dess att ett upphandlingskontrakt har ingåtts, kan det inte heller förhindra en mindre ingripande åtgärd såsom omprövning eller rättelse av ett tilldelningsbeslut.

Kammarrätten i Stockholm konstaterar vidare i mål nr 3503-10 (se ovan) att ett nytt tilldelningsbeslut utgör en sådan ny omständighet som förändrar förutsättningarna under vilka det tidigare lagakraftvunna avgörandet fattades på så vis att det inte föreligger res judicata. Detta innebär att det aktuella målet inte anses röra samma sak som ett tidigare mål, med samma parter, i vilket det tidigare tilldelningsbeslutet överklagades.<sup>100</sup> Kammarrätten anger vidare att de anser att gemenskapsrätten ger en leverantör rätt att få varje upphandlingsbeslut överprövat.<sup>101</sup> Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 2210-11 från den 9 september 2011 bedömt att

---

<sup>100</sup> Det tidigare målet var Regeringsrättens mål nr 2612-10. Det rörde överprövning av ett tidigare fattat tilldelningsbeslut i samma upphandling, med samma parter, och hade vunnit laga kraft.

<sup>101</sup> Se även Kammarrättens i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål 6986-09. Förvaltningsrätten i Linköping tillämpar denna kammarrättspraxis i sin dom från den 4 oktober 2011 i mål nr 5243-11.

ett nytt tilldelningsbeslut under vissa förutsättningar kan ses som en ren verkställighet av vad som tidigare beslutats genom dom och att en leverantör i dessa fall inte kan begära att denna fråga ska prövas igen. I fallet rörde det sig om att det nya tilldelningsbeslutet grundade sig på en dom som sa att anbudet från den vinnande anbudsgivaren skulle ha förkastats.

#### **4.2 Brister i innehållet av underrättelsen av tilldelningsbeslutet**

I Kammarrätten i Stockholms dom från den 6 juli 2011 i mål nr 2467-11 har den upphandlande myndigheten inte angivit avtalsspärren i tilldelningsbeslutet. Därmed konstaterar Kammarrätten att underrättelsen inte uppfyller de krav som anges i 9 kap. 9 § LOU, vilket leder till att någon avtalsspärr aldrig börjat löpa. I fallet hade avtal slutits mellan upphandlande myndighet och en leverantör och detta avtal kan förklaras ogiltigt om övriga förutsättningar i 16 kap. 15 § LOU är uppfyllda. Kammarrätten återförvisade målet till förvaltningsrätten för en ny prövning i sak. Mål nr 3831-11 från Förvaltningsrätten i Linköping gällde också det ett tilldelningsbeslut som saknar uppgift om vilken period avtal inte får ingås. Förvaltningsrätten skriver i sitt beslut från den 7 juli 2011 att underrättelsen därmed är ofullständig och inte uppfyller de grundläggande formkraven, med följd att någon avtalsspärr inte har börjat löpa och därmed gällde inte heller en förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten.<sup>102</sup>

Genom att meddela avslag i dom från den 10 maj 2011 i mål nr 2249-11 fastslår Kammarrätten i Stockholm att ett angivande i tilldelningsbeslutet av när avtal tidigast får tecknas får anses som tillräckligt tydlig information om avtalsspärrens längd, mot bakgrund av vad som anges i 9 kap. 9 § och 16 kap. 6 § LOU samt uttalanden i förarbetena. I tilldelningsbeslutet i det aktuella fallet angavs att avtal skulle tecknas tidigast den 18 februari 2011, dvs. på den elfte dagen efter det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickats. Rätten fann att informationen var tillräcklig och att avtalsspärren till följd härav hade börjat löpa.

I några få fall kan det ses att klaganden har anfört brister i motiveringen av tilldelningsbeslutet som skäl till ansökan om överprövning. I mål nr 2838-10 från den 1 juni 2011 framgick av en handling benämnd ”meddelande om tilldelningsbeslut” att med hänsyn till samtliga omständigheter i anbudsvägning och anbudssammanställning hade upphandlande myndighet beslutat att anta det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kammarrätten i Sundsvall konstaterade att motiveringen att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas

---

<sup>102</sup> I målet hade klaganden yrkat att en förlängd avtalsspärr inte skulle gälla. Eftersom ingen förlängd avtalsspärr gällde, till följd av bristerna i tilldelningsbeslutet, kunde yrkandet inte bifallas.



inte uppfyllde de formella kraven på ett tilldelningsbeslut. Mot bakgrund härav bedömde rätten att någon avtalsspärr inte börjat löpa och inte heller någon tiodagarsfrist. Det enda fall jag funnit i vilket domstolen närmare har resonerat kring frågan om givna skäl uppfyller kraven på beslutsmotivering är Kammarrätten i Jönköpings mål nr 549-07 från den 27 mars 2007. Kammarrätten har i målet kommit fram till att brister i tilldelningsbeslutet i den aktuella upphandlingen lett till att tiodagarsfristen inte börjat löpa.<sup>103</sup> Kammarrätten anger att ett grundkrav på informationen i tilldelningsbeslut måste vara att mottagaren kan bedöma hur utvärdering skett och vilka överväganden som lett till det redovisade resultatet.<sup>104</sup> Upphandlingen i det aktuella målet avsåg ett visst läkemedel. Upphandlande myndighet hade gett som skäl för att anta det vinnande anbudet att det ”upphandlas av terapitraditionskäl.” Flera utvärderingskriterier, såsom medicinsk ändamålsenlighet och pris, med olika viktning hade angivits i anbudsinvjudan och informationen i underrättelsen innehöll ingen upplysning om hur eller hurvida de båda kriterierna hade beaktats. Domstolen menar att även utifall att begreppet terapitraditionskäl är en etablerad term inom läkemedelsområdet, motsvarar det, enligt den upphandlande myndighetens egen argumentation, inte kriteriet den medicinska ändamålsenligheten utan utgör endast en del av detta. Därmed var informationen i underrättelsen inte sådan att syftet med kravet på beslutsmotivering uppfyllts.

I målet RK 1571/07 från den 20 juli 2007 yrkade klaganden i andra hand att upphandlingen skulle rättas på så sätt att kommunen en gång till och på objektiva grunder skulle utvärdera anbuden från de två leverantörerna, bl.a. till följd av att det av varken förfrågningsunderlaget, tilldelningsbeslutet eller det i efterhand inkomna arbetsmaterialet/motiveringen gick att läsa ut hur bedömningen avseende funktionalitet hade genomförts eller poängsatts. Förvaltningsrätten (dåvarande länsrätten) i Jönköping gick dock på förstahandsyrkandet och uttalade sig därför inte kring de påstådda bristerna i motiveringen av tilldelningsbeslutet.

### **4.3 Interimistiskt beslut**

Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU och LUF anger, som ovan nämnts, att rätten får besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts i fall när avtalsspärr enligt 6, 8 eller 9 §§ LOU inte gäller, dvs. de får fatta ett interimistiskt beslut. Be-

---

<sup>103</sup> Målet är från tiden innan reglerna om avtalsspärr hade tillkommit, varför tiodagarsfristen för ansökan om överprövning var den aktuella följden av ett tilldelningsbeslut.

<sup>104</sup> Kammarrätten hänvisar i domen vad gäller denna fråga även till Kammarrättens i Stockholm dom den 2 december 2003 i mål nr 7459-03

stämelsen har, såvitt framgår av underlaget, tillämpats utan att avvika från de krav vad gäller tilldelningsbeslutet och underrättelsen om tilldelning som gäller i 9 kap. 9 § LOU och LUF. Förvaltningsrätten i Linköping har exempelvis i mål nr 2327-11 från den 4 april 2011 fattat ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 14 § LUF att upphandlande myndighet inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.<sup>105</sup> Detta eftersom tilldelningsbeslutet inte innehöll information om avtalsspärr och därmed inte uppfyller de krav som anges i 9 kap. 9 § LUF, varför avtalsspärren inte har börjat löpa. Därmed kunde förvaltningsrätten fatta ett interimistiskt beslut i enlighet med 16 kap. 14 § LUF.

#### **4.4 Övriga iakttagelser**

Vid genomgången av underrättspraxis kan utöver ovan nämnda iakttagelser också sägas att förlorande anbudsgivare i flera fall framställer yrkanden som framstår som chansartade. Ett exempel är mål nr 3519-11 från Kammarrätten i Stockholm, i vilket dom meddelades den 17 juni 2011. Här framför klaganden som alternativt yrkande att kammarrätten förklarar att förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 9 § LOU inträder under handläggningen i förvaltningsrätten i det fall att målet återförvisats av Högsta förvaltningsdomstolen. Kammarrätten förklarar i domen att de inte lagligen kan förklara att förlängd avtalsspärr inträder under handläggningen i förvaltningsrätten när mål återförvisats av Högsta förvaltningsdomstolen och avvisar yrkandet. Detta mål är bara ett exempel som visar på hur stor förvirring som råder bland leverantörer kring vilka yrkanden som kan framställas i domstol och hur regelverket ska tillämpas. Exemplet kan också belysa hur chansartade många ansökningar om överprövning framstår, hur leverantörer på vinst och förlust skickar in mer eller mindre noggrant avvägda ansökningar om överprövning.

## **5 Allmänna krav på förvaltningsbeslut**

### **5.1 Allmän förvaltningsrätt, EU och offentlig upphandling**

Reglerna om offentlig upphandling faller in under förvaltningsrätt. EU har inte kompetens att reglera den interna förvaltningspolitiken i medlemsstaterna utan det faller på medlemsstatens ansvar att bestämma formerna för hur EU:s regelverk ska genomföras.<sup>106</sup> Medlemsstaterna har en s.k. institutionell autonomi. Detta kan jämföras med utgångspunkten att EU är ett samar-

---

<sup>105</sup> Se även Förvaltningsrätten i Linköpings beslut från den 8 juli 2011 i mål nr 3831-11.

<sup>106</sup> Reichel 2010, s. 37

te mellan självständiga stater och inte en gemensam stat. I artikel 4 EUF stadgas att i enlighet med artikel 5 EUF ska varje befogenhet som inte tilldelats EU genom fördragen tillhöra medlemsstaterna. Varje medlemsstat är följaktligen fri att utforma och tillämpa sina lagar så länge de inte strider mot gemenskapens bestämmelser. I artikel 4.3 EUF stadgas lojalitetsprincipen som medför att unionen och medlemsstaterna ska respektera och bistå varandra när de fullgör de uppgifter som följer av fördragen. Denna princip kan läggas till grund för att ställa krav på medlemsstaterna och dess förvaltningsmyndigheter att aktivt delta i arbetet att implementera EU-rätten på nationell nivå.<sup>107</sup> EU har enligt artikel 6 g FEUF tilldelats befogenhet att vidta åtgärder för att stödja, samordna eller komplettera medlemsstaternas åtgärder inom administrativt arbete. Detta ska ses som ett frivilligt samarbete där EU kan erbjuda hjälp till medlemsstaten som är fri att acceptera eller tacka nej till hjälpen.<sup>108</sup> En avvägning får göras mellan EU:s kompetens att reglera den inre marknaden, vad gäller exempelvis fri rörlighet, och det faktum att EU inte har någon självständig kompetens på förvaltningsrättens område.<sup>109</sup> Det kan också sägas att artikel 298 i FEUF ger unionen kompetens att anta interna förvaltningsrättsliga regler i den meningen att EU har möjlighet att anta en allmän förvaltningslag för de egna institutionerna.<sup>110</sup> EU har trots begränsad kompetens på förvaltningsrättens område möjlighet att påverka nationella förvaltningsmyndigheter utifrån en rättslig grund där de har kompetens, om det anses nödvändigt för att uppnå de mål som återfinns i fördragen. EU kan anta direktiv som ålägger nationella förvaltningsmyndigheter att följa vissa regler till följd av sin befogenhet att vidta åtgärder för att upprätta den inre marknaden, såsom ex. upphandlingsdirektiven. I artikel 6.1 EUF erkänns den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000 (Stadgan), anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg, samma rättsliga värde som fördragen. I Stadgan ger EU en tolkning av vad som utgör en god förvaltning. Stadgan innehåller minimiregler och varje medlemsstaterna är fri att gå längre i sin strävan att ge enskilda skydd.<sup>111</sup>

Förvaltningslagen (1986:223), FL, bildar grundvalen för förvaltningsförfarande i Sverige och anger regler som ska tillämpas hos praktiskt taget alla myndigheter på alla områden.<sup>112</sup> Sammanfattningsvis kan sägas att Sverige får utforma sin förvaltningsrätt fritt så länge den inte

---

<sup>107</sup> A.a. s. 62

<sup>108</sup> A.a. s. 57 f

<sup>109</sup> A.a. s. 65

<sup>110</sup> SOU 2010:29 s. 65

<sup>111</sup> A.bet. s. 69

<sup>112</sup> Hellners och Malmqvist 2010, s. 13

strider mot EU:s reglering. Det finns således ingenting som i sig hindrar upphandlande myndigheter att tillämpa FL, så länge innehållet i bestämmelserna inte strider mot EU:s reglering. I det följande kommer krav på beslutsmotivering samt underrättelse av beslut i FL studeras. Artikel 296 i FEUF föreskriver att rättsakter ska motiveras på så vis att de grunder som har föranlett institutionen att anta dem ska anges. Vidare anges i artikel 41.2 c i Stadgan att institutionernas skyldighet att motivera sina beslut är ett inslag i rätten till god förvaltning. För att motiveringskyldighetens syfte ska uppnås behöver den enskilde få del av fattade beslut får artikel 41 i Stadgan även anses innebära en skyldighet att underrätta enskilda om beslutens innehåll.<sup>113</sup> Dessa regler gäller, som ovan nämnts, endast för EU:s egna institutioner och inte för nationella förvaltningsmyndigheter. Eftersom FL:s bestämmelser om beslutsmotivering samt underrättelseskyldighet inte står i strid med EU:s reglering finns inget hinder mot att tillämpa dessa bestämmelser i FL på offentlig upphandling.

Bestämmelserna i FL har karaktär av basregler och minimikrav som avser förfarandets kvalitet. Specialbestämmelser för olika förvaltningsrättsliga områden fyller inte sällan ut FL:s regelverk, såsom exempelvis LOU och LUF. Eftersom offentlig upphandling tillhör förvaltningsrätten är det relevant att se till bestämmelser och principer inom den allmänna förvaltningsrätten för att möjligtvis finna ledning till hur bestämmelser i LOU och LUF kan tolkas. Det kan sägas att den allmänna förvaltningsrätten är mycket omfattande och mångfacetterad samt att en analog tillämpning kan anses lämpligare ju mer likheter som finns mellan två situationer. Ärendena i det rättsområde, från vilket inspiration till tolkning hämtas, bör därför ha likheter med ärendena i offentlig upphandling. Ärendena inom offentlig upphandling utgör i regel flerpartsärenden, dvs. tilldelningsbeslutet är gynnande för vinnande leverantör men går samtidigt övriga leverantörer emot. Ett exempel på andra flerpartsärenden är beslut enligt plan och bygglagen (2010:900), PBL. Där finns motsatta intressen hos grannar i bygglovsärenden.<sup>114</sup> Situationen när en enskild söker bygglov och en granne yttrar sig i ärendet, varpå en förvaltningsmyndighet fattar ett beslut i ärendet, liknar situationen som är för handen när en upphandlande myndighet ska fatta ett tilldelningsbeslut. Detta eftersom oavsett hur utgången av beslutet blir kommer den ena parten att uppfatta beslutet som gynnande och den andra som

---

<sup>113</sup> SOU 2010:29 s. 77

<sup>114</sup> Malmqvist, Riberahl och Torngren 2000, s. 72 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 244 f

betungande.<sup>115</sup> Eftersom bygglovsärenden på så vis liknar upphandlingsärenden har jag valt att särskilt studera vilka krav som ställs på motivering av samt underrättelse om beslut om lov enligt PBL.

## 5.2 Myndighetsutövning och offentlig upphandling

Ett antal bestämmelser i FL är begränsade till att omfatta endast ärenden som rör myndighetsutövning.<sup>116</sup> Hellners och Malmqvist menar att den avgränsning som görs genom begreppet myndighetsutövning, se nedan, inte får uppfattas så att den hindrar att bestämmelserna tillämpas analogt i ärenden som faller utanför myndighetsutövningens område.<sup>117</sup> Detta eftersom bestämmelserna i FL utgör en minimistandard och därmed är förvaltningsmyndigheterna oförhindrade att tillämpa bestämmelserna i syfte att ge ett vidare rättsskydd till enskilda.

Begreppet myndighetsutövning kan sägas ha samma betydelse i dagens FL som den hade i den äldre förvaltningslagen (1971:290), ÄFL.<sup>118</sup> Där beskrevs begreppet myndighetsutövning som ”utövning av befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd, avskedande eller annat jämförbart förhållande”.<sup>119</sup> Det handlar om beslut och andra åtgärder som kan uttrycka samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna.<sup>120</sup> Myndighetsutövning kan medföra förpliktelser, men behöver inte göra det utan kan också utgöra gynnande beslut såsom tillstånd.<sup>121</sup> Ett kännetecken för myndighetsutövning är att den enskilde befinner sig i ett beroendeförhållande till myndigheten. Vid förpliktande beslut måste den enskilde rätta sig efter beslutet, annars kan exempelvis sanktioner användas emot denne. Vid gynnande beslut krävs det att den enskilde vänder sig till myndigheten och dess tillämpning av regelverket på området har avgörande betydelse för den enskilde. Det kan sägas att myndighetsutövning innebär att en myndighet ensidigt avgör en enskilds rättigheter och skyldigheter inom vissa ramar av lagar och andra författningar.<sup>122</sup> Begreppet myndighetsutövning omfattar endast sådana ärenden där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndig-

---

<sup>115</sup> För fördjupad analys av PBL:s förfarande som tvåpartsmål samt om parter motstående intressen, se Lavin 1992, s. 97 ff., främst s. 113-119

<sup>116</sup> Se bl.a. 16, 17, 18, 20 och 21 §§ FL

<sup>117</sup> Hellners och Malmqvist 2010, s. 34

<sup>118</sup> Prop. 1985/86:80, s. 55

<sup>119</sup> 3 § ÄFL

<sup>120</sup> Prop. 1971:30 Del 2, s. 331

<sup>121</sup> Skatteverket – Rätt handlagt, SKV 119 utgåva 5, Elanders Sverige 2011, s. 59

<sup>122</sup> A.a. s. 59

heten.<sup>123</sup> Diskussioner kring myndighetsutövning mot enskilda bör utgå från den enskildes perspektiv, särskilt när det gäller beslut som rör människor, detta eftersom begreppet tillkom i syfte att skydda den enskilde mot offentlig maktutövning.<sup>124</sup>

En fråga, som det finns olika uppfattningar om, är huruvida offentlig upphandling utgör myndighetsutövning. Hentze och Sylvén redogör i Lagbokskommentaren Offentlig Upphandling för varför upphandling enligt LOU inte kan anses vara myndighetsutövning.<sup>125</sup> De anför att upphandlingskontrakt är privaträttsliga kontrakt och att många upphandlande myndigheter är privata företag som bedriver verksamhet med särskilt tillstånd. Vidare har de upphandlande myndigheterna ingen fri prövningsrätt utan det enda de kan påverka är vilka kvalifikationskrav och anbudsutvärderingskriterier som ska gälla i en enskild upphandling. Leverantörerna konkurrerar frivilligt om kontrakten, på samma sätt som vid privata affärer. Hentze och Sylvén menar att ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med någon enskild faller utanför begreppet myndighetsutövning, varför statens upphandling inte utgör myndighetsutövning. Wennergren nämner upphandling som exempel på beslut som inte utgör myndighetsutövning, jämte annan affärsverksamhet, egendomsförvaltning och andra privaträttsliga mellanhavanden.<sup>126</sup> Madell konstaterar kort att det allmännas upphandling inte berörs av regler som är avsedda att gälla vid myndighetsutövning.<sup>127</sup>

JO har uttalat sig om huruvida upphandling utgör myndighetsutövning och fann i sin granskning JO 3006-2005 att när det gäller offentlig upphandling kan det inte vara fråga om myndighetsutövning.<sup>128</sup> Slavicek anför i rapporten Mångfald och offentlig upphandling att undantaget av kommunernas upphandlingsbeslut från laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen kan tolkas som att upphandling inte utgör myndighetsutövning.<sup>129</sup> Han anför också att det offentlighetsrättsliga inslaget ökar om det accepteras att offentlig upphandling ska användas

---

<sup>123</sup> Hellners och Malmqvist 2010, s. 26

<sup>124</sup> Staaf och Zanderin 2011, s. 57

<sup>125</sup> Hentze och Sylvén 1998, s. 364 f

<sup>126</sup> Wennergren 2011, s. 32

<sup>127</sup> Madell 1998, s. 130 och Madell 2000, s. 28

<sup>128</sup> Se JO 3006-2005 som återfinns i JO:s ämbetsberättelse 2007/08 s. 521. Se även JO:s ämbetsberättelse 2002/03 s. 446 vari JO kommer till samma slutsats.

<sup>129</sup> Se Slavicek, Mångfald och offentlig upphandling. Rapport från NOU, dnr 1999/0197-29. 2001-03-20 (2011-11-07 kl. 19.51) <http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/pdf/99-197.pdf> Se även RÅ 2001 ref. 18 som visar att beslut på vilka LOU är tillämpliga inte kan bli föremål för laglighetsprövning, men att beslutet kan prövas enligt 10 kap. kommunallagen i fall där LOU inte är tillämplig.

till att driva igenom allmänna politiska målsättningar, exempelvis miljökrav. Hans slutsats är att en utveckling mot myndighetsutövning inte stämmer överens med de principer som regelverket för offentlig upphandling bygger på. Han tror dock att en politisk enighet och vilja att förändra detta i framtiden kan medföra att offentlig upphandling skall fylla också denna funktion, men att regelverket i det läget måste genomgå omfattande förändringar.

Warnling-Nerep argumenterar för att synen på om upphandling utgör myndighetsutövning bör nyanseras.<sup>130</sup> Hon menar att en uppdelning mellan offentlig rätt och civilrätt är en vansklig och förlegad förenkling av hur verkligheten ser ut.<sup>131</sup> Vissa delar av offentlig upphandling är utpräglat civilrättsliga medan andra delar är utpräglat offentligrättsliga såsom att staten ålägger upphandlande myndigheter ett visst agerande, att upphandlande myndigheters agerande kan överprövas i förvaltningsdomstol samt att vissa rättsmedel kan tillgripas. Gränserna mellan rättsområdena har i stor utsträckning kommit att luckras upp. Hon menar att offentlig upphandling har kommit att klassificeras som civilrätt och att det offentligrättsliga begreppet myndighetsutövning till följd härav inte har ansetts tillämpligt.<sup>132</sup> Warnling-Nerep förordar att offentlig upphandling ska bedömas i ett större sammanhang. Hon menar att det faktum att upphandling länge setts som en affärstransaktion inte är ett relevant argument eftersom omständigheterna kring rättsområdet har förändrats mycket i takt med att lagstiftningen anpassats till EU-rätten. Hon menar slutligen att rättsfallet RÅ 2005 ref. 10 kan användas som argument för att offentlig upphandling handlar om en offentligrättslig maktutövning mot sökanden och att det är en situation av myndighetsutövning mot en enskild, samt att den enskilde inte på något sätt är att betrakta som en jämbördig motpart till kommunen.<sup>133</sup> I rättsfallet hade Nyköpings kommun ingått ett avtal med Ryanair utan att tillämpa LOU. Varken det faktum att LOU inte hade tillämpats eller det att avtal redan hade ingåtts ansågs utgöra hinder för en överprövning enligt LOU. Sammanfattningsvis anser Warnling-Nerep att synen på upphandlingsmål måste revideras, eftersom enkla sanningar om vad som utgör civilrätt är förlegade.<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> Se Warnling-Nerep, JT 2006-07, s. 384-407

<sup>131</sup> A.a. s. 385, 391 och 397 f

<sup>132</sup> A.a. s. 398

<sup>133</sup> A.a. s. 404

<sup>134</sup> A.a. s. 407

### 5.3 Motivering av beslut

Lagstiftaren har infört en motiveringsskyldighet vad gäller tilldelningsbeslutet i offentlig upphandling, lik den som enligt förvaltningslagen gäller vid myndighetsutövning. Trots att det, som ovan framgår, kan diskuteras huruvida offentlig upphandling utgör myndighetsutövning faller rättsområdet in under förvaltningsrätten och eftersom lagstiftaren aktivt valt att föra in en motiveringsskyldighet i LOU förefaller det relevant att se hur motiveringsskyldigheten enligt FL tillämpas för att leta stöd för hur motiveringsskyldigheten i LOU skulle kunna tolkas. Studien av motiveringsskyldigheten i FL bör läsas med beaktande av att det är oklart huruvida tillämpningen av LOU är att anse som myndighetsutövning.

#### 5.3.1 Motiveringsskyldigheten enligt FL

I 20 § FL stadgas en motiveringsskyldighet vid förvaltningsbeslut. Motiveringsskyldigheten gäller slutliga beslut, dvs. beslut genom vilka myndigheten avgör ett ärende i sak, avvisar en talan eller avskriver ett ärende.<sup>135</sup> Den innebär att myndighetens beslut ska innehålla de skäl som har bestämt utgången och är begränsad till att gälla beslut i ärenden som avser myndighetsutövning mot någon enskild (se diskussion ovan avsnitt 5.2). Bestämmelsens andra stycke stadgar att när skälen har utelämnats bör myndigheten på begäran om möjligt upplysa part om skälen i efterhand. Här avses de fall när ett undantag enligt första stycket har tillämpats. Att lämna skäl i efterhand är ingen skyldighet men bör göras när det är möjligt.<sup>136</sup>

I 20 § FL stadgas fem undantag från motiveringsskyldigheten. Det första undantaget gäller gynnande beslut. Offentlig upphandling utgör vanligtvis flerpartsärenden, varför tilldelningsbeslutet är gynnande för en av parterna samtidigt som det går en annan part emot. Ett sådant ärende behöver enligt huvudregeln motiveras.<sup>137</sup> Det andra undantaget gäller om beslutet rör tjänstetillsättning, antagning för frivillig utbildning, betygssättning, tilldelning av forskningsbidrag eller något jämförbart. Här skiljer inte lagtexten på avgöranden i sak och beslut att inte ta upp ett ärende till prövning. I det senare fallet bör motiveringsskyldigheten kvarstå.<sup>138</sup> Det tredje undantaget gäller om det är nödvändigt med hänsyn till rikets säkerhet, skyddet för enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden eller något jämförbart förhållande. Här är syftet främst att skydda de fall där sekretesskäl gör det nödvändigt att utelämna skälen för

---

<sup>135</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 73 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 234

<sup>136</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 73

<sup>137</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 72 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 244 f

<sup>138</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 72



beslutet. Myndigheten bör i sådana fall hellre lämna en allmän motivering än att utelämna den helt.<sup>139</sup> Undantag fyra gäller när ett snabbt avgörande krävs av situationen på det att myndigheten inte hinner formulera skälen. Slutligen är ärenden om meddelande av föreskrifter enligt 8 kap. Regeringsformen (1974:152) undantagna.

Motiveringen av ett beslut ska innehålla det som är nödvändigt för att det ska framgå för parten vilka faktiska förhållanden som är relevanta samt hur myndigheten har resonerat gällande springande punkter, dvs. sådana punkter där meningarna kan gå isär. Dessa springande punkter ska utgöra fokus i motiveringen och de kan avse faktabedömning, rättstillämpning eller skönsässig bedömning där sådan befogenhet finns.<sup>140</sup> Det kan inte begäras att myndighetsbeslut ska se ut som domstolarnas domar, men de ska göra att parten förstår vilka faktiska förhållanden som är avgörande, vilka regler som är tillämpliga samt hur myndigheterna resonerat.<sup>141</sup> I prop. 1971:30 anförde föredraganden att ”förvaltningslagen i princip inte uppställer något krav på att förvaltningsmyndigheternas beslut skall innehålla detaljerade redogörelser för sakförhållandena i ärendena och vidlyftiga resonemang om hur dessa förhållanden bedömts rättsligen av myndigheten”.<sup>142</sup> Vidare ska motiveringen alltid utgå ifrån verklig substans, dvs. en standardmotivering får användas men ska alltid kunna anpassas eller kompletteras för att passa omständigheterna i det enskilda ärendet.<sup>143</sup> Enklare rutinbeslut kan ges enklare motivering, medan beslut som mer påtagligt ingriper i den enskildes liv ställer större krav på en utförlig motivering.<sup>144</sup>

Det är väsentligt för den enskilde att myndigheten redovisar skälen som ligger till grund för sitt beslut. Detta eftersom det är när myndigheten öppet visar hur den kommit fram till beslutet som den enskilde kan kontrollera om urskiljning och värdering av relevanta fakta, samt bedömningen av dessa, har gått till i enlighet med tillämpliga rättsregler. En motivering av ett beslut kan antingen övertyga den enskilde om att beslutet är korrekt eller ge den enskilde underlag för ett överklagande av beslutet. I ett vidare perspektiv värnar kravet på beslutsmoti-

---

<sup>139</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 72 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 247

<sup>140</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 71 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 236 ff.

<sup>141</sup> Skatteverket – Rätt handlagt, SKV 119 utgåva 5, Elanders Sverige 2011, s. 104

<sup>142</sup> Prop. 1971:30 Del 2, s. 492

<sup>143</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 71 f och Hellners och Malmqvist 2010, s. 241 f

<sup>144</sup> Skatteverket – Rätt handlagt, SKV 119 utgåva 5, Elanders Sverige 2011, s. 103 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 237

vering om allmänhetens tilltro till myndigheternas objektivitet och kompetens.<sup>145</sup> Motiveringsskyldigheten förutsätts också skapa garantier för en omsorgsfull och saklig prövning av ärenden samt en enhetlig rättstillämpning som ska leda till ökad rättssäkerhet.<sup>146</sup>

En beslutsmotivering som i huvudsak återger lagtext, utan att myndigheten på ett begripligt sätt gjort parten uppmärksam på hur lagtexten är uppfylld, är en bristfällig beslutsmotivering.<sup>147</sup> Detta följer av JO 1981/82 där JO riktar kritik mot ett beslut från försäkringskassan gällande ersättning för en arbetsskada samt av JO 1990/91 där JO anför att ett beslut, i detta fall fattat av en kriminalvårdsanstalt, inte bara får hänvisa till tillämplig lagtext utan ska visa vad som varit avgörande för utgången av fallet.

### 5.3.2 Motiveringsskyldigheten enligt PBL

Motiveringsskyldigheten som stadgas i FL omfattar beslut varigenom ärenden om lov i PBL avgörs.<sup>148</sup> Av 9 kap. 40 § PBL framgår att ett bygglov, rivningslov eller marklov ska innehålla information om vilken giltighetstid lovet har, om någon ska vara kontrollansvarig och att lovet inte innebär en rätt att påbörja den sökta åtgärden förrän byggnadsnämnden har gett startbesked enligt 10 kap. Vidare framgår att lovet ska innehålla de villkor och upplysningar som följer av 23, 36, 37 eller 38 §§ eller behövs i övrigt. Eftersom specialregleringen inte säger något om beslutsmotivering blir 20 § FL tillämplig.

JO har vid ett flertal tillfällen riktat kritik mot beslutsmotiveringar i ärenden om lov enligt PBL, kritik vilken kan vara värd att notera också vad gäller motivering av tilldelningsbeslut. I sitt beslut med diarienummer 3337-2001 från den 5 juni 2002 kritiserar JO bristen på överskådlighet av beslutsmotivering i byggnadsnämnden i Uppsala kommuns protokoll rörande ärende 2000, § 472.<sup>149</sup> JO anförde att skälen för beslutet återfanns på skilda ställen i protokollet, under olika rubriker, utan att någon rimlig anledning till detta fanns. Hänvisning till lagrum och skälen för beslutet i övrigt bör, enligt JO:s mening, samlas under en rubrik.

---

<sup>145</sup> Ragnemalm 2007, s. 112

<sup>146</sup> Skatteverket – Rätt handlagt, SKV 119 utgåva 5, Elanders Sverige 2011, s. 103

<sup>147</sup> JO 1981/82 s. 276 och JO 1990/91 s. 101

<sup>148</sup> Se prop. 1993/94:178 s. 44. Förarbetet avser den äldre plan- och bygglagen men har inte ändrats avseende FL:s tillämplighet, se Karnov kommentar till 9 kap. 40 § PBL av Jesper Blomberg.

<sup>149</sup> Se rubrik 3.16 i JO beslut dnr 3337-2001. Beslutet återfinns också delvis i JO:s ämbetsberättelse 2007/08 s. 521.

JO har i sin ämbetsberättelse från år 1993/94 riktat kritik gentemot byggnadsnämnden i Uppsala kommun vad gäller uppgifter om underlag för prövningen, motivering med avseende på sökandenas motparter samt expedition till parter.<sup>150</sup> De ärenden kritiken gällde var samtliga positiva förhandsbesked avseende bygglov, vilka innehöll information till sökanden om att grannar haft synpunkter på respektive ansökan och därmed har rätt att överklaga byggnadsnämndens beslut.<sup>151</sup> Uppgifter som skulle kunna anses utgöra motiveringar till beslutet, i den del de gick grannarna emot, saknades.<sup>152</sup> Det som anförs i ärendena uppfyller inte de krav på tydlighet och tillgänglighet som måste ställas. Vidare saknas i ett ärende en fullständig lista över dem som ska underrättas om beslutet eftersom uppgifter om grannarna saknas. JO antecknar att redogörelser för prövningsunderlaget bör vara konsekvent utförda och fullständiga på alla punkter. Skälen får, enligt 20 § FL, utelämnas bl.a. när beslutet inte går någon part emot, dock föreligger motiveringsskyldigheten i allmänhet i flerpartsfall när beslutet går somliga parter emot. Sakägare m.fl. är parter i ett ärende när de beretts tillfälle att yttra sig i ett bygglovsärende. JO anser att det bör vara möjligt att i korthet klargöra vilken betydelse parternas yttranden tillmäts för prövningen, även i de fall parter som motsatt sig bifall till ansökan inte har gett mer ingående och vägande synpunkter.<sup>153</sup> I ett annat ärende i samma ämbetsberättelse har JO anfört att en länsstyrelse genom att avslå ett överklagande av en byggnadsnämnds beslut med hänvisning till de skäl som byggnadsnämnden redovisat i sitt beslut agerat felaktigt.<sup>154</sup> De borde, enligt JO:s kritik, ha återgett skälen alternativt tagit in byggnadsnämndens beslut i en bilaga till beslutet.

JO riktade i sin ämbetsberättelse från år 1975/76 kritik mot en motivering av ett avslagsbeslut rörande bygglov.<sup>155</sup> Sökanden framhöll att byggnadsföretaget inte skulle komma att innefatta tätbebyggelse och åberopade flera omständigheter till stöd. Länsstyrelsen avtog besvären och sa bl.a. att byggnadsföretaget innefattade tätbebyggelse. JO uttalade att i det aktuella fallet hade klaganden hävdats och angivit skäl för att byggnadsföretaget inte innefattade tätbebyggelse och det måste anses ha varit av väsentligt intresse för honom att få veta skälen till varför den argumentation han framfört hade underkänts. Därmed menade JO att länsstyrelsen hade varit skyldig att motivera sitt uttalande att byggnadsföretaget innefattade tätbebyggelse.

---

<sup>150</sup> Se rubrik 3.15 i JO beslut dnr 3337-2001

<sup>151</sup> JO:s beslut gällde ärendena 2000, § 471, 474 och 476, samt 2001, § 81

<sup>152</sup> JO hänvisar här även till ärendet 2000, § 688.

<sup>153</sup> JO 1993/94 s. 402

<sup>154</sup> JO 1993/94 s. 185

<sup>155</sup> JO 1975/76 s. 448

## 5.4 Underrättelse av beslut

### 5.4.1 Underrättelseskyldighet enligt FL

Att en part, och även andra intressenter, underrättas om ett beslut är av betydelse i flera avseenden. För den enskilde är det naturligtvis betydelsefullt att få veta utgången i ett ärende. Vidare börjar i allmänhet överklagandetiden att löpa när beslutet ges till kända. Förpliktigande beslut kan inte heller verkställas innan den som berörs av beslutet fått del av utgången.<sup>156</sup> Underrättelseskyldigheten som stadgas i 21 § FL omfattar beslut varigenom myndigheten avgör ärendet om detta avser myndighetsutövning mot någon enskild. Skyldigheten omfattar således inte beslut under beredningen. Den som ska underrättas om beslutet är den som är part i ärendet. Om det är uppenbart obehövt behöver underrättelse dock inte ske. Att ett beslut är gynnande för parten medför inte att underrättelse är uppenbart obehövt. Ett exempel på uppenbart obehövt kan vara ett rutinemässigt beslut om folkbokföring som grundar sig på de uppgifter parten lämnat in. Undantaget ska användas restriktivt.<sup>157</sup>

Myndigheten kan bestämma i vilken form underrättelsen ska ske; muntligt, per post, genom delgivning eller på något annat sätt.<sup>158</sup> Förordningen (2003:234) om tiden för tillhandahållande av domar och beslut m.m. innehåller föreskrifter för domstolar och statliga förvaltningsmyndigheter avseende exempelvis tiden för tillhandahållande av handlingar, hur handlingar ska tillhandahållas och upplysningar till enskilda.<sup>159</sup> Av förordningen följer bl.a. att en handling som ska tillhandahållas bör skickas med post, om inte något annat sätt är begärt. En handling får skickas med telefax eller e-post eller på annat sätt tillhandahållas elektroniskt om det är lämpligt. I sista hand bör mottagaren underrättas om var handlingen kan hämtas ut.

Myndigheter har en serviceskyldighet gentemot medborgare, vilken regleras i flera författningar, bl.a. i 4 kap. 2 § och 6 kap. 6 § OSL och i 4 och 5 §§ FL.<sup>160</sup> Serviceskyldigheten enligt FL stadgar att varje myndighet ska lämna upplysningar, vägledning, råd och annan sådan hjälp till enskilda i frågor som rör myndighetens verksamhetsområde, i lämplig utsträckning med hänsyn till frågans art, den enskildes behov och myndighetens verksamhet.<sup>161</sup> Service-

---

<sup>156</sup> Skatteverket – Rätt handlagt, SKV 119 utgåva 5, Elanders Sverige 2011, s. 107

<sup>157</sup> A.a. s. 108

<sup>158</sup> A.a. s. 109

<sup>159</sup> A.a. s. 28

<sup>160</sup> A.a. s. 28

<sup>161</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 21 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 75

skyldigheten begränsas dels av sekretessbestämmelserna i främst OSL och dels av att hjälp endast ska lämnas i den utsträckning som är lämplig.<sup>162</sup>

#### **5.4.2 Underrättelseskyldighet enligt PBL**

I flerpartsfall, såsom i ärenden om lov enligt PBL, gäller underrättelseplikten gentemot var part för sig.<sup>163</sup> Har en part fått fullmakt att företräda övriga parter, behöver endast den befullmäktigade parten underrättas.<sup>164</sup>

JO anför i sitt beslut 3337-2001, från den 5 juni 2002, att underrättelse om innehållet i ett beslut igenom vilket ett ärende om lov eller förhandsbesked avgörs, enligt 8 kap. 27 § första stycket och 34 § fjärde stycket PBL, utöver sökanden ska sändas till sådan i 22 § första stycket omnämnd person, organisation eller förening som yttrat sig i ärendet, om det inte är uppenbart obehövligt.<sup>165</sup> Att underrättelse är obehövligt kan anses vara fallet endast när den som yttrar sig har tillstyrkt den åtgärd till vilken lov lämnats.

## **6 Diskussion**

### **6.1 Sedvanlig gällande rätt**

Mitt syfte med detta arbete har varit att, i den mån det är möjligt, klargöra vilka krav som bör ställas på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning och sedermera undersöka vilka krav som idag faktiskt ställs på dessa. Kapitel 2 gav en bakgrund till hur regleringen kring tilldelningsbeslutet har vuxit fram och kapitel 3 syftade till att utreda sedvanlig gällande rätt utifrån lagstiftning, förarbeten, vägledande praxis och doktrin. Det jag funnit är att ingen bestämmelse preciserar hur tilldelningsbeslutet ska vara utformat eller vad det ska innehålla, utan detta får utläsas ur bestämmelser som angränsar till ämnet. Däremot regleras underrättelser om tilldelning i 9 kap. 9 § LOU och krav ställs på att en upphandlande myndighet snarast möjligt ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna skriftligen om det tilldelningsbeslut som har fattats och om skälen för besluten, samt ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 6 § LOU inte får ingås (avtalsspärr). Regleringen är odetaljerad och lämnar ett tolk-

---

<sup>162</sup> Malmqvist, Riberdahl och Torngren 2000, s. 21 och Hellners och Malmqvist 2010, s. 76 f

<sup>163</sup> Hellners och Malmqvist 2010, s. 254

<sup>164</sup> A.a. s. 120 f och 254

<sup>165</sup> Se rubrik 3.15 i JO beslut dnr 3337-2001

ningsutrymme till tillämparen att fylla, vad gäller t.ex. i vilken form upplysningar om tilldelningsbeslut ska lämnas, när snarast möjligt är och vad det innebär att ange skäl för beslutet.

Syftet med de upplysningar som ska lämnas i underrättelsen om tilldelning är att de leverantörer som deltagit i en upphandling ska kunna bilda sig en uppfattning om huruvida deras ansökningar respektive anbud har blivit korrekt bedömda.<sup>166</sup> Detta syfte ger grunden till vilka krav som kan ställas på motiveringen av tilldelningsbeslutet och angivna skäl till beslutet måste bedömas utifrån syftet. Jag tolkar det som att domstolen får ställa sig frågan om klagande leverantör till följd av angivna skäl bort förstå vilka omständigheter som lagts till grund för beslutet samt hur dessa har bedömts. Är svaret jakande bör upphandlande myndighet ha uppfyllt den motiveringsskyldighet som åligger den enligt 9 kap. 9 § LOU.

Ett par remissinstanser uttryckte enligt prop. 2009/10:180 en önskan om mer specifik reglering av vilken information som ska finnas med i en underrättelse om tilldelning.<sup>167</sup> Utöver dessa två var det bara en remissinstans till som yttrade sig särskilt i frågan och den önskade mer lättförståeligt språk. Jag anser att otydligheten i lagtextens krav gör att det finns en osäkerhet, och framför allt en stor variation, vad gäller hur tilldelningsbeslut kan utformas och vad de ska innehålla. En tydligare reglering kunde undvikit denna osäkerhet.

Leverantörernas rätt att ansöka om överprövning är, såsom Falk anför, beroende av kommunikeringen av tilldelningsbeslutet.<sup>168</sup> Jag instämmer i regeringens argument att det faktum att avtalsspärren börjar löpa först sedan underrättelse skickats bör utgöra incitament nog för att upphandlande myndighet ska skicka underrättelsen om tilldelning så snart beslutet är fattat. Själva anledningen till att upphandlande myndighet har påbörjat en upphandlingsprocess är att de har behov av att köpa in något; en vara, tjänst eller något annat. Dess mål är följaktligen att slutföra affären för att kunna använda sitt nya inköp i verksamheten. Eftersom affären kan slutföras först sedan tilldelningsbeslutet har kommunicerats och avtalsspärren löpt ut måste myndigheten vara angelägen om att skicka underrättelsen så snart som möjligt. Några klagomål kring att underrättelsen har skickats för sent har jag inte heller funnit bland de rättsfall jag undersökt. Min slutsats i frågan är således att behovet av en närmare definiering av begreppet ”snarast möjligt” i 9 kap. 9 § LOU är litet.

---

<sup>166</sup> Falk 2009 s. 305

<sup>167</sup> Prop 2009/10:180 s. 112 f, se ovan avsnitt 3.2.1

<sup>168</sup> Falk 2009, s. 305, se ovan avsnitt 3.2.2

Falk anför att det finns en osäkerhet kring vad begreppet anbudssökande betyder i sammanhanget vilka leverantörer som ska sändas en underrättelse om tilldelning (se ovan avsnitt 3.2.2). Jag har inte funnit något i praxis som bekräftar att denna osäkerhet skulle medföra ett problem, varför jag väljer att inte diskutera frågan ytterligare.

Det saknas klagande praxis från HFD kring vilka krav som ställs på tilldelningsbeslutet samt underrättelsen av beslutet. Det enda fall jag funnit är RÅ 2009 ref. 70 vilket klargör att tilldelningsbeslut som anslås på en Internetadress, vilken berörda leverantörer har tillgång till, och underrättelse om tilldelning som skickas via e-post uppfyller kravet på skriftlighet.

Vilka krav bör sammanfattningsvis ställas på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning enligt sedvanlig gällande rätt? Det tydligaste kravet gällande beslutsmotivering är att syftet med motiveringsskyldigheten ska uppnås, dvs. att leverantören ska förstå vilka omständigheter som ligger till grund för beslutet och hur dess anbud har bedömts. Vad som är en tillräckligt utförlig beslutsmotivering är i slutändan en bedömningsfråga i varje enskilt fall. Vad gäller underrättelseskyldigheten anser jag att oklarheten i begreppet snarast möjligt inte bör utgöra något problem. Det som är klargjort är att en underrättelse som skickas över Internet uppfyller kravet på skriftlighet.

## **6.2 Tillämpningen i praktiken**

Under kapitel 4 presenterades den praxis från kammarrätt och förvaltningsrätt jag studerade i syfte att hitta exempel på hur kraven på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning har tillämpats i praktiken. Underrättspraxis är inte prejudicerande och ska inte heller ha normgivande verkan för tillämpare av lagstiftningen, även om förvaltningsrätter i praktiken inte sällan ser till kammarrättspraxis och hänvisar till den i sina domar. Studien av underrättspraxis var nödvändig för att visa hur bestämmelserna har tillämpats i praktiken. För att se om tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning har uppfyllt de krav som ställs på dem eller inte har jag letat efter fall som innehåller någon av de två följderna av beslutet jag valt, närmare bestämt fall som behandlar om en avtalsspärr har börjat löpa alternativt om den absoluta sekretessen enligt 19 kap. 3 § OSL har upphört. Resultatet ska läsas med vetskapen om att underrättspraxis inte är avsedd att vara normerande.

Kammarrätten i Jönköpings menar att upphandlande myndighet ska ha rätt att fatta ett nytt tilldelningsbeslut trots att ett interimistiskt beslut hindrade omprövning av gällande tilldelningsbeslut.<sup>169</sup> Rättens argument att på samma sätt som ett interimistiskt förordnande inte utgör hinder för en upphandlande myndighet att avbryta en upphandling fram tills dess att ett upphandlingskontrakt har ingåtts, kan det inte heller förhindra en mindre ingripande åtgärd såsom omprövning eller rättelse av ett tilldelningsbeslut, förefaller logiskt. Uppfattningen är dock inte bekräftad av HFD och framgår inte heller av lag eller förarbeten. Samma argument anser jag bekräfta de domar som visar att upphandlande myndighet kan rätta eller ompröva tilldelningsbeslut, förutsatt att det inte görs i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingslagarna och så länge de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna inte träds förnär.<sup>170</sup>

Kammarrättspraxis har vidare visat att ett nytt tilldelningsbeslut utgör en ny sak i förhållande till det förra beslutet, på det att res judicata inte föreligger, såtillvida det nya beslutet inte kan ses som verkställighet av en dom.<sup>171</sup> Denna praxis är förhållandevis specifik och kan tolkas såsom en huvudregel som säger att ett nytt tilldelningsbeslut är en ny sak och ett undantag från huvudregeln i det fall det nya tilldelningsbeslutet endast är att se som verkställighet av en tidigare dom. Dock behöver detta bekräftas av HFD för att den ska kunna utgöra en tillförlitlig vägledning.

Vad gäller innehållet i tilldelningsbeslutet kan det konstateras att brister i form av att avtalspärren inte har angivits har lett kammarrätten till slutsatsen att underrättelsen inte uppfyller de krav som ställs upp i 9 kap. 9 § LOU.<sup>172</sup> Denna praxis är klar och bristen strider direkt mot lagtext. Därmed bör den stå fast också vid eventuell prövning i HFD. Vidare har att ange första dag kontrakt kan ingås istället för att ange avtalspärren accepterats av kammarrätten.<sup>173</sup> Att det inte är tillräckligt för upphandlande myndighet att ange att de antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga kan också utläsas ur kammarrättspraxis.<sup>174</sup> Detta är förståeligt eftersom en sådan motivering inte ger någon information till leverantörerna om vilka omständigheter som lagts till grund för beslutet. Således uppfyller motiveringen inte syftet med kravet på beslutsmoti-

---

<sup>169</sup> KamR 153-170-11, se ovan avsnitt 4.1

<sup>170</sup> KamR 3503-10 och KamR 621-06, se ovan avsnitt 4.1

<sup>171</sup> KamR 3503-10 och KamR 2210-11, se ovan avsnitt 4.1

<sup>172</sup> KamR 2467-11 och Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 3831-11

<sup>173</sup> KamR 2249-11, se ovan avsnitt 4.2

<sup>174</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2838-10, se ovan avsnitt 4.2



vering, utan säger endast att upphandlande myndighet genomfört upphandlingen med den grund som redan utlovats i förfrågningsunderlaget.

Vad jag funnit efter att ha läst underrättspraxis är att domstolarna inte har gått närmare in på vilka krav som ställs på skälen för tilldelningsbeslutet. Resultatet kan sägas vara polariserat, svartvitt, antingen eller; antingen anges avtalsspärren och någon motivering och i sådant fall godkänns underrättelsen, eller saknas angivelse av avtalsspärren på det att underrättelsen underkänns. Mer differentierade fall saknas, och eftersom ingen gråskala finns att tala om är det svårt, för att inte säga omöjligt, att föra en diskussion kring hur domstolen resonerar kring kraven på tilldelningsbeslutet. Detta eftersom frågan helt enkelt inte diskuteras. Jag har endast funnit ett fall i vilket domstolen har berört frågan i vilken utsträckning en motivering uppfyller kraven på beslutsmotivering.<sup>175</sup> Rättens slutsats i det målet är att syftet med kravet på beslutsmotivering inte uppfylls om endast en del av ett utvärderingskriterium återges. Fallet saknar, som kammarrättsfall, prejudicerande verkan. Vidare är den springande punkten i fallet att begreppet terapitraditionskäl endast utgör en del av utvärderingskriteriet medicinsk ändamålsenlighet. Det vore förhastat att dra några generella slutsatser utifrån detta enskilda mål.

För att få ytterligare förståelse för problematiken kring tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning kan det vara bra att ställa frågan varför domstolen inte har diskuterat kraven på motivering av tilldelningsbeslutet i fler fall? Jag tycker det förefaller motsägelsefullt att det saknas praxis kring frågan, samtidigt som rättsområdet offentlig upphandling anses ha en stor mängd överprövningar. Vad avsaknaden av praxis beror på kan jag bara spekulera i. Kanske föredrar domstolen, när möjlighet till det finns, att grunda sitt domslut på någon annan grund att gå på än motiveringen av tilldelningsbeslutet. Eftersom det råder en osäkerhet kring kravet kanske domstolen hellre väljer en annan grund där praxis är tydlig. En annan tänkbar förklaring till att antalet rättsfall som rör frågan om kraven på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning är förhållandevis få kan vara den praxis som utvecklats kring följderna av ett bristfälligt tilldelningsbeslut.<sup>176</sup> I det fall en leverantör som hamnat på andra plats i en upphandling ansöker om överprövning på grunden att tilldelningsbeslutet eller underrättelsen om tilldelning inte uppfyller ställda krav är den möjliga följderna att domstolen finner att inget tilldelningsbeslut har fattats samt att ingen avtalsspär har börjat löpa. I praktiken kommer upp-

---

<sup>175</sup> KamR 549-07, se ovan avsnitt 4.2

<sup>176</sup> Se bl.a. KamR 2467-11

handlande myndighet då behöva fatta ett nytt tilldelningsbeslut, men eftersom ingenting i upphandlingsförfarandet har ändrats i sak kommer klaganden efter det nya tilldelningsbeslutet likväl bli tvåa i upphandlingen. För att kunna vinna upphandlingen måste klaganden följaktligen behöva ansöka om överprövning på en annan grund utöver brister anförda brister. Har en klagande inte skickat in sin ansökan om överprövning i tid kan det faktum att rätten anser att ingen avtalsspärr börjat löpa förstås ge klaganden ytterligare tid att skicka in en ny ansökan. Det nya tilldelningsbeslut som upphandlande myndighet då behöver fatta för att slutföra upphandlingen kommer ge klaganden ny tid att ansöka om överprövning men det kommer inte heller i detta fall leda till någon förändring i sak. Samma part kommer förmodligen att vinna upphandlingen. För att i slutändan få ingå avtal med upphandlande myndighet måste klaganden anförda en grund som förändrar utgången av upphandlingen på så sätt att vinnande anbud förkastas alternativt att klagandens anbud bedöms vara det vinnande anbudet. Kanske kan detta faktum vara en förklaring till att antalet praxisfall som rör motivering av tilldelningsbeslutet är få. Jag kan, som ovan nämnts, bara spekulera i anledningar och förklaringen kan vara en helt annan. Avsaknaden av praxis på området är dock en underlig motsägelse som vore intressant att utreda ytterligare.

Ett mål innehöll ett yrkande om att kammarrätten skulle förklara att förlängd avtalsspärr skulle inträda under handläggningen i förvaltningsrätten när mål återförvisats av HFD.<sup>177</sup> Målet hör, som ovan nämnts, kanske inte hemma i en framställning om krav på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning, men jag tycker att det utgör ett tydligt exempel på hur stor förvirring som råder bland leverantörer kring vilka yrkanden som kan framställas i domstol och hur regelverket i offentlig upphandling ska tillämpas. Exemplet kan också belysa hur chansartade många ansökningar om överprövning framstår och hur leverantörer på vinst och förlust skickar in mer eller mindre genomtänkta ansökningar om överprövning. Jag anser att utan praxis från högre instans som klargör hur tillämpning ska ske kommer området inte att förtydligas.

Sammanfattningsvis kan sägas att antalet fall som rör beslutsmotivering är få. Denna avsaknad av praxis anser jag vara motsägelsefull och orsaken till den vore intressant att undersöka ytterligare. Jag har funnit att tillämpningen av kravet på beslutsmotivering har fungerat på så vis att om en tydlig brist finns, såsom att avtalsspärren inte angetts, har motiveringen under-

---

<sup>177</sup> KamR 3519-11, se ovan avsnitt 4.4

känts. Däremot ger rättsfallen nästan ingen ledning i hur rätten resonerar i bedömningen av befintlig motivering. Det enda fall som berört frågan i vilken utsträckning en motivering uppfyller kraven på beslutsmotivering visar att endast en del av ett kriterium inte utgör en tillräcklig motivering, men jag kan inte dra några generella slutsatser utifrån detta fall. Jag fann inga fall som berörde underrättelseskyldigheten och möjligtvis bekräftar det att den inte utgör något större bekymmer. Min slutsats efter att ha läst igenom underrättspraxis är att förvirring råder kring hur LOU ska tillämpas och hur domstolsprocessen går till.

### **6.3 Beslutsmotivering och underrättelse av beslut enligt FL**

I kapitel 5 undersökte jag bestämmelserna om beslutsmotivering och underrättelseskyldighet i den allmänna förvaltningsrätten för att se om de har tillämpats på ett sätt som är möjligt att ta intryck av också i tolkningen av motsvarande krav inom offentlig upphandling. Jag började med att konstatera att som medlem i EU ska Sverige vara lojal mot unionens bestämmelser, men varje medlemsstat är fri att utforma sin förvaltningsrättsliga reglering så länge den inte står i strid mot unionsrätten (se ovan avsnitt 5.1). Stadgan anger att motivering samt underrättelse av beslut är en del i en god förvaltning. FL:s bestämmelser om beslutsmotivering samt underrättelseskyldighet ligger i linje med EU:s reglering. Därmed finns ur ett EU-rättsligt perspektiv inga hinder mot att tillämpa dessa bestämmelser i FL på upphandlingsärenden.

Reglerna om motiveringsskyldighet och underrättelse av beslut enligt FL är tillämpliga endast vid ärenden som rör myndighetsutövning och huruvida offentlig upphandling utgör myndighetsutövning är en oklar fråga (se ovan avsnitt 5.2). Hentze och Sylvén argumenterar för att ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med någon enskild faller utanför begreppet myndighetsutövning och att upphandling därmed inte utgör myndighetsutövning. Deras argument väcker frågan om hur ett upphandlingsärende ”avgörs”, är det genom att ett tilldelningsbeslut fattas eller genom att ett upphandlingskontrakt ingås? Avgörs det genom tilldelningsbeslutet håller inte argumentet. Även om svaret är att ärendet anses avgöras genom att avtal träffas kan det vidare ifrågasättas huruvida ett upphandlingskontrakt verkligen utgör ett kontrakt där båda parter har möjlighet att påverka innehållet eller om kontraktet snarare är ensidigt utformat av den upphandlande myndigheten. I det senare fallet kan offentlig upphandling inte heller anses falla utanför begreppet myndighetsutövning enligt det argumentet.

Jag instämmer med Warnling-Nerep i att frågan kring myndighetsutövning inte är enkel utan svaret behöver nyanseras eftersom offentlig upphandling som rättsområde har likheter med både civilrätt och offentlig rätt (se ovan avsnitt 5.2). På senare år har en utveckling skett inom

offentlig upphandling. Rättsområdet har blivit mer och mer tillåtande vad gäller att upphandlande myndighet får ställa krav på exempelvis miljöhänsyn och sociala hänsyn och genom det använda sitt inflytande för att påverka marknaden i en riktning som snarare har politiskt önskvärda mål än ekonomiska eller affärsmässiga mål. Upphandlande myndigheter åläggs att ta hänsyn som ett privaträttsligt subjekt inte skulle kunna åläggas, såsom exempelvis att verka för att små leverantörer inte utestängs från upphandlingar.<sup>178</sup> Området rör sig därmed närmre den traditionellt offentliga rollen och detta bör kunna öppna upp för synen att offentlig upphandling kan anses vara myndighetsutövning. Sammantaget anser jag att även om offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning har det starka inslag av offentlig rätt och maktutövande. Inom ramen för detta arbete finner jag det dock inte nödvändigt att besvara frågan om offentlig upphandling utgör myndighetsutövning. Detta eftersom lagstiftaren, som ovan nämnts, har valt att aktivt införa både motiveringsskyldighet och underrättelseskyldighet i upphandlingsreglerna. Jag tolkar det som att lagstiftaren valt att bortse från huruvida offentlig upphandling utgör myndighetsutövning och vill att upphandlande myndigheter ska tillämpa reglerna oavsett. Till följd av detta samt likheterna i bestämmelserna i FL respektive LOU anser jag att det är lämpligt att se hur dessa två skyldigheter har utformats i FL.

Till stora delar tillämpas motiveringsskyldigheten i LOU på liknande sätt som i FL, exempelvis ska en beslutsmotivering inte enbart återge lagtext.<sup>179</sup> Enligt den motiveringsskyldighet som stadgas i FL ska det framgå hur myndigheten har resonerat kring springande punkter (se ovan avsnitt 5.3.1). Hur omfattande motiveringen är bestäms utav det enskilda fallet; enklare rutinbeslut kan ges enklare motivering medan svårare beslut ställer större krav på utförligare motivering. Detta överensstämmer med hur Falk, och till viss del Pedersen, anser att motiveringsskyldigheten enligt LOU ska tillämpas (se ovan avsnitt 3.2.1).

Ärenden i offentlig upphandling utgör oftast flerpartsärenden varför tilldelningsbeslutet blir gynnande för en leverantör samtidigt som det går övriga leverantörer emot (se ovan avsnitt 5.1). Därmed blir som regel inget undantag tillämpligt utan motiveringsskyldigheten enligt FL gäller (jfr ovan avsnitt 5.3.1). Genom att ärenden i offentlig upphandling utgör flerpartsärenden liknar de ärenden om lov enligt PBL i det att två motstående intressen gynnas eller miss-

---

<sup>178</sup> Jfr Slavicek, Mångfald och offentlig upphandling. Rapport från NOU, dnr 1999/0197-29. 2001-03-20 (2011-11-07 kl. 19.51) <http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/pdf/99-197.pdf>

<sup>179</sup> Jfr Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2838-10, se ovan avsnitt 4.2, och JO 1981/82 s. 276 samt JO 1990/91 s. 101, se ovan avsnitt 5.3.1

gynnas av det beslut som ska fattas (se ovan avsnitt 5.1). På grund av likheten anser jag att tillämpningen av motiveringsskyldigheten och underrättelseskyldigheten i ärenden om lov enligt PBL är lämplig att ta intryck av.

Det jag funnit i tillämpningen av motiveringsskyldigheten och underrättelseskyldigheten i ärenden enligt PBL är följande. JO efterfrågar en överskådlighet av beslutsmotiveringen och anför att hänvisningar till lagrum och skälen för beslutet i övrigt bör samlas under en rubrik i handlingen som sänds ut till parterna.<sup>180</sup> JO ställer också krav på tydlighet och tillgänglighet och kritiserar att uppgifter om underlag, motivering med avseende på sökandenas motparter samt expedition till parter saknas vid ett antal positiva förhandsbesked om bygglov.<sup>181</sup> Det faktum att grannar haft synpunkter på en ansökan räckte för att de borde ha underrättats om beslutet samt haft rätt till en motivering av beslutet i den del det gick dem emot.<sup>182</sup> JO uttrycker i ett annat fall att det bör vara möjligt för beslutsmyndigheten att i korthet redogöra för vad parters yttranden tillmäts för betydelse i en prövning, detta även om parter som motsatt sig bifall till ansökan inte har gett mer ingående och vägande synpunkter.<sup>183</sup> JO klargör dessutom att det inte uppfyller kravet på beslutsmotivering om en myndighet hänvisar till skäl som angivits i ett tidigare beslut utan skäl ska återges i eller biläggas det aktuella beslutet.<sup>184</sup> Slutligen fann jag att JO tycker att i en situation när klaganden har angivit skäl för sin klagan bör det vara av väsentligt intresse för honom att få veta skälen till varför hans argumentation har underkänts.<sup>185</sup> Detta bör därmed motiveras.

Bestämmelsen om underrättelse av beslut i FL har också den till stor del samma innebörd som dess motsvarighet i LOU. Det jag funnit angående underrättelseskyldighet i ärenden enligt PBL är att i flerpartsmål gäller underrättelseplikten gentemot var part för dig (se ovan avsnitt 5.4.2). Vidare kan sägas att har en part rätt att genom fullmakt företräda övriga parter, behöver endast parten som innehar fullmakten underrättas om beslutet. Detta kan aktualiseras i upphandlingsmål eftersom det inte är ovanligt att mindre kommuner samarbetar i upphandlingsprocesser, eller att en upphandlingsenhet representerar olika förvaltningar. Av tillämp-

---

<sup>180</sup> JO beslut nummer 3337-2001, se ovan avsnitt 5.3.2

<sup>181</sup> Se rubrik 3.15 i JO beslut dnr 3337-2001

<sup>182</sup> JO:s beslut gällde ärendena 2000, § 471, 474 och 476, samt 2001, § 81 och JO hänvisar även till ärendet 2000, § 688.

<sup>183</sup> JO 1993/94 s. 402, se ovan avsnitt 5.3.2

<sup>184</sup> JO 1993/94 s. 185, se ovan avsnitt 5.3.2

<sup>185</sup> JO 1975/76 s. 448, se ovan avsnitt 5.3.2

ningen framgår också att JO anser att underrättelse om innehållet i ett beslut ska sändas till sådan som yttrat sig i ett ärende, exempelvis grannar, om det inte är uppenbart obehövt.<sup>186</sup> En underrättelse är inte automatiskt uppenbart obehövt vid gynnande beslut, utan endast när den som yttrar sig har tillstyrkt den åtgärd till vilken lov lämnats. JO efterfrågar i samma beslut också en fullständig lista över de som ska underrättas, inklusive de grannar som haft synpunkter på ansökan.<sup>187</sup>

Jag anser sammanfattningsvis att ingenting i EU:s reglering hindrar att bestämmelserna om beslutsmotivering och underrättelseskyldighet i FL tillämpas på offentliga upphandlingar. Vidare tycker jag inte att det faktum att oklarhet råder kring huruvida offentlig upphandling utgör myndighetsutövning medför att bestämmelserna inte kan tillämpas, detta till följd av att lagstiftaren aktivt valt att föra in motsvarande bestämmelser i upphandlingslagarna. Eftersom ärenden om lov enligt PBL liksom upphandlingsärenden utgör flerpartsmål är de särskilt lämpliga att ta intryck av. Redan idag tillämpas motiveringsskyldigheten och underrättelseskyldigheten till stora delar på ett liknande sätt i FL och i LOU. En tillämpning av FL:s bestämmelser på upphandlingsärenden skulle fylla ut kraven något. Upphandlande myndighet skulle få sträva efter den överskådlighet av beslutsmotiveringen som JO efterfrågar, där hänvisningar till lagrum och skälen i övrigt samlas under en rubrik. Det skulle också medföra att samtliga leverantörer som deltagit i upphandlingen skulle få veta skälen till varför deras anbud inte vunnit upphandlingen. Vidare skulle det förtydligas att i ett fall där en leverantör har fullmakt att företräda andra parter innebär underrättelseskyldigheten att endast den befullmäktigade parten behöver underrättas om beslutet. Skillnaderna om motiveringsskyldigheten och underrättelseskyldigheten i FL skulle tillämpas på upphandlingsärenden är kanske inte jättestora, men jag tror inte att det finns skäl att oro sig om en sådan utveckling skulle ske. Jag efterfrågar en tydligare reglering eller tillämpning av kraven på tilldelningsbeslut och underrättelser om tilldelning för jag tror att en enhetligare utformning av underrättelser skulle vara till gagn för tillämpningen av kraven.

---

<sup>186</sup> Se rubrik 3.15 i JO beslut dnr 3337-2001

<sup>187</sup> Se JO beslut dnr 3337-2001

## **7 Källförteckning**

### **7.1 Offentligt tryck**

#### **7.1.1 Förarbeten**

- Prop. 1971:30 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.
- Prop. 1985/86:80 Om ny förvaltningslag
- Prop. 1992/93:88 Om offentlig upphandling
- Prop. 1993/94:178 Ändring i plan- och bygglagen
- Prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.
- Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
- Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

#### **7.1.2 Annat riksdagstryck**

- SOU 2010:29 En ny förvaltningslag
- JO:s ämbetsberättelse 1975/76
- JO:s ämbetsberättelse 1981/82
- JO:s ämbetsberättelse 1990/91
- JO:s ämbetsberättelse 1993/94
- JO:s ämbetsberättelse 2002/03
- JO:s ämbetsberättelse 2007/08

#### **7.1.3 Övrigt**

Skatteverkets skrift *Rätt handlagt*, SKV 119 utgåva 5. Elanders Sverige 2011

NOU:s yttrande i Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2831-03, dnr 2003/0289-29, 9 dec 2003

### **7.2 Praxis**

C 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 s. I-7671 (Alcatel-målet )

RÅ 2001 ref. 18

RÅ 2005 ref. 10

RÅ 2009 ref. 70

RÅ 2007 not. 158

Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 7459-03 från den 2 dec 2003 (RK 7459/03)

Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1571-07 från den 20 juli 2007 (RK 1571/07)

Kammarrätten i Jönköpings beslut i mål nr 549-07 från den 27 mars 2007 (RK 549/07)

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6986-09 från den 11 feb 2010 (KamR 6909-09)

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2467-11 från den 6 juli 2011 (KamR 2467-11)

Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 3503-10 från den 19 juli 2010 (KamR 3503-10)

Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 621-06 från den 23 aug 2006

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2249-11 från den 10 maj 2011

Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2838-10 från den 1 juni 2011

Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3519-11 från den 17 juni 2011

Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2210-11 från den 9 sep 2011

Kammarrätten i Jönköpings beslut i mål nr 153-170-11 från den 29 mars 2011

Förvaltningsrätten i Linköpings dom i mål nr 5243-11 från den 4 okt 2011

Förvaltningsrätten i Linköpings beslut i mål nr 2327-11 från den 4 april 2011

Förvaltningsrätten i Linköpings beslut i mål nr 3831-11 från den 7 juli 2011

Förvaltningsrätten i Linköpings beslut i mål nr 3831-11 från den 8 juli 2011

JO:s beslut med diarienummer 3337-2001 från den 5 juni 2002

JO:s beslut med diarienummer 3006-2005 från den 29 juni 2007

### **7.3 Litteratur**

Blomberg, Jesper, *Karnov, svensk lagsamling med kommentarer*, PBL, uppdaterad 2010-07-01. Thomson Reuters, Stockholm 2010/11

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 1 uppl. Jure Förlag AB, Stockholm 2009

Hellners, Tryggve och Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, 3 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2010

Hentze, Margareta och Sylvén, Hans, *Lagbokscommentaren Offentlig upphandling*, 1:2 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998



- Linder, Georg, *Handbok i offentlig upphandling*, 6 uppl. Publica, Göteborg 1994
- Löfving, Carl och Setterlid, Rikard, *Kommunal upphandling och näringsverksamhet inom kommuner och landsting*, 4 uppl, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998
- Madell, Tom-Erik, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, 1 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998
- Madell, Tom, *Avtal mellan kommuner och enskilda – Avtalslut och rättsverkningar*, 1 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000
- Malmqvist, Bo, Riberdahl, Curt och Torngren, Håkan, *Lagbokscommentaren – Allmän förvaltningsrätt*. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000
- Nord, Eskil, *Karnov, svensk lagsamling med kommentarer*, ÄLOU, uppdaterad 2002-07-01. Thomson Reuters, Stockholm 2002.
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2 uppl. Jure Förlag AB, Stockholm 2011
- Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 8 uppl. Jure förlag AB, Stockholm 2007
- Reichel, Jane, *Ansvarsutkrävande – svensk förvaltning i EU*. Jure Förlag AB, Stockholm 2010
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006
- Staafl, Annika och Zanderin, Lars, *Förvaltningsrätt – en introduktion för professionsutbildningar*, 3 uppl. Liber AB, Malmö 2011
- Wennergren, Bertil, *Offentlig förvaltning i arbete*, 3:2 uppl. Norstedts Juridik AB, Solna 2008

#### **7.4 Artiklar**

- Sandgren, Claes. *Om empiri och rättsvetenskap*, del I, SvJT 1995/96 s. 726
- Ulfsson, Anna och Olovsson, Sara-Li. *Nya rättsmedel, nytt förfarande på upphandlingsområdet m.m.* Ny juridik, 2010:3 s. 16
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?* JT 2006-07 s. 384
- Lavin, Rune, *Tvåpartsmål i förvaltningsprocessen*, FT 1992 s. 97

#### **7.5 Internetkällor**

- Allego AB, Historisk återblick. (hämtad 2011-10-24 kl. 11.07). <http://www.allego.se/Content-Web-Page/f09ac10f-3f41-409b-b1ff-b7a7a088b03a/historik.aspx>

Slavicek, Mikael, *Mångfald och offentlig upphandling*. Rapport från NOU, dnr 1999/0197-29.  
Publicerad 2001-03-20 (hämtad 2011-11-07 kl. 19.51)  
<http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/pdf/99-197.pdf>

Sara Hanberger 840413-6627

Registrerades på kursen första gången denna termin, dvs. hösten 2011

Deltog i examinationstillfälle den 13 januari 2012.

Har deltagit vid samtliga handledningstillfällen.