



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Henrik Blad

Upphandlingslagens rättsmedel
– En studie av lagen om offentlig
upphandlings överprövnings- och
skadeståndsregler

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Eva Lindell- Frantz
Ämnesområde Förmögenhetsrätt
Termin 9/HT 03

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.2 Frågeställning och Syfte	5
1.3 Metod och Material	6
1.4 Avgränsning	6
1.5 Disposition	7
2 HISTORIK OM DEN OFFENTLIGA UPPHANDLINGENS LAGSTIFTNING	8
2.1 Sverige	8
2.1.1 1952 års upphandlingskungörelse	8
2.1.2 1973 års upphandlingskungörelse	9
2.2 EES-avtalet och lagen om offentlig upphandling	10
2.3 Europeiska Unionen	11
2.4 Gemenskapsrättsliga principer	11
2.5 Internationellt	13
3 LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING	14
3.1 Översikt av lagens innehåll	14
3.2 Tillämpning	15
3.3 Upphandlande enhet	15
3.4 Huvudregeln om affärsmässighet	17
3.5 Värdeberäkning och tröskelvärden	19

3.6 Upphandlingsformer	20
3.7 Speciellt för vissa upphandlingskategorier	21
3.7.1 Varor	21
3.7.2 Entreprenad	22
3.7.3 Tjänster	22
3.7.4 Försörjningssektorn	22
3.8 Prövning av anbud	23
3.9 Annonsering	24
4 ÖVERPRÖVNING OCH SKADESTÅND	25
4.1 Syfte	25
4.2 Införlivning i medlemstaterna	26
4.3 Direktiven	26
4.4 Överprövning	26
4.5 Alcateldomen	29
4.6 Skadestånd	30
5 PROBLEMATISERING	33
5.1 Överprövning och skadestånd	33
5.1.1 Problem I – Talerätten	33
5.1.3 Problem II – Domstolskompetens och effektivitet	35
5.2.1 Problem III – Beviskraven	36
5.2.2 Problem IV – Beräkning av skadestånd	38
5.2 Den rättsvetenskapliga diskursen	40
5.3 Sammanfattning	40
6 ÖVRIGA RÄTTSMEDEL	43
6.1 Klagomål till EG-kommissionen	43
6.2 Nämnden för offentlig upphandling (NOU)	44
7 UPPHANDLING I FRAMTIDEN	46
7.1 Förslag om marknadsskadeavgift	46
7.2 Egna förslag	47

7.3	Nya direktiv på området	49
7.4	Elektronisk handel	50
7.5	Framtida forskning	51
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	52
9	BILAGA 1 - FLÖDESSCHEMA	54
	LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Sammanfattning

Upphandlingsrätten har en lång historia i Sverige. Efter GATT-överenskommelsen om statlig upphandling, undertecknandet av EES-avtalet och sedermera medlemskapet i den Europeiska Unionen, har en svensk lagstiftning om offentlig upphandling allt eftersom utformats. Den nuvarande lagen om offentlig upphandling, LOU, är en omskrivning av de upphandlingsdirektiv som bygger på Romfördragets fyra friheter. Den röda tråden i direktiven är att all upphandling skall ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns, med iakttagande av affärs-mässighet och objektivitet. För att garantera att EU:s medlemsländers upphandlande enheter följer upphandlingsreglerna, krävs snabba och effektiva rättsmedel. Rättsmedelsdirektivens tillkomst berodde i hög grad på att medlemsländerna ej kunde säkerställa de skyldigheter som direktiven uppställer. Istället för att reglera rättsmedlen i detalj, överlämnade EU ansvaret till de nationella regeringarna att införa fungerande rättsmedel på upphandlingsområdet. De viktigaste och vanligast förekommande rättsmedlen i svenska rätt – överprövning och skadestånd – fungerar dock inte så tillfredställande som de borde göra. Problemen som återfinns i det nuvarande regelverket resulterar i att rättsmedelsdirektivens syfte inte alltid efterlevs.

Nyckelord: Offentlig upphandling, Rättsmedelsdirektiv, Överprövning, Skadestånd, Affärs-mässighet

Förord

När jag inledde min studie i upphandling förvånades somliga av mitt ämnesval. Få, de flesta blivande jurister, kände inte ens till fenomenet och var inte särskilt entusiastiska när jag talade om det. Men allt eftersom arbetet fortgått, har fler och fler blivit nyfikna och frågvisa. Jag har själv förvånats över alla de intressanta juridiska aspekter som uppkommer ur ett tillsynes så tråkigt begrepp som upphandling. Till skillnad från andra uppsatsskrivande har jag under arbetets gång aldrig tröttnat på ämnet som sådant, jag har dock varit förgrymmad över att behövt begränsa mig i så många avseenden. Men jag antar att inte ens en erfaren forskare lyckas bemästra den problematiken.

Jag vill först och främst tacka rättssakkunnig Gunilla Hulting på finansdepartementet, för värdefulla råd och stort visat intresse. Jag vill även rikta ett stort tack till min handledare Eva Lindell-Frantz för god handledning. Dessutom vill jag tacka Jan Blad för hjälp med material och många intressanta synpunkter. Sist men inte minst, tack Bahare för allt stöd och för din värdefulla granskning.

Denna uppsats är slutet på en lång utbildning. Jag hoppas innerligt att jag nu är redo för att praktisera.

Den stora svårigheten med utbildning är att få erfarenhet genom teorier.
[George Santayana](#)

Förkortningar

AMS	Arbetsmarknadsstyrelsen
EES	Europeiskt ekonomiskt samarbete
EFTA	European Free Trade Association
EGT	Europeiska Gemenskapens Tidning
EU	Europeiska Unionen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GPA	Government Procurement Agreement
HD	Högsta Domstolen
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
KomL	Kommunallag (1991:900)
LIU	Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
MD	Marknadsdomstolen
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
PreskL	Preskriptionslag (1981:130)
Prop.	Proposition
REG	EG-domstolens rättsfallssamling
RR	Riksdagens Revisorer
RRV	Riksrevisionsverket
SekrL	Sekretesslagen (1980:100)
SOU	Statens offentliga utredningar
TED	Tender Electronics Daily
UF	Upphandlingsförordningen
UK	Upphandlingskungörelsen
WTO	World Trade Organisation

1 Inledning

1.1 Introduktion

För att en marknad skall fungera väl krävs en fungerande konkurrens. Det bör finnas ett flertal aktörer på utbudssidan som tävlar på lika villkor om att sluta avtal med efterfrågesidans aktörer. Om konkurrensen uteblir kan konsumenterna i regel förvänta sig högre priser och sämre kvalitet. Anledningen till otillräcklig konkurrens kan bero på olika fenomen, exempelvis offentliga regleringar. Att undanröja nationella hinder för rörlighet för varor, tjänster, arbetskraft och kapital är metoden för att EU:s fundamentala mål skall kunna uppnås; ökat välstånd för unionen och dess medborgare. Gemensamma regelverk och öppna gränser sänker transaktionskostnaderna och främjar rörligheten av såväl produkter som producenter.

Mot bakgrund av EU:s marknadsliberala utveckling är den EG-rättsliga regleringen av offentlig upphandling ett naturligt steg för att nå integrationsmålet. Förhoppningarna är att ökad konkurrens på den gemensamma marknaden vid upphandlingar leder till stora besparingar för den offentliga sektorn, ökad ekonomisk tillväxt, samt ökad sysselsättning. Att den offentliga upphandlingen effektiviseras och utsätts för konkurrens är således både en nationell som internationell angelägenhet. Denna beskrivning av EG:s grundläggande politik ifråga om offentlig upphandling kompletteras av att grunden för all upphandling skall ha en röd tråd, nämligen kravet på *affärsmässighet*.

När det allmänna träffar avtal om anskaffning av vara, tjänst eller entreprenad, talar man om offentlig upphandling. Med det allmänna avses då stat, landsting, kommun, kyrka eller association där offentliga aktörer har huvudsakligt inflytande. Som leverantör räknas varje potentiell avtalspart som kan tillgodose det allmännas anskaffningsbehov. Den sammanlagda offentliga upphandlingsvolymen i Sverige uppgår till omkring 400 miljarder per år, vilket motsvarar drygt 23 procent av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster (BNP). Den offentliga upphandlingen inom hela EU:s offentliga sektor uppgick till ofattbara 8000 miljarder svenska kronor.¹ Merparten av alla offentliga upphandlingar som görs regleras sedan 1994 i lagen om offentlig upphandling (LOU), som i sin tur bygger på EG-rättsliga direktiv.

Till skillnad från den succé som politiker hade hoppats på, finns det idag inom EU istället ett flertal svårlösta problem.² Det nuvarande regelverket är oerhört detaljrikt och komplicerat, vilket får till följd att det bara kan tillämpas av experter, istället för av myndigheter och anbudsgivare. Vissa

¹ SOU 1999:139 sid. 13.

² Se Junesjö [2000] sid. 7 ff.

länder har just implementerat direktiven, medan andra länder gjorde detta inom utsatt tid. Handläggningstiden varierar markant mellan medlemsländerna, upphandlande enheter är inte sällan korrumpade³, samt att vissa sektorer utvecklas utan att lagstiftningen hänger med.

Ett viktigt verktyg för att komma till rätta med problemen inom den offentliga upphandlingen är att lagens rättsmedel fungerar. Rättsmedlen skall garantera att medlemsstatens upphandlande enheter följer upphandlingsreglerna, särskilt kraven på transparens och icke-diskriminering. Om upphandlingen skall vara öppen för konkurrens inom hela gemenskapen måste ett tillfredställande prövningsförfarande stå till buds för leverantören. Rättsmedlen skall vara effektiva och snabba, samt förebygga att upphandlande enheter försöker kringgå lagstiftningen.

1.2 Frågeställning och Syfte

Mitt syfte med detta examensarbete är att undersöka hur Sverige har implementerat de inom gemenskapsrätten uppställda rättsmedelsdirektiven och huruvida denna införlivning lyckats. Direktiven som Sverige har haft att rätta sig efter är vagt formulerade och har därvid lämnat den nationella lagstiftaren stort utrymme att välja lagtextens utformning. Trots den generella texten, är direktivens syfte om ökad rättsäkerhet och effektivare upphandling entydigt. Jag har således ställt mig en tredelad fråga: *vilken väg har Sverige valt vid implementeringen, vilka problem har den valda vägen fört med sig, och vad kan göras bättre?*

Även om jag haft för avsikt att fördjupa studien i att lyfta fram juridiska problem i dagens rättsmedel, har jag också valt göra en övergripande genomgång av lagstiftningen. Detta med syfte för att skapa förståelse i den fördjupande delen, men också för att i allmänhet öka förståelsen varför vissa regler och principer existerar. Läsaren skall sålunda kunna studera uppsatsen i syfte att dels få en snabb och överskådlig uppfattning av upphandlingslagens reglerverk i stort, dels för att på ett mer djupgående sätt kunna få insikt om lagens rättsmedel.

Syftet är inte att endast forska för att besvara min frågeställning. Snarare har jag genomgående under författandet haft i avsikt att problematisera, att lyfta fram frågor och ifrågasätta lagens rättsmedel. Det är enligt min uppfattning minst lika viktigt att kunna formulera problem som att söka efter svar.

1.3 Metod och material

Den metod som jag använder mig av i arbetet är klassisk juridisk metod. Relevanta lagar och förarbeten kommer att användas samt i förekommande fall även praxis och doktrin som behandlar det aktuella rättsområdet.

³ Se kommissionens meddelande [1998] sid. 2 ff. & sid. 15 ff.

Jag har under arbetets gång haft tre metodologiska utgångspunkter; dels en empirisk (hur upphandlingen är och hur den skall förstås), dels en normativ (hur upphandling bör vara och hur den rättfärdigas), samt en konstruktivistisk (hur upphandling under givna omständigheter kan vara och hur detta skall uppnås). I den empiriska delen behandlas de viktigaste delarna av lagstiftningen. I den normativa delen görs en analys av hur de nuvarande reglerna förklaras och vilka problem de vållar, samt en diskussion om de borde ändras. I den sista delen lägger jag fram dels egna förslag, dels andras förslag till hur regelverket bör reformeras. Det bör dock noteras att jag inte på något sätt haft för avsikt att strikt hålla mig inom ovan uppdelning, ty de olika aspekterna kan inte alltid hållas isär. Jag har snarare valt denna teoretiska uppdelning för att göra uppsatsen mer läsvärd. Läsaren skall kunna känna hur uppsatsen går från att vara deskriptiv till att vara mer personlig.

Den offentliga upphandlingens lagstiftning utreds ständigt, vilket innebär att det finns ett oerhört brett material bestående i allt från fackliga skrifter till tegelstensliknande EU-utredningar. Det är därför förvånande hur lite svenskt akademiskt material det finns på området, ty det mesta som är författat har en praktisk inriktning som inte sällan utelämnar det rättsvetenskapliga i upphandlingsprocessen. Det materialet jag har använt har företrädesvis varit svenskt, även om flera EG-rättsfall är författade på engelska.

1.4 Avgränsning

Lagstiftningen på upphandlingsområdet är oerhört omfattande. Jag har därför lagt stor vikt vid att i vissa delar endast framställa det absolut nödvändigaste. Resultatet av detta är att jag tvingats förbise många intressanta aspekter i den offentliga upphandlingen. Även om det funnits rättsfall, doktrin och förarbeten som kunnat åskådliggöra och exemplifiera vissa regleringar, har detta medvetet undanhållits läsaren, allt för att ge uppsatsen ett djup och en rimlig längd.

Den offentliga upphandlingen berör många skilda rättsområden; EG-rätt, offentlig rätt, processrätt och miljö rätt för att nämna några. Även om ett flertal av dessa rättsområden berörs under arbetes gång, har det varken varit önskvärt eller rimligt att mer ingående belysa den offentliga upphandlingen ur dessa aspekter.

Upphandling i EU och i Sverige har lett till omfattande politiska och ekonomiska studier. Jag har dock utelämnat dessa perspektiv helt, även om det säkerligen hade varit intressant att i någon del redogöra för statvetenskapliga begrepp som legitimitet och subsidiaritet i upphandlingsprocessen. Några direkt ekonomiska aspekter finns ej heller, utan uppsatsen är mer eller mindre helt rättsvetenskaplig.

Ett långlivat och ständigt återkommande inslag i vetenskapskritiken är att alla påståenden är utflöden av värderingar hos dem som gör dem och inte neutrala i förhållande till den värld om vilken de talar. Jag vill därför uppmärksamma läsaren om att majoriteten av de många källor som används under arbetets gång har jag granskat med kritiska ögon, även om detta kanske inte framkommer uttryckligen.

1.5 Disposition

Sammanfattningsvis består uppsatsen av en empirisk del, en normativ del och en konstruktivistisk del. Den förra delen är övervägande beskrivande och består av följande kapitel: (2) historik om den offentliga upphandlingens lagstiftning, (3) lagen om offentlig upphandling (LOU), samt (4) lagens rättsmedel. Den normativa delen (5) är problematiserande och belyser följande frågeställningar: 5.1.1 – talerätten, 5.1.2 – domstolskompetensen, 5.1.3 – beviskraven, 5.1.4 – beräkning av skadestånd. Slutligen diskuteras (6) övriga rättsmedel, (7) förslag, upphandling i framtiden samt framtida forskning. Efter denna konstruktiva del följer (8) avslutande kommentarer och ett (9) flödesschema.

2 Historik om den offentliga upphandlingens lagstiftning

2.1 Sverige

Under de sista åren av 1800-talet fanns en strävan mot en enhetlig reglering av formerna för hela den statliga upphandlingen. Innan dess hade det endast funnits upphandlingsföreskrifter inom begränsade sektorer, såsom inom exempelvis lant- och sjöförsvaret. Detta resulterade i att det 1889 tillkom provisoriska upphandlingsbestämmelser som fastställdes i 1893 års leveransförordning. Syftet med bestämmelserna var att myndigheterna mera allmänt skulle bjuda ut statens arbeten och tjänster till en så vid krets av anbudsgivare som möjligt. I förordningen fastställdes procedurregler för aktionsförfarande öppnande och prövning av anbud. Det föreskrevs också i förordningen att svensk vara alltid skulle äga företräde framför utländsk vara.⁴

När sedan 1893 års leveransförordning bestämdes att omarbetas var detta främst på grund av att förordningen inte beaktade kravet på affärsmässighet. I 1920 års upphandlingsförordning stadgades att den omständighet att anbud innefattade lägsta priset inte skulle vara avgörande för om det skulle antas. Vidare ägde inte längre en svensk vara alltid företräde framför utländsk vara, även om den svenska fortfarande skulle antas om den var av ”erforderlig beskaffenhet”.⁵ Även om 1920 års upphandlingsförordning ändrades⁶ ett flertal gånger under årens lopp så kunde den inte längre anses vara överensstämmande med den utveckling som hade skett inom affärslivet. Flera myndigheter krävde att förordningens genomgående detaljerade och strängt restriktiva utformning skulle ersättas med mera flexibla handlingsregler.⁷

2.1.1 1952 års upphandlingskungörelse⁸

1952 års upphandlingskungörelse (UK) bygger i stor utsträckning på tidigare upphandlingsbestämmelser. Principen om affärsmässighet är genomgående för hela lagstiftningen; myndigheterna lämnades ökad frihet att efter eget val avgöra formen för anbudsinfordran, svensk vara skulle inte ha företräde framför utländsk vara, samt att myndigheterna alltid skulle

⁴ SOU 1971:88 sid. 24.

⁵ Ibid, sid. 25.

⁶ Ibid, sid. 25. 1920 års upphandlingsförordning ändrades och kompletterades 1922, 1926, 1928 och 1935.

⁷ Ibid, sid. 26.

⁸ SFS 1952:496.

tillgodose kravet på objektivitet vid upphandlingen. Fortfarande gällde upphandlings-bestämmelserna endast för statliga myndigheter, vilket innebar att de statliga bolagen inte behövde rätta sig efter principen om affärsmässighet. Vidare omfattades vid denna tidpunkt inte upphandling av tjänster av kungörelsen, även om den i många fall tillämpades analogt.⁹

Ett flertal myndigheter undantogs av 1952 års UK, exempelvis myndigheten för ekonomiskt försvar och AMS. Myndigheter kunde hursomhelst göra konkurrensbegränsande undantag från kungörelsen genom att motiverade med försvars- och beredskapspolitiska, sysselsättnings- eller av beredskapspolitiska skäl. Det hjälpte inte att finansdepartementet skickade en särskild cirkulationsskrivelse där det uttryckligen stod att sysselsättningssituationen inte fick påverka myndigheternas beslut.¹⁰ I praktiken kringgick myndigheter hela tiden lagstiftningen genom att gynna lokala eller regionala företag vid en upphandling. Detta, tillsammans med att upphandling av tjänster ej reglerades i kungörelsen ledde till att finansdepartementet 1968 tillsatte en utredning om statlig upphandling.¹¹

2.1.2 1973 års upphandlingskungörelse¹²

I propositionen¹³ som ligger till grund för 1973 års UK uppges att kravet på affärsmässighet, liksom hittills, skulle vara den grundläggande principen för den statliga upphandlingen. En väsentlig förutsättning var härvid att konkurrens förelåg mellan olika leverantörer; anbudsgivarna skulle få tävla om upphandlingen och det anbud som var mest förmånligt skulle antas. Vidare berörs upphandlingens betydelse som ett instrument i stabiliseringspolitiken och som ett medel att främja den industriella utvecklingen. I propositionen diskuteras också sådana fall där en avvägning kan behöva ske mellan principen om affärsmässighet och de av samhället i övrigt uppställda mål på centrala områden, såsom exempelvis målen med svensk försvarspolitik.¹⁴

1981 byttes namnet på 1973 års upphandlingskungörelse ut till Upphandlingsförordningen (UF), bestämmelserna i UF och UK var dock i huvudsak identiska. En skillnad av betydelse var huruvida myndigheten behövde motivera sin upphandling. I UF stadgades att den myndigheten som antagit ett anbud *skulle* dokumentera på vilka skäl ett anbud antagits. I UK fanns motsvarande bestämmelse, dock med den skillnaden att myndigheten endast *borde* dokumentera varför myndigheten valde ett visst anbud.¹⁵

⁹ SOU 1971:88 sid. 27.

¹⁰ Linder, [1997] sid. 14.

¹¹ Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1971:88.

¹² SFS 1986:600.

¹³ Prop. 1973:73.

¹⁴ Ibid, sid. 5 ff.

¹⁵ Ibid; Linder, [1997] sid. 18.

2.2 EES-avtalet och lagen om offentlig upphandling

Under 1991 tillsatte regeringen en arbetsgrupp med uppgift att framlägga ett förslag till en författningsreglering av den offentliga upphandlingen. Detta med anledning av de nya krav som ställdes på Sverige på grund av EES-avtalet. Resultatet av gruppens arbete, som redovisades i form av två promemorior,¹⁶ utmynnade i ett förslag till en lag om offentlig upphandling (LOU). I regeringens proposition om offentlig upphandling¹⁷ föreslogs ett helt nytt regelverk för den offentliga upphandlingen som en följd av EES-avtalet.

EES-avtalet innebar kort sagt att de fyra friheterna (fri rörlighet för personer, kapital, varor och tjänster) inom EU:s inre marknad kom att tillämpas även inom EES-området, dvs. inom det område som omfattades av dåvarande EG-länderna samt EFTA-länderna.¹⁸ Målet för EES-samarbetet som var att skapa ett samarbete avseende de fyra friheterna, förutsatte enhetliga regler inom hela samarbetsområdet. EES-avtalets regelverk om offentlig upphandling, som motsvarar ett antal av EU beslutade direktiv, föreslogs därför i propositionen att bli omvandlade till en svensk lag om offentlig upphandling.¹⁹

I förarbetarna finns en jämförelse mellan EES-avtalets regelverk och Sveriges regelverk som visar att den grundläggande uppfattningen om hur en upphandling skall göras inte skiljer sig nämnvärt åt.²⁰ Båda regelverken bygger på principerna om att upphandling skall ske affärsmässigt, i konkurrens och på ett icke-diskriminerande sätt. Det fanns dock nyheter och förändringar som inte tidigare hade reglerats i den svenska lagen, särskilt ifråga om förfarandet under en upphandling. Vidare omfattades inte bara, som i den svenska lagen, myndigheter och kommuner av EES-bestämmelserna, utan även de statliga och kommunala bolag som utför uppgifter i det allmännas intresse. I och med införlivandet av EES-avtalet infördes också möjligheten att kunna kontrollera att en pågående upphandling går riktigt till samt möjligheten att efter en avslutad upphandling väcka skadeståndstalan mot ett upphandlingsorgan, något som helt saknades i den svenska regleringen. Slutligen skilde sig de båda regelverken markant åt vad avser reglerna för hur kontroll och insyn i upphandlingsförfarandet skulle gå till, vilket resulterade i att en ny myndighet inrättades under namnet Nämnden för offentlig upphandling inrättades.²¹

¹⁶ Ds 1992:4; Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag samt Ds 1992:62; Offentlig upphandling och EES – del 2, tjänsteupphandling m.m.

¹⁷ Prop. 1992/93:88.

¹⁸ Ds 1992:4 sid. 31.

¹⁹ Prop. 1992/93:88 sid. 1.

²⁰ Ibid, sid. 37.

²¹ Ibid, sid. 32 ff.

Efter det att lagen om offentlig upphandling²² trätt ikraft den 1 januari 1994 har flera statliga utredningar²³ tillsatts som så småningom resulterat i flera framlagda propositioner²⁴, allt i syfte för att förbättra regelverket. Lagen har bland annat kompletterats med regler om upphandling under de tröskelvärden som anges i lagen samt om arbetets för att bättre överensstämma med i EU senare tillkomna direktiven.

2.3 Europeiska Unionen

Trots att offentlig upphandling är ett stort och angeläget område inom EU så innehåller varken EG-fördraget från 1957 eller de senare tillkomna fördragen några uttryckliga regler avseende offentlig upphandling. De första direktiven²⁵ på området antogs på 70-talet, men det var inte förrän på 80-talet som kommissionen gjorde ett gediget försök att reglera den offentliga upphandlingen.

Direktiven kan uppdelas i två huvudgrupper, med hänsyn till deras målgrupp, nämligen direktiven inom den så kallade klassiska sektorn och direktiven inom de så kallad försörjningssektorerna. Dagens regelverk inom den klassiska sektorn består av ett flertal centrala direktiv som tillkom i början av 1990-talet; Varudirektivet, Byggdirektivet, Tjänstedirektivet, Ändringsdirektivet samt Rättsmedelsdirektivet. Inom försörjningssektorn är det viktigaste direktivet Försörjningsdirektivet, men det finns även inom denna sektor ett Ändringsdirektiv och ett Rättsmedelsdirektiv.²⁶ Direktiven är i jämförelse med LOU betydligt mer generellt utformade, då det inte sällan finns förklarande information om varje bestämmelse. Skillnaden mellan gemenskapsrättens direktiv och den svenska mer konkreta lagstiftningsprodukten har i litteraturen kritiserats, främst på grund av att det vid översättningen rimligtvis måste ha utelämnats en stor del information.²⁷

2.4 Gemenskapsrättsliga principer

Även om det inte finns några explicita bestämmelser i fördraget, finns det regler och gemenskapsrättsliga principer som i stor utsträckning påverkar den offentliga upphandlingen. Medlemstaterna har enligt fördraget²⁸ ett flertal riktlinjer och principer som de måste följa oavsett direktiv. Enligt den

²² SFS 1994:1528.

²³ Se bl.a. SOU 1993:16, 1995:105, 1996: 23, 1997:88, 1997:130, 1999:139, 2001:31.

²⁴ Se bl.a. Prop. 1995/96:165, 1996/97:153, 2001/02:142

²⁵ Direktiv 71/305 samt 77/62.

²⁶ Direktiv inom den klassiska sektorn: 93/36/EEG (Varu), 93/37/EEG (Bygg), 92/50/EEG (Tjänst), 97/52/EEG (Ändring I), 89/665/EEG (Rättsmedel I). Direktiv inom försörjningssektorn: 93/38/EEG (Försörjning), 98/4/EG (Ändring II), 92/13/EEG (Rättsmedel II).

²⁷ Hentze & Sylvén, [1998] sid. 5.

²⁸ Med fördraget avses 1957 års Romfördrag (även kallat EG-fördraget).

s.k. solidaritetsprincipen skall medlemstaterna i så hög grad som möjligt fullgöra de åtaganden som följer av fördraget,

art. 10 stadgar att alla medlemstater skall vidta alla lämpliga åtgärder .../... för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag.

En annan grundläggande förutsättning för gemenskapens ekonomiska samarbete är det generella *förbudet mot diskriminering* ²⁹,

art. 12 stadgar att all diskriminering inom fördragets tillämpningsområde på grund av nationalitet skall vara förbjuden.

Vidare kan, i enlighet med *principen om direkt effekt*³⁰ en gemenskapsrättslig regel som inte är införlivad med nationell rätt fastän den borde vara det, under vissa förutsättningar ändå komma att tillämpas inför nationella domstolar. Sålunda kan en regel, efter att exempelvis Sverige vid underlåtelse att implementera alternativt efter att felaktigt implementerat denna regel, ändå vara giltig om enskilda är beroende av regeln för att kunna göra sin rätt hörd gentemot staten och kommuner.

Principen om likabehandling innebär i en offentlig upphandlings kontext att alla leverantörer skall behandlas lika samt ha reella möjligheter att delta i upphandlingsprocessen oavsett i vilken medlemsstat upphandlingen sker och oberoende av varifrån leverantören kommer. Likabehandlingsprincipen uttrycks bland annat genom gemenskapens regler om annonsering där det stadgas att alla leverantörer måste erhålla samma information om upphandlingen, detta som ett led i målet att hela tiden sträva efter affärsmässighet i en upphandling.³¹

Av *principen om proportionalitet* följer att kvalificeringskraven måste stå i rimlig proportion till vad som upphandlas. Upphandlaren får sålunda inte ställa högre krav på leverantören än vad som behövs vid den aktuella upphandlingen. Om den upphandlande enheten haft möjligheten att ställa oskäligt höga krav på leverantören har den också med stor sannolikhet avsiktligt begränsat anbudsgivarkretsen, vilket får till följd att mindre leverantörer inte kunnat delta i anbudstävlan.³²

En upphandlingsprocess skall vara förutsebar samt präglas av öppenhet, enligt *principen om öppenhet*. Härvid menas att alla leverantörer har rätt att delta i upphandlingar genom anbudsansökan och anbudsgivning. För att kunna vara delaktig i upphandlingar måste därför erforderlig information finnas tillgänglig i förväg. Den upphandlade enheten måste lämna

²⁹ Det finns vidare även mer specifika regler gällande diskriminering; Art. 28 innehåller ett förbud mot kvantitativa importrestriktioner, vilket diskriminerande upphandlingsbeteende torde anses utgöra.

³⁰ Principen om direkt effekt kommer ur Fördragets art. 249; Europafördraget 1999 sid. 188.

³¹ Prop. 1992/93:88 sid. 59-60.

³² Ibid, sid. 68 f.

information om aktuella upphandlingar och det pratiska tillvägagångssättet vid dessa för att potentiella anbudsgivare skall kunna agera. Ett förfrågningsunderlag skall vara fullständigt och tydligt samt att utvärderingskriterierna skall anges och om möjligt vara rangordnade.³³

Slutligen bör nämnas att den nationella regleringen av den offentliga upphandlingen skall gå hand i hand med de *gemenskapsrättsliga principerna om fri etableringsrätt, fri rörelse för varor och tjänster*.³⁴ Inga nationella bestämmelser skall inskränka dessa grundläggande principer.

2.5 Internationellt

GATT-överenskommelsen om statlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 1981, bygger på principerna om nationell behandling och icke-diskriminering. Överenskommelsen, som samtliga EFTA-länderna utan Island anslöt sig till, innehåller detaljerade procedurregler för upphandlingsförfarandet för att skapa garantier för att dessa principer efterlevs i praktiken.³⁵ GATT-överenskommelsen ersattes sedermera av ett inom ramen för WTO internationellt upphandlingsavtal som EU-länderna, USA och många andra betydelsefulla handelsländer anslöt sig till.³⁶ LOU har ändrats för att bland annat uppfylla den sänkning av tröskelvärdena som det så kallade GPA-avtalet (Government Procurement Agreement) innebar för statliga myndigheter. Å ena sidan lämnar GPA-reglerna i vissa avseende större frihet för de upphandlande enheterna än vad EG-direktiven och LOU medger, till exempel beträffande möjligheterna att förhandla och ta sociala hänsyn vid anbudsgivning. Å andra sidan har LOU inom vissa områden också mer flexibla regler, det finns till exempel inget krav på att länder ömsesidigt måste erkänna varandras officiella leverantörslistor m.m. De ingångna internationella utgör en del av gemenskapens rättskällor, vilket innebär att det i händelse av konflikt mellan internationella förpliktelser och EU:s sekundärrätt är de internationella bestämmelserna som skall ges företräde, något som dock EG-domstolen gjort avsteg från.³⁷

³³ Hentze & Sylvén, [1998] sid. 15 ff.

³⁴ Fördragets art. 43 stadgar om den fria etableringsrätten, art. 23 om den fria rörelsen för varor samt art. 49 om den fria rörelsen av tjänster; Europafördraget [1999] sid. 77, 86, 89.

³⁵ Ds 1992:4 sid. 36.

³⁶ De andra länderna som först anslöt sig till avtalet var Kanada, Israel, Sydkorea, Norge, Schweiz och Singapore, avtalet trädde i kraft i januari 1996; Grönboken [1996] sid. 1.

³⁷ Fördraget art. 228-234. Se vidare *International Fruit Company-domen* (C 51-54/71); Hentze & Sylvén [1998] sid. 37 ff.

3 Lagen om offentlig upphandling (LOU)

3.1 Översikt av lagens innehåll

Lagens disposition följer i stora drag systematiken i respektive direktiv. Till skillnad från direktiven har lagstiftaren i LOU valt att sammanföra samtliga definitioner under ett kapitel istället för i respektive avsnitt.³⁸ Nedan följer kortfattat lagens disposition:

- 1 kap. Allmänna bestämmelser
 - tillämpningsbestämmelser
 - huvudregeln om affärsmässighet
 - definitioner av termer i lagen
 - procedur- och prövningsbestämmelser
- 2 kap. Varuupphandling över tröskelvärdet
- 3 kap. Upphandling av byggtreprenad över tröskelvärdet – särskilda bestämmelser om upphandlingar av varor, bygg- och anläggningsarbeten samt andra tjänster som kan hänföras till ett byggtreprenadsobjekt i sin helhet.
- 4 kap. Upphandling inom vatten, energi, transport- och telekommunikationsområden över tröskelvärdena – särskilda bestämmelser för upphandlingar av varor, bygg- och anläggningsarbeten inom dessa så kallade försörjningsområden.
- 5 kap. Upphandling av tjänster i kategori A över tröskelvärdet.
- 6 kap. Upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap. samt i vissa andra fall – särskilda bestämmelser för upphandling av varor, byggtreprenad, inom försörjningssektorerna samt av tjänster i kategori B oavsett värde eller upphandling som rör rikets säkerhet.
- 7 kap. Överprövning, skadestånd – allmänna och särskilda bestämmelser om rättsmedel för leverantörer som antingen lider skada eller lidit skada genom att den upphandlande enheten åsidosatt bestämmelserna i LOU.
- Bilaga Tjänster som avses i 5 kap. – kategorier av tjänster uppdelade i avdelning A och avdelning B.

³⁸ Se Prop. 1992/93:88 sid. 57 ff.

3.2 Tillämpning

I det närmaste all anskaffning av varor och tjänster som görs av en upphandlande enhet regleras av LOU, undantaget köp av, hyra av eller annan nyttjanderätt till fast egendom.³⁹ Sålunda är alla typer av skriftliga och onerösa kontrakt som sluts mellan en upphandlande enhet och en leverantör underställda lagstiftningen. För att LOU skall bli tillämpligt krävs vidare att upphandlingsförfarandet inte träffats i anledning av överenskommelser i ett internationellt avtal mellan någon av staterna inom EES-området eller ett avtal i en internationell organisation. Direktiven undantar också upphandlingar som görs av militära myndigheter för viss försvarsupphandling samt upphandlingar av säkerhetsintresse, men Sverige har önskat ha vissa av dessa upphandlingar reglerade och de återfinns istället i lagens 6 kap.⁴⁰ Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer kan också medge undantag från LOU enligt 6 kap 17 §.⁴¹

Begreppet upphandling finns inte, till skillnad från vad som gäller enligt LOU, definierat i direktiven, utan direktiven utgår istället från vad som skall förstås med ett upphandlingskontrakt. Allt som kan betecknas som köp, leasing, hyra eller hyrköp och som görs av en upphandlande enhet är att beteckna som upphandling.⁴²

3.3 Upphandlande enhet

Staten, kommuner, landsting är de upphandlande enheter som främst förknippas med offentlig upphandling, det finns dock ett flertal andra upphandlande enheter som i hög utsträckning tillämpar lagen; bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och övriga associationsformer⁴³ där det allmänna har huvudsakligt ägande och inflytande samt där syftet är att täcka behov i det allmännas intresse. Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter och sammanslutningar av de ovan nämnda juridiska personerna som har ”offentligrättsliga drag” omfattas också av LOU.⁴⁴ Enheter som omfattas är sådana som har inrättats för att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse, industriell eller kommersiell natur, och de

³⁹ LOU 1 kap 1 § (jfr 93/36/EEG art 1.1.).

⁴⁰ Ibid. 1 kap 3 § (jfr Ibid. art. 1.4.).

⁴¹ Regeringen har exempelvis beslutat om att undanta upphandlingar som förklarats vara hemliga och som avser leveranser som rör rikets säkerhet. Hentze & Sylvén, [1998] sid. 448.

⁴² LOU 1kap. 3§ (jmf art.1 (a) 93/36/EEG).

⁴³ Den svenska definitionen av upphandlande enhet överensstämmer inte till fullo med EG-direktivets (92/50/EEG 1 art (b)) eftersom den svenska definitionen inte innehåller något krav på att den upphandlande enheten skall vara en juridisk person. I *Beentje*-domen fastslogs att upphandlande enhet inte nödvändigtvis måste vara en juridisk person. C-31/87 REG 1988 s 4635.

⁴⁴ Prop. 1992/93:88 sid. 60.

upphandlande enheterna skall underkastas visst inflytande från det allmänna genom att⁴⁵

- a. dess kapital huvudsakligen tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet, eller
- b. dess upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller tillsyn av annan upphandlande enhet, eller,
- c. dess styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller annan upphandlande enhet.

I propositionen uppges att utgångspunkten för avgränsningen huruvida en enhet omfattas av lagen eller ej dels beror på vilken verksamhet som enheten *faktiskt* bedriver, dels på om den offentliga sektorn har *bestämmande inflytande* över enheten.⁴⁶ Vad gäller den förra utgångspunkten har det i litteraturen riktats befogad kritik mot denna, då det hävdats att det avgörande istället torde vara hur självständig enheten är, inte huruvida den rent faktiskt har något upphandlingsansvar.⁴⁷ Om en decentraliserad enhet inte är självständig gentemot myndigheten, kan LOU kringgås eftersom lagen tillämpas olika beroende på värdet av upphandlingen. En del av en myndighet som har en självständig funktion kan anses utgöra en egen upphandlande enhet, förutsatt att enheten har en självständig inköpsfunktion som tecknar egna avtal samt har en egen budget. En organisation skall själva göra bedömningen huruvida den eller delar av dess verksamhet omfattas av direktiven eller LOU. Om en upphandlande enhet låter en annan juridisk person genomföra en upphandling åt enheten, måste även denna följa reglerna i LOU.

Eftersom det krävs två separata rättssubjekt för att ett bindande upphandlingsavtal skall bli gällande omfattas inte alltid upphandling mellan myndigheter av LOU. Detta går stick i stäv med uppfattningen att myndigheter alltid kan ingå avtal med varandra för att utföra sina offentlighetsrättsliga skyldigheter.⁴⁸ Avgörande är alltså hur självständiga subjekten är; ett kommunalt bolag är, till skillnad från en myndighet utan särredovisad budget, självständigt till formen och kan därför anses vara ett rättssubjekt som omfattas av LOU. I EG-domstolens praxis⁴⁹ kan man utrona en tendens att begreppet upphandlande enhet givits stor räckvidd. Domstolen hänvisar till direktivens syfte, som sägs vara att öppna upp för konkurrens och insyn. Därigenom finner domstolen stöd för en bred tillämpning.

⁴⁵ LOU 1 kap 2, 5-6 §§

⁴⁶ Prop. 1992/93:88 sid. 60

⁴⁷ Forsberg, 1998 sid. 32

⁴⁸ Hellner, 1993 sid. 41

⁴⁹ Se bl.a. *Kommissionen v. Frankrike (C-237/99) & Adolf Truley GmbH (C-373/00)*, samt Hentze & Sylvén [1998] sid. 131 ff.

3.4 Huvudregeln om affärsmässighet

I 1 kap. 4 § – lagens portalparagraf – fastställs de grundläggande upphandlingsprinciperna: konkurrens-, objektivitets- och affärsmässighetskravet.

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

Dessa hänför sig till gemenskapsrättens grundläggande principer om de fyra friheterna och diskrimineringsförbudet i Fördraget, även om detta mer eller mindre är omöjligt att utläsa av lagtexten.⁵⁰ Begreppet affärsmässighet har helt olika innebörd i olika situationer och allt efter vem som gör bedömningen. Vanligtvis tolkas dock begreppet så att det är privata näringslivets sätt att köpa varor och tjänster som skall vara vägledande i den offentliga upphandlingen. Det offentliga skall, liksom privata företag, bedriva sin verksamhet på likadana villkor och följa god affärssed innebärande att gängse bruk i branschen följs. Uttrycket ”ovidkommande hänsyn” innefattar, enligt förarbeten situationer där den upphandlade enhetens anskaffning exempelvis styrs av lokala politiska hänsynstagande, exempelvis sysselsättningsaspekter.⁵¹ När en upphandlande enhet skall avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall den ta hänsyn till samtliga omständigheter som pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. En diskriminerande upphandling innebär att affärsmässigheten sätts åt sidan till förmån för i sammanhanget ovidkommande hänsyn.⁵²

Nedan kommenteras kortfattat de i förarbetena och i litteraturen viktigaste uppdragna riktlinjerna för vad som skall inrymmas i affärsmässigheten vid en upphandling för att den skall anses överensstämma med lagens syfte:

1. *Det skall finnas ett klart och tydligt förfrågningsunderlag.* För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det skall ske på lika villkor, krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag, vilket följer av principerna om förutsebarhet och öppenhet i gemenskapsrätten. Detta består vanligtvis av kravspecifikation, kommersiella villkor, administrativa bestämmelser och utvärderingsbestämmelser m.m.⁵³ Dessa krav aktualiseras särskilt vid upphandling under tröskelvärdena, eftersom den upphandlade

⁵⁰ Det faktum att lagens portalparagraf inte på ett tydligare sätt kan förknippas med Fördragets grundläggande principer kritiserar av Hentze & Sylvén, som kräver en tydligare hänvisning till gemenskapsrätten, annars finns risken att svenska domstolar och upphandlande enheter med hänvisning till begreppet affärsmässighet lockas att göra tolkningar som avviker från tolkningar på området inom gemenskapsrätten, Hentze & Sylvén, [1998] sid. 51 (jfr prop. 2001/02:142 sid. 36).

⁵¹ Prop. 1992/93:88 sid. 10

⁵² Prop. 2001/02:142 sid. 35.

⁵³ Hentze & Sylvén, [1998] sid. 103 ff.

enheten då inte är styrt av kraven på annonsinnehåll, utan får falla tillbaka på den allmänna regeln om affärsmässighet. Det skall vidare framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet *skall* kunna antas och vilka krav som *bör* ingå. Det måste stå klart för leverantören vilka krav som får frångås samt i vilket avseende detta få ske och i vilken utsträckning.

2. *Ett affärsmässigt beteende skall utnyttjas under upphandlingen, dvs. att ingen anbudsgivare får favoriseras och icke heller diskrimineras.* Eftersom likabehandlingsprincipen gäller för hela EG-rätten måste den också tillämpas vid upphandlingar under tröskelvärdena; alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar att delta. De upphandlade enheterna får ej ta hänsyn till nationella, regionala eller lokala omständigheter. Inte sällan förekommer det i praxis att upphandlande enheter antar bud för att leverantören är belägen i närområdet och därför bidrar med fler arbetstillfällen, något som strider mot centrala regler i Fördraget, upphandlingsdirektiven samt reglerna om affärsmässighet i LOU.⁵⁴

3. *Hänsyn skall tas till det som erfordras för en så ekonomisk och ändamålsenlig upphandling som möjligt för den upphandlade enheten.* Hur höga krav får uppställas på anbudsgivarna? Det ligger i affärsmässigheten att den upphandlande enheten inte uppställer krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen. Kraven på kvalitet och prestanda skall inte ställas högre än vad som behövs i varje särskilt fall. Om den upphandlade enheten uppställer så höga krav att de genast indirekt fransäger sig anbudsgivare är det inte orimligt att anta att enheten söker just en särskild leverantör och på detta sätt kringgår lagen. En leverantör skall inte behöva redogöra för samtliga kostnader precist eller inkomma med underlag utformade på vissa, efter begäran av enheten, speciella format.⁵⁵

4. *Varje anbudsgivare (anbudssökandes) rätt gentemot andra anbudsgivare (anbudssökande) skall bevakas under hela upphandlingsprocessen.* Förvaltningsmyndigheter som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall handlägga ärenden på de objektiva sätt som grundlagen stadgar. Detta innebär bland annat att handlingar i ärende angående upphandling inte får utlämnas innan avtal slutits eller ärendet eljest slutförts. Anbudssekretessen är absolut vilket innebär att de skall hållas ovillkorligen hemliga till dess avtal slutits, alla anbuden offentliggjorts eller ärenden slutförts på annat sätt. Dock finns det i ett om reglerna⁵⁶ för sekretess viktigt undantag. Om utlämnande av uppgift är nödvändigt för att myndigheten skall kunna fullgöra sin verksamhet, exempelvis kan den behöva inhämta expertis för att få hjälp att granska anbudet.⁵⁷

⁵⁴ Se Hentze & Sylvén, [1998] sid. 56-58: Sammanfattning av ett flertal svenska och från EG-domstolen betydande rättsfall.

⁵⁵ RÅ 1997 ref. 40 samt KamR mål nr 585-2002; Nord, [2002] sid. 1549.

⁵⁶ Se om sekretess särskilt SekrL (1980:100) 6 kap & 8 kap; ”sekretess med hänsyn till skyddet av det allmännas respektive den enskildas ekonomiska förhållanden”.

⁵⁷ RÅ 1996 ref. 85; Hentze & Sylvén, [1998] sid. 975.

5. *Den upphandlande enheten skall aktivt söka konkurrens.* Den upphandlande enheten bör, för att försöka tillvarata den konkurrens som kan finnas mellan leverantörer inom och utom landet, försöka anpassa anbudsgivarkretsen efter upphandlingens storlek och karaktär. Det leder till att en upphandling, som är förhållandevis stor, bör vända sig till ett större antal potentiella anbudsgivare och vice versa om upphandlingen är av mindre värde. En upphandlande enhet får inte i förfrågningsunderlaget beskriva föremålet för upphandlingen på ett sådant sätt att endast en viss vara eller process kan komma i fråga, enheten skall sålunda i så hög grad som möjligt söka efter att låta så många anbudsgivare som möjligt delta.⁵⁸

3.5 Värdeberäkning och tröskelvärden

De förfaranden som anges i LOU och i gemenskapsdirektiven gäller endast för upphandlingar vars värde överstiger vissa bestämda tröskelvärden. Tröskelvärdena anges i euro och varierar mellan direktiven. Vid en beräkning av upphandlingens värde skall varje avtals totala eller potentiella värde beaktas, detta för att avgöra huruvida en förestående upphandling värdemässigt kommer att befinna sig över eller under lagens tröskelvärde. Är värdet av upphandlingen över tröskelvärdet gäller de genom LOU implementerade EG-direktiven, men är värdet under tröskelvärdet står det Sverige fritt att använda sina egna regler för offentlig upphandling.⁵⁹ En upphandling får inte delas upp i syfte att underskrida lagens tröskelvärde. Om enheten beräknat upphandlingen att hamna under tröskelvärdet, men det sedermera visar sig att prisnivån i anbuden ligger väsentligt över tröskelvärdet, bör upphandlingen göras om.⁶⁰

Tröskelvärdena i LOU är olika i de olika kapitlen 2-5, men kan kortfattat beskrivas som nedan.⁶¹

	Euro	Sdr
Byggtreprenader	5 000 000	
Varor och tjänster		
1. Försörjningssektorn	400 000	
2. Telesektorn	600 000	
Statliga myndigheter	130 000	
Övriga upphandlande enheter	200 000	

Värdet i nationella valutor av de tröskelvärden som anges fastställs av kommissionen i princip vartannat år, och beslutet grundas på den

⁵⁸ LOU 6 kap. 3 §.

⁵⁹ I Grönboken understryks att upphandlande enheter som inte når upp till tröskelvärdena likväl bör upphandla i enlighet med bestämmelserna i Romfördraget om fri rörlighet för varor och tjänster, liksom i enlighet med de grundläggande principerna om ickediskriminering, likabehandling och öppenhet. Grönboken [1996] sid. 12.

⁶⁰ Linder, [1997] sid. 110.

⁶¹ Enligt NOU, kommer tröskelvärdena att höjas med cirka 6 procent under 2004; NOU info, december 2003, sid. 8

genomsnittliga dagskursen under en 24 månad period. Vissa tröskelvärden anges i särskilda dragningsrätter (sdr) i 2-5 kap.⁶²

3.6 Upphandlingsformer

Valet mellan de olika upphandlingsformerna styrs av upphandlingens storlek, beskaffenhet samt kravet på affärsmässighet. LOU innehåller följande upphandlingsformer:

- öppen upphandling
- selektiv upphandling
- förhandlad upphandling
- förenklad upphandling
- direktupphandling

Upphandling under tröskelvärdena görs vanligtvis genom en särskild metod, kallad *förenklad upphandling*, innebärande att alla leverantörer har rätt att delta. Den upphandlande enheten får således inte avvisa en leverantör med motiveringen att man redan har tillräckligt många leverantörer. Dock kan det undantagsvis bli aktuellt med *direktupphandling*. Den senare typen är ett förfarande utan anbudsfordran och tillämpas då upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.⁶³ Fördelen med direktupphandlingen är att leverantören kan förbise det annars så stränga kraven på ett formbundet skriftligt förfarande.⁶⁴

I lagens 2-5 kap. stadgas de olika former av upphandlingsförfarande som gäller vid upphandlingar som överstiger tröskelvärdet för respektive upphandlingskategori. *Öppen upphandling* innebär att enheten genom annons inforrar anbud, alla leverantörer som visar intresse ha rätt att få det så kallade förfrågningsunderlaget. Annonseringen måste genomföras på ett bestämt sätt för att så många leverantörer skall kunna få möjlighet att lägga bud. Några förhandlingar får inte äga rum vid öppen upphandling och den upphandlande enheten får ej begränsa antalet anbudsgivare.⁶⁵

Alternativa förfarande till öppen upphandling är *selektiv förhandling* och *förhandlad upphandling*. Det senare förfarandet får användas utan föregående annonsering i vissa speciella undantagssituationer. Enligt Grönboken skall dock dessa bestämmelser som reglerar detta förfarande tolkas restriktivt och det ”åligger den som åberopar detta förfarande att

⁶² LOU 6 kap. 2 §. Tröskelvärdet 130 000 särskilda dragningsrätter gäller endast för varu- eller tjänsteupphandling enligt 2 & 5 kap. som görs av statliga myndigheter. Dragningsrätter är en enhet som används pga. Sveriges åtagande gentemot WTO; Prop. 1995/96:165. SDR fastställs på grundval av ett vägt genomsnitt av kursutvecklingen för viktigare valutor.

⁶³ Prop. 1993\94:78 sid. 22. Med synnerliga skäl avses framförallt synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten (t ex stora skador som omgående måste åtgärdas).

⁶⁴ LOU 6 kap. 2 §.

⁶⁵ Prop. 1996\97:153 sid. 50 ff.

bevisa att de exceptionella omständigheter som motiverar undantaget verkligen existerar”.⁶⁶ Selektiv förhandling får användas vid alla typer av upphandlingar över tröskelvärdena. Det är ett tvåstegsförfarande innebärande att den upphandlande enheten först annonserar vilka krav som uppställs på leverantören och sedan skall leverantören visa att den uppfyller ställda krav. Förhandlingar får inte föras vid selektiv upphandling.⁶⁷

3.7 Speciellt för vissa upphandlingskategorier

För upphandling som värdemässigt överstiger de i lagen angivna tröskelvärdena gäller, förutom de allmänna bestämmelserna i 1:a kap., också särskilda bestämmelser i 2-5 kap. Den svenska lagstiftaren har valt att till stor del följa de EG-rättsliga direktiven, att dela upp upphandlingar i kategorier beroende på verksamhetens karaktär. Lagstiftningen är uppdelad i två sektorer, den *klassiska sektorn* samt *försörjningssektorn*. Inom den *klassiska sektorn* förknippas den upphandlande enheten inte sällan med myndigheter, såväl centrala som regionala och lokala. Till *försörjningssektorn* räknas bland annat verksamhet inom energi- och transportområdet. Nedan beskrivs kortfattat när de olika kategorierna, som i sin tur är inordnade under olika sektorer, tillämpas.

3.7.1 Varor⁶⁸

För att lagens 2:a kap. om varuupphandling skall bli tillämpligt gäller att det beräknade värdet överstiger lagens tröskelvärde om 200 000 euro, för statliga myndigheter gäller ett tröskelvärde på 130 000 sdr. Trots att varor de facto upphandlas genom separata avtal skall kapitlet tillämpas om det sammanlagda värdet överstiger tröskelvärdet, detta förutsatt att varorna är av ”samma typ”. Härmed undviks möjligheten att dela upp upphandlingen i syfte att kringgå lagen. Vad som menas med varor framgår varken av LOU eller av direktiven, utan produktområdena skall fastställas av de upphandlande enheterna genom en hänvisning till en speciellt detaljerad bilaga (CPA - Classification of Products According to Activities).⁶⁹

3.7.2 Entreprenad⁷⁰

Med entreprenad avses större bygg- och anläggningsarbeten som uppförs på uppdrag av den upphandlande enheten. Till LOU:s 3:e kapitel hör också projektering och utförande av exempelvis installationsarbete, schaktning och anläggningsarbete. Det är av stor vikt att delentreprenad räknas in i

⁶⁶ LOU 2 kap. 11 §, Grönboken [1996] sid. 9.

⁶⁷ LOU 1 kap. 20 a §; Hentze & Sylvén [1998] sid. 125.

⁶⁸ LOU 2 kap. (jfr dir. 93/36/EEG).

⁶⁹ LOU 2 kap. 1 § 2 st. (jfr dir. 3696/93/EEG). Official Journal of the European Communities No L 342, 31.12.93, p 1.

⁷⁰ LOU 3 kap. (jfr dir. 93/37/EEG).

huvudentreprenadvärdet vid tröskelvärdesberäkningen, liksom material samt utrustning som tillförts av den upphandlande enheten. En upphandling får inte delas upp i syfte att tröskelvärdet skall underskridas. Bestämmelserna i kapitlet tillämpas vid sådan upphandling av byggentreprenad eller koncession som uppgår till minst det lägsta av 5 000 000 euro, exklusive mervärdesskatt.⁷¹

3.7.3 Tjänster⁷²

För tjänsteupphandling gäller samma tröskelvärden som för upphandling av varor, men om den upphandlande enheten tillhandahåller material samt utrustning som är nödvändiga för tjänstens utförande, skall värdet av denna utrustning inberäknas i kontraktsvärdet. Vad som skall förstås med tjänst finns inte reglerat i LOU eller i direktiven, istället används Fördragets definition; tjänst skall anses vara ”en prestation som inte faller in under bestämmelserna om fri rörlighet av varor, kapital och personer”.⁷³ I bilaga till LOU finns en förteckning över dels de olika tjänster som skall följa LOU:s 5 kap., (de s.k. A-tjänsterna), dels de tjänsterna som skall följa LOU:s 6 kap. (de s.k. B-tjänsterna). Avgörande för huruvida en tjänst skall falla in under A- eller B-tjänsterna är om tjänsten kan anses vara sådan till karaktären att den är lämpad för handel över gränserna. Till avdelning A-tjänster hör bland annat land- och flygtransport, reparationer, redovisning, reklam och konsulttjänster.⁷⁴

3.7.4 Försörjningssektorn⁷⁵

Reglerna om upphandling inom de så kallade försörjningssektorerna kan avse såväl varor, tjänster liksom entreprenader, under förutsättning att den sker inom området för energi, vatten, transport eller telekommunikation. Upphandlingen kan vidare röra sig om produktion, transport och distribution av dricksvatten, elektricitet, gas, värme, telekommunikation samt drift av järnvägs, spårvägs- och bussnät. En upphandlande enhet kan få göra undantag när det gäller exploatering av ett visst geografiskt område för utvinning av olja, gas eller kol. Tröskelvärdena är vidare betydligt högre i jämförelse med de inom den klassiska sektorn, upphandlingsvärdet måste överstiga 400 000 alternativt 600 000 euro när det gäller varor och tjänster samt 500 0000 euro när det är fråga om byggentreprenad för att kapitlets regler skall komma att tillämpas.⁷⁶

⁷¹ LOU 3 kap. 1-2 §§.

⁷² LOU 5 kap. (jfr dir. 92/50/EEG).

⁷³ LOU 5 kap. 9 § I Fördragets art. 60 stadgas det om upphandling av tjänst; Hentze & Sylvén [1998] sid. 346.

⁷⁴ Hentze & Sylvén [1998] sid. 346.

⁷⁵ LOU 4 kap. (jfr dir. 93/88/EEG & 98/4/EG).

⁷⁶ Se LOU 4 kap. 1, 8 §§.

3.8 Prövning av anbud

En upphandlande enhet skall anta det anbud som antingen erbjuder det lägsta priset eller det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till bland annat omständigheter såsom pris, driftkostnader, teknisk förtjänst, estetiska och funktionella förtjänster, tekniskt bistånd, kundservice och miljöpåverkan.⁷⁷ EG-domstolen har i ett avgörande från 1999 uttalat att ”faktorer som inte är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten”.⁷⁸ Således är det upp till den upphandlande enheten att uppskatta vilka kriterier som de vill fästa särskild vikt vid, något som innebär att hela förfarandet är svårt att föreutse, inte minst för anbudsgivaren.

Varken kravspecifikation eller utvärderingskriterium får innebära att viss leverantör diskrimineras, kraven får vidare inte vara onödigt långtgående eller i övrigt oproportionerligt detaljerade. Anbud som inte uppfyller de objektrelaterade, administrativa eller kommersiella kraven, får förkastas. Innerhåller anbudet avtalsvillkor som inte överensstämmer med förfrågningsunderlaget får det förkastas. Anbud som till exempel har ett orimligt lågt pris får förkastas om leverantören ej efter förfrågan kunnat lämna en rimlig förklaring till det låga priset. Det får endast tas hänsyn till förklaringar som kan godtas på objektiva grunder.⁷⁹ Om enheten förkastat ett anbud av skälet att det bedöms vara orimligt lågt, skall en rapport avläggas till EU-kommissionen eller – om anbudet avgetts vid upphandling enligt 4 kap. – lämna upplysningar om beslutet i meddelande om avslutad upphandling enligt 4 kap. 15 §.⁸⁰

I LOU 2-5 kap. anges bestämda tidsfrister av minimikaraktär som den upphandlade enheten skall respektera vid olika förfarande över tröskelvärdena. Vid öppen upphandling är anbudstiden 52 dagar med start från den dagen då enheten satte ut en annons om upphandling. För selektiv och förhandlad upphandling, som inleds med annonsering efter anbudssökanden, är tidsfristen 37 dagar för ansökan efter det att annonsen avsänts.⁸¹

3.9 Annonsering

Annonsering är en viktig del i gemenskapens krav på transparens och öppenhet. För att så många leverantörer som möjligt skall få kännedom om kommande och genomförda upphandlingar över tröskelvärdena, skall dessa annonseras i ett särskilt tillägg till Europeiska Gemenskapens Tidning, EGT

⁷⁷ Dir 92/50/EEG art. 36 1a.

⁷⁸ *Concordia-domen* (C-513/99): Falk, [2003] sid.151.

⁷⁹ Se LOU 1 kap. 22-23 §§ & Prop. 1992\93:88 sid. 129.

⁸⁰ Linder, [1997] sid. 37.

⁸¹ LOU 3 kap. 18-19 §§.

samt i databasen TED (Tender Electronics Daily).⁸² Reglerna om annonsering finns, förutom i lagens 1 kap. också i respektive kapitel för varu-, bygg- och tjänsteupphandling samt inom försörjningssektorerna. Förutom krav hänförliga till upphandlingsobjektet, skall det i annonsen framgå de krav som enheten avser att ställa på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet, samt finansiella ställning. När en upphandling enligt kap. 2-5 avslutas skall den upphandlande enheten redovisa resultatet inom 48 dagar i en efterannons.⁸³

⁸² LOU 1 kap. 7-11 §. I förordningen (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling regleras vilka standardformulär som skall användas för respektive del av upphandlingsförfarandet.

⁸³ Se LOU 2 kap. 6-7a §§, 3 kap. 9-11 §§, 4 kap. 14-15 §§ samt 5 kap. 11-13 §§.

4 Överprövning och skadestånd

4.1 Syfte

De mest betydelsefulla rättsmedlen i LOU är överprövning och skadestånd. Enligt Romfördraget skall medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördraget.⁸⁴ De ursprungliga direktiven som syftade till att harmonisera nationella regler avseende offentlig upphandling inom medlemsstaterna innehöll inga krav på medlemsstaterna att införa sanktioner vid överträdelser av reglerna. Kontrakt skall tilldelas i konkurrens och på objektiva grunder, något som enligt direktivets ingress inte skedde i tillräckligt hög utsträckning under de dåvarande bestämmelserna på området.⁸⁵

Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta skall ha en påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler [...]

Upphandlingsbestämmelserna hade dittills inte varit tillräckliga för att garantera efterlevnad av i sammanhanget relevanta gemenskapsregler och om upphandling inom gemenskapen skall leda till ökad konkurrens måste det finnas ett för leverantörer tillfredställande prövningsförfarande. Det skall därför enligt EG:s rättsmedelsdirektiv⁸⁶ finnas

1. Möjligheter till interimistiska åtgärder (överprövning);
 - a) rättelse – upphäva eller säkerställa upphävandet av olagliga beslut
 - b) avbrytande av olaglig upphandling
 - c) andra alternativa rättsmedel istället för a) eller b) såsom vitesföreläggande eller böter.
2. Möjlighet till skadestånd

Vidare betonas att syftet med direktiven också är att särskilt uppmärksamma och verka för att tillämpningen av rättsmedlen skall göras så effektivt och skyndsamt som möjligt. Direktivens syfte och utformning är således mycket generellt utformade och lämnar därför stort utrymme för den nationella lagstiftaren.

⁸⁴ Romfördraget art. 5.

⁸⁵ Dir. 89/665/EEG sid. 2.

⁸⁶ Ibid, art. 2; Slavicek, [1999] sid. 6.

4.2 Införlivning i medlemstaterna

Det har från första början vid tillkomsten av direktiven med hävdats att direktiven är överflödiga och istället kan komma att hämna den framtida utvecklingen på området. För det första skulle direktiven indirekt bara återspegla redan kända gemenskapsrättsliga principer, som exempelvis principen om icke-diskriminering samt öppenhet; gemenskapens regelverk och praxis skulle kunna ge leverantörer tillräcklig garanti. För det andra skulle skillnaden mellan de olika medlemsländernas implementering vara allt för stor, innebärande att vissa länder indirekt skulle gynnas mer än andra av upphandlingsreglerna.⁸⁷

Det råder stora skillnader i tillämpningen beroende på, dels att vissa länder har tagit alltför lång tid på sig att implementera direktiven till nationell lag, dels att handläggningstiderna är långa i vissa länder. Även om alla länder idag har införlivat direktiven, så har det visat sig att effektiviteten skiljer sig markant länder emellan. Spanien, Grekland och Portugal klarade inte att införliva direktivet i tid och i länder som bland annat Portugal och Italien har det i vissa fall tagit upp till 10 år innan ett upphandlingsärende avslutats.⁸⁸

Den svenska implementeringen av rättsmedelsdirektiven skedde i tiden före det att Sverige blev medlem EU och som en följd av förpliktelserna av EES-avtalet. Sverige är i topp över statistiken beträffande antalet prövningar i förvaltningsdomstol. I Storbritannien, Italien, Luxemburg, Grekland och Spanien finns däremot endast ett fåtal prövningar, vilka bland annat kan förklaras av ländernas långa handläggningstider.⁸⁹

4.3 Direktiven

Rådets direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG (rättsmedelsdirektiv II) är två kortfattade och mycket generella produkter bestående av 6 respektive 14 artiklar. Det förra direktivet gäller för prövning av offentlig upphandling av varor samt bygg- och anläggningsarbeten (klassiska sektorn), medan det senare gäller upphandlingsförfaranden tillämpade av företag inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (försörjningssektorn).

4.4 Överprövning

Överprövning är ett eget rättsinstitut och skall inte förväxlas med begreppet överklagande. Begreppet överprövning har valts för att ordet överklagan främst förknippas med myndighetsbeslut, vilket ej i

⁸⁷ Fernández [1996] sid. 201 ff.

⁸⁸ Slavicek [1999] sid. 23 ff.

⁸⁹ Ibid, sid. 23 ff.

upphandlingssammanband återspeglar verkligheten då andra subjekt än myndigheter kan bli föremål för en leverantörs klagan.⁹⁰ Syftet med överprövningsbestämmelsen är att en leverantör skall kunna angripa en feltillämpning på ett så tidigt stadium att det skall vara möjligt för domstolen att ingripa, innan någon skada uppkommer.

Alla beslut under upphandlingsprocessen, dvs. fram till dess att avtal har träffats kan bli föremål för överprövning. Detta innebär att en leverantör som vill ha något beslut prövat, något upphandlingsförfarande eller något krav i en upphandling bedömt måste göra detta innan upphandlingen avslutats. Frågan om när avtal om upphandling sluts är inte bara av betydelse för att bedöma möjligheten till överprövning i länsrätten, utan har även betydelse för när begäran om skadestånd skall framställas och när information skall lämnas om en avslutad upphandling.

Enligt en dom från RegR 1996 skall en prövning av ansökan om åtgärder ”kunna ske intill undertecknandet av ett skriftligt avtal”, något som mer eller mindre alltid föreligger när det är en extern leverantör.⁹¹ Det förekommer dock att myndigheter som upphandlar vänder sig till den egna förvaltningen i konkurrens med externa arbetsgivare och efter infordring av anbud väljer en av sina egna enheter. När det allmänna ingår avtal ”med sig själv” så befinner man sig utanför det klassiska avtalsrättsliga kärnområdet; offentlighetsrättsliga avtal anses inte sällan ingå som en särskild avtalsrättslig form som får till följd att de kan få speciella rättsverkningar.⁹² Avtalen kan i praktiken uppstå genom diverse olika myndighetsbeslut, såväl muntliga som skriftliga. En domstol kan exempelvis i en civilprocess kunna hävda att ett avtal har ingåtts på grund av parternas konkludenta handlande, något som ej tillmäts någon betydelse vid offentlig upphandling. Detta är en av flera konsekvenser av att upphandlingsavtalen är så kallade formalavtal.⁹³

Endast leverantörer som anser sig lidit skada eller kan komma att lida skada, får i en framställan till länsrätten ansöka om åtgärder om överprövning. En ansökan enligt LOU 7 kap. 1 § får inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.

LOU 7 kap. 2 § stadgar att

Om den upphandlande enheten brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU [...] och detta har medfört att leverantören lidit skada [...] skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

⁹⁰ Nord, [2000] sid. 1576.

⁹¹ RÅ 1996 ref. 50. Se även prop. 1996/97:153 sid. 54.

⁹² Madell, [2000] sid. 19.

⁹³ Formalavtal är avtal för vars giltighet det enligt lag fordras iakttagande av viss form. Se LOU 1 kap. 5 § samt 19 § (se även bl.a. LOU 1 kap. 14-16 §§) Termen ”form” kan avse alla slags uttrycksmedel, se Adlercreutz 2002 sid. 133 f.

Det normala beslutet för länsrätten vid brott mot LOU är att upphandlingen skall göras om. Detta, eftersom rättelse i jämförelse med överprövning är sämre för övriga leverantörer. Genom att få vara med från början igen ges precis samma chans som den tidigare valda leverantören hade. Om länsrätten beslutat att en rättelse skall göras torde den tidigare leverantören i flera avseende få ett visst försprång.⁹⁴ Det finns inga, enligt de svenska rättsmedlen vid upphandling, möjligheter att bryta upp ett ingånget avtal. Rättsmedelsdirektiven ger medlemsländerna denna rätt, något som alltså Sverige avstått ifrån. Det bör dock nämnas att även om inte möjligheten finns i Sverige, så kan EG-domstolen på grund av brott mot gemenskapsrätten på begäran av kommissionen sannolikt förklara att ett ingånget avtal är ogiltigt.⁹⁵

LOU 7 kap. 2 § 1-2 st. stadgar vidare att länsrätten omedelbart får besluta om upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats eller, om det är frågan om upphandling enligt 4 kap. (inom den s k försörjningssektorn), vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen om inte bristerna i upphandlingen avhjälpas.

Ett interimistiskt beslut fattas för att inte upphandlingen skall hinna avslutas innan domstolen hunnit granska ärendet och fattat sitt slutgiltiga beslut. Länsrätten skall avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större för den upphandlande enheten än skadan är för leverantören. Sökande måste naturligtvis ha en legal grund⁹⁶, men framför allt måste denne rimligtvis visa på omständigheter som ger upphov till brådska. Handläggningstiderna är i allmänhet ganska långa och i synnerhet vid omfattande upphandlingar, varför det är viktigt att snabbt få till ett interimistiskt beslut. Risker är ju annars att innan länsrätten har hunnit vidta några åtgärder, har upphandlingen redan avslutats och då är inte länsrätten längre behörig att handlägga målet.

Med vite avses här den offentlighetsrättsliga formen av vite som framgår av lagen om vite⁹⁷ och skall således inte förväxlas med de viten som kan fastställas i avtal. Vitet skall ses som ett påtryckningsmedel och inte som böter, syftet är ju att den upphandlande skall ändra på den aktuella upphandlingen. Vitet skall bestämmas till ett belopp som utgår ifrån den

⁹⁴ Meningarna om vad som är att föredra; rättelse eller att göra om upphandlingen, går dock isär. Jfr dep. chefen i prop. 1992/93:88 sid. 101 och Hentze & Sylvén [1998] sid. 462.

⁹⁵ Hentze & Sylvén [1998] sid. 464.

⁹⁶ Ansökningar skall vara fullständiga, grunderna för yrkandet skall vara tydligt angivna, och det skall finnas en utredning om vilken skada som kan uppstå om ett interimistiskt beslut inte fattas. Norberg & Israelsson [1999] sid. 97 ff.

⁹⁷ Lag (1985:206) om vite stadgar (1 §) att lagen gäller viten som enligt lag eller annan författning får föreläggas av myndigheter. Lagen skall inte tillämpas i den mån annat följer av vad som är särskilt föreskrivet. Allmänna bestämmelser om viten finns även i brottsbalken och bötesverkställighetslagen (1979:189).

upphandlande enhetens ekonomiska förhållande och till omständigheterna i övrigt, samt ej understiga en procent av kontraktsvärdet.⁹⁸

Någon möjlighet till överprövning finns inte om en upphandlande enhet helt enkelt bortser från LOU och sluter avtal direkt med en leverantör. Överprövningsförfarandet är ju som bekant endast tillämpligt fram till dess att avtal slutits mellan leverantör och den upphandlande enheten.

4.5 Alcateldomen

Den 1 juli 2002 trädde ett antal ändringar⁹⁹ i LOU i kraft bl.a. till följd av EG-domstolens dom i det s.k. *Alcateldomen*¹⁰⁰. Ändringarna har tillfört överprövningsförfarandet en ny dimension; leverantörers möjligheter att begära överprövning har underlättats bland annat eftersom upphandlande enheter ålagts en informationsplikt avseende valet av leverantör samt att en tiodagarsfrist införts i lagen. Tiodagarsfristen innebär att den anbudssökande som vill klaga på upphandlingen har 10 dagar på sig från och med det att tilldelningsbeslutet har tillkännagivits.

Målet vid den nationella domstolen avsåg tilldelning av kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Enligt den nationella rätten i målet (österrikisk) agerade den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet endast som innehavare av civilrättsliga skyldigheter. Den avtalsrättsliga relationen mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren uppstod vid den tidpunkt vid vilken anbudsgivaren fick kännedom om att hans anbud har antagits. Enligt den vid tidpunkten för domen gällande lagstiftningen fattades den upphandlande myndighetens beslut om leverantör internt inom organisationssystemet och beslutet blev därför inte känt för tredje man. Eftersom en utomstående som regel inte lagligen kunde få kännedom om tilldelningsbeslutet, kunde detta normalt heller inte överprövas. Således gick många andra anbudssökande miste om möjligheterna att få upphandlingen överprövad.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att syftet med det första rättsmedelsdirektivet är att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till.¹⁰¹ EG-domstolen konstaterade vid en tolkning av rättsmedelsdirektivets bestämmelser¹⁰² att medlemstaterna är skyldiga, vad gäller den upphandlande enhetens beslut innan kontraktet ingås (s.k.

⁹⁸ 1992/93:88 sid. 100 f.

⁹⁹ SFS 2002:594.

¹⁰⁰ *Alcatel Austria AG m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*. (C-81/98).

¹⁰¹ *Ibid*, p. 38.

¹⁰² Dir. 89/665/EEG/ art. 2.1 (a), (b), samt art. 2.6.

tilldelningsbeslut), att i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilka klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet. Detta villkorat att övriga förutsättningar, såsom exempelvis talerätt, är uppfyllda.

Domen fick som konsekvens att regeringen lade fram en proposition där det föreslog att den upphandlande enheten på eget initiativ skall vara skyldig att lämna upplysningar till anbudssökande om tilldelningsbeslutet.¹⁰³ Eftersom den upphandlande enheten likväl skulle kunna gå runt LOU genom att skriva ett kontrakt just efter tilldelningsbeslutet, infördes en särskild 10-dagarsfrist i lagen.¹⁰⁴ Noterbart är att bestämmelsen ej gäller ifråga om direktupphandling, eftersom denna inte normalt sätt innehåller något tilldelningsbeslut samt att uppgifter rörande anbud först får lämnas ut sedan en sekretessprövning skett.¹⁰⁵

4.6 Skadestånd

Efter det att en upphandlande enhet avslutat sin upphandling och fattat beslut om vilken leverantör som skall få upphandlingskontraktet finns som ovan nämnts, ingen möjlighet att överklaga själva upphandlingsbeslutet och inte heller riva upp själva upphandlingskontraktet. Däremot kan en upphandlande enhet, som inte följt bestämmelserna i LOU, bli skyldig att ersätta skada som uppkommit för leverantörer till följd av att reglerna i lagen överträtts. Direktiven slår fast att medlemstaterna är förpliktade att utge skadestånd till dem som har lidit skada av en överträdelse av upphandlingsrätten.¹⁰⁶

Har någon begärt skadestånd som svarar mot kostnaderna för att förbereda anbud eller delta i ett upphandlingsförfarande, skall denne för att få sina kostnader täckta endast behöva visa att en överträdelse skett av gemenskapsregler om upphandling eller av nationella regler som införlivar sådana gemenskapsregler, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.

Direktivens generella utformning anger som synes inte formerna för skadestånd särskilt ingående, vilket lämnat den nationella lagstiftaren stort utrymme att själv utforma skadestandsreglerna. I EG-domstolens domar angående offentlig upphandling betonas att rättsmedel skall vara tillämpliga, inte bara vid brott mot de nationella bestämmelserna, utan även vid överträdelse av EG-rätten.¹⁰⁷ Med EG-rätten menas inte bara upphandlingsdirektiven, utan även de bakomliggande reglerna i fördraget. Skadeståndsrätten på upphandlingsområdet är sålunda för det första underkastat de allmänna principerna om likabehandling och effektivitet, för

¹⁰³ Prop. 2001/02:142 sid. 1 & 93 ff.

¹⁰⁴ LOU 7 kap 1 § 3 st.

¹⁰⁵ Ibid, 7 kap. 1 § 4 st. Se även Prop. 2001/02 sid. 92.

¹⁰⁶ Art. 2 (1) (c) rättsmedelsdirektiv I & art. 2 (7) rättsmedelsdirektiv II.

¹⁰⁷ Se särskilt art. 6, 30, 48, 52 och 59 i Romfördraget.

det andra de allmänna skadeståndsprinciperna i EG-rätten¹⁰⁸, något som dock ej framgår av den svenska lagstiftningen.¹⁰⁹ LOU:s 7 kap. 6 § respektive 7 § stadgar att

en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

Anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen.

LOU 7 kap. 7 § stadgar särskilt om skadestånd inom försörjningssektorerna (dvs. vatten-, energi-, transport-, och telekommunikation). Utöver den allmänna möjligheten att begära skadestånd för uppkommen skada (6 §), finns det inom detta område särskilt reglerat rätten att få skadestånd som är begränsat till det negativa kontraktintresset. Detta innebär en rätt till ersättning för kostnaderna för att förbereda anbud och att i övrigt delta i upphandlingen.¹¹⁰

Med ”uppkommen skada” enligt 6 § avses inte bara onödiga kostnader m.m. utan även det positiva kontraktintresset. Med det *positiva kontraktintresset* förstås att leverantören skall försättas i samma förmögenhetssituation som om den upphandlande enheten hade skött upphandlingen enligt LOU.¹¹¹ För att det skall anses att en leverantör drabbats av skada på grund av felet skall i princip kontraktet ha gått förlorat till följd därav. Den som inte har deltagit i en upphandling kan inte ha haft några kostnader och får därför istället yrka på förlorad handelsvinst enligt 6 §. Vidare förutsätter skadeståndsansvaret enligt förarbetena att ett ”åsidosättande” av bestämmelserna i LOU, dvs. en medveten handling, har skett.¹¹² Detta synsätt har dock förändrats och istället har EG-domstolen slagit fast att om ”en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten skett” räcker det med grov oaktsamhet för att skadeståndsskyldighet skall uppstå.¹¹³

Skadeståndsbegäran måste ha inkommit till tingsrätten inom vilken den upphandlande enheten finns inom ett år från den dag då avtal slöts mellan den upphandlande enheten och anbudsgivaren. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad¹¹⁴, vilket innebär att leverantören inte ens har

¹⁰⁸ Se om de allmänna skadeståndsprinciperna, *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland* (C-46/93) & *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA m.fl. mot Europeiska kommissionen* (C-352/98).

¹⁰⁹ I Spanien och Finland har man valt att uttryckligen stadga att rättsmedel skall vara tillämpliga inte bara vid brott mot de nationella bestämmelserna utan även vid överträdelse av EG-rätten; Slavicek, [1999] sid. 11.

¹¹⁰ Hellner, [1996] sid. 210.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Ds 1992:62 sid. 56.

¹¹³ Se *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland* (C-46/93) & *Factortame* (C-352/98) 4 st. 10 p.

¹¹⁴ LOU 7 kap. 8 §.

någon s.k. naturlig fordran att exempelvis åberopa för kvittning.¹¹⁵ Tidsfristen börjar dock ej löpa förrän det gått tio dagar från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar enligt 1 kap. 28 § 1 st. Rätten till överprövning försvinner just som möjligheten till att föra en skadeståndstalan påbörjas. Skadeståndsanspråk kan ej framställas hos Justitiekanslern (JK), dock kan denne själv besluta om att utdöma skadestånd.¹¹⁶

Liksom inom kontraktsrätten, så gäller även inom den utomobligatoriska skadeståndsrätten att den skadelidande skall söka begränsa sin skada.¹¹⁷ Det är emellertid svårare att inom den offentliga upphandlingen ställa krav på att den skadelidande leverantören genom olika åtgärder skall begränsa sina skador. Anledningen till detta är bland annat att Sverige valt att ej tvinga den som begär prövning att ”förvarna” den upphandlande enheten om vad som komma skall. Låt säga att en klagande leverantör har bestämt sig för att föra en skadeståndstalan långt innan den upphandlande enheten slutit avtal med den aktuella leverantören. Skadan blir ju således större ju längre den klagande leverantören väntar.

¹¹⁵ LOU:s förhållande till PreskL 10 §, som stadgar att preskriberad fordran får användas till kvittning, framgår varken av förarbeten eller lagtext.

¹¹⁶ Se bl.a. JK-beslut 2002-04-09; Nord, Eskil sid. 1578.

¹¹⁷ Se Hellner 1993, häfte II, sid. 219 ff.

5 Problematisering

5.1 Överprövning och skadestånd

Nedan diskuteras de juridiska frågorna som uppkommer dels vid ett överprövningsförfarande, dels vid en skadeståndprocess. Inom respektive avsnitt berörs tre respektive två problem ingående. De är av vitt skilda slag, men ger alla en inblick i komplikationerna med de nuvarande reglerna.

5.1.1 Problem I – talerätten

Det är enligt LOU endast potentiella leverantörer till den upphandlande enheten som har talerätt, medan det i förarbetena¹¹⁸ till lagen uppges att kretsen av taleberättigade ”bör hållas så vid som möjligt”, något som inbjuder till tolkningsproblem. Definitionen av leverantör är i 1 kap. 5 § stadgar att

den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.

I förarbetarna till den svenska lagstiftningen har mer eller mindre endast begreppet ”leverantör” diskuterats, exempelvis står det uttryckligt i dessa att underleverantörer inte är att anse som leverantörer till den upphandlande enheten.¹¹⁹ Bestämmelsen riktar sig således främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt sätt och därmed ”lider skada”. Detta får till konsekvens att om någon i sammanhanget, som ej är leverantör, får kännedom om att en upphandling inte sker på ett sätt som lagen föreskriver kan detta rättssubjekt endast ingripa om den ”lider skada”, även om den har ett intresse i saken.

Enligt direktiven¹²⁰ skall medlemstaterna införa bestämmelser som kan ”åberopas av var och en som haft ett intresse [...] om viss offentlig upphandling”, vilket ger medlemsländerna stort utrymme att själva reglera vilka som skall anses ha ett intresse av att överpröva ett upphandlingsförfarande. Med ”lidit skada” enligt LOU, omfattas endast de sökanden där upphandlingens genomförande varit var till ekonomiska men, vilket direkt endast torde syfta på leverantörer. Härmed försvinner alternativen att överpröva ett beslut av exempelvis en i sammanhanget aktuell intresseorganisation, en statlig myndighet eller någon annan som har ett stort intresse av att upphandlingar går rätt till. Det är sålunda med tanke på den komplexa lagen och de svårigheter det innebär att vara sökande i en

¹¹⁸ Prop. 1992/93:88 sid. 139.

¹¹⁹ Ibid, sid. 101.

¹²⁰ Rättsmedelsdirektivet I art. 1 (3).

upphandling anmärkningsvärt att Sverige intagit denna återhållsamma ställning. Det hade gynnat små som stora leverantörer om åtminstone deras branschorganisationer hade fått begära överprövning av beslut, eftersom dessa ofta har resurser som syftar till att underlätta och bistå med expertis inom diverse områden.

Den svenska regleringen på området är också märkligt ur ett annat perspektiv; 60 procent av leverantörerna som sökt upphandling anser att det finns en risk att bli svartlistad om man klagat på en upphandling och ungefär en fjärdedel av leverantörerna tycker att överprövningsförfarandet är för krångligt.¹²¹ I en granskning av RR¹²² visar det sig att flera leverantörer drabbas hårt av den inskränkta talerätten. Exempelvis uppger byggentreprenörerna att sannolikheten för att ett förfördelat företag som finns på en lokal marknad skall väcka talan är i det närmaste obefintlig, om det sker är förutsättningarna små för att få delta i framtida upphandlingar.

Enligt kommunallagens (KomL) 10 kap. har varje medlem av en kommun rätt att få lagligheten av kommunens beslut prövad genom att överklaga hos länsrätten.¹²³ Kommunalbesvären skiljer sig från förvaltningsbesvär i det avseendet att det tillkommer en kommunal-medlem oavsett om beslutet angår denne personligen eller ej. Besvärsmyndigheten får pröva beslutets laglighet i de hänseenden som närmare anges i KomL, men inte dess tillämplighet. Vid bifall till besvären kan besvärsmyndigheten bara upphäva beslutet men inte ändra dess innehåll.¹²⁴ I LOU stadgas att ett beslut på vilket lagen är tillämplig inte får överklagas med stöd av 10 kap KomL.¹²⁵

Tanken med kommunalbesvären, att invånarna skall kunna påkalla en slags statlig indirekt kontroll över kommuners beslut försvinner sålunda på grund av bestämmelsen i LOU. Detta får till konsekvens att ett kommunalt beslut som inte tillkommit i laga ordning ej kan överklagas. Det är inte helt orimligt att anta att det vid upphandlingar inom kommuner finns representanter i kommunen som kan ställas inför en jävssituation. Om en beslutsfattare är jävig föranleder detta alltså nödvändigtvis inte att upphandlingen görs om, eftersom det endast är en potentiell anbudsgivare som kan visa att de lidit skada som kan få upphandlingen överprövad. Personen som vill klaga på den uppkomna jävssituationen måste vända sig direkt till leverantörerna, eftersom inte heller tillsynsmyndigheten NOU har möjlighet att föra talan i det aktuella fallet. Med tanke på omfattningen av dagens upphandling och hur svårt det kan vara för leverantörer att ha insyn i exempelvis jävssituationen är denna bestämmelse inte särskilt överstämmande med syftet i LOU eller KomL. Förutom att den indirekta kontroll som kommuninvånarna har urholkas, riskeras upphandlingen att

¹²¹ Se NOU:s rapport: effekten av lagen om offentlig upphandling [1998] sid. 8.

Noterbart är att enkäten endast besvarades av 150 leverantörer.

¹²² 1997/98: RR10, 2.13

¹²³ KomL 10 kap. 1 §.

¹²⁴ Strömberg, [2003] sid. 173.

¹²⁵ LOU 7 kap. 5 §.

som före införlivandet av rättsmedelsdirektiven tillfalla de leverantörer som i högre grad än andra kan gynna den regionala och kommunala sysselsättningen.

5.1.2 Problem II – domstolskompetens och effektivitet

År 1996 avgjordes 120 överprövningsmål enligt lagen om offentlig upphandling vid landets 23 länsrätter och antalet överprövningsmål har sedan dess ökat. Företrädare för Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har framfört att det är svårt att förutsäga domstolarnas bedömning i överprövningsmål.¹²⁶ Om inte NOU, som är experter på området, kan förutse detta, hur skall då de upphandlande enheterna göra detta? Vidare har klagomål även riktats mot nuvarande överprövningsförfarande. T.ex. har enskilda domstolar i vissa mål inte uppmärksammat den praxis som har utvecklats i vissa frågor. I en utredning gjord av riksdagens revisorer (RR) visade det sig att 14 av de 16 tillfrågade remissinstanserna var positiva till att ha en koncentration av målen till några få domstolar.¹²⁷ Vidare tycker en förkrossande majoritet (90 %) av de tillfrågade leverantörerna att det saknas kompetens bland de myndigheter som upphandlar.¹²⁸

Det råder med andra ord ingen tvekan om att alla inblandade aktörer upplever tillämpningen LOU som minst sagt besvärlig. Rättsmedelsdirektivet lämnar på området mer eller mindre fria händer åt den nationella lagstiftaren; granskningen kan enligt direktiven anförtros en domstol eller ett annat judiciellt organ.¹²⁹ Sålunda finns inga direkta hinder mot att exempelvis införa specialdomstolar eller att låta en myndighet befatta sig med överprövningsförfarandet. I flera andra medlemsländer har man valt att hänskjuta upphandlingsärenden till speciella domstolar eller domstolsliknandemyndigheter, åtminstone beträffande överprövningsärenden. Exempelvis kan den som vill överpröva en upphandling i Danmark vända sig till en speciell myndighet, *Klagenævnet for Udbud*.¹³⁰ I Finland har *konkurrensrådet* befogenheter att vidta vissa interimistiska åtgärder om det vid en upphandling förfarits i strid mot lagen, allt under förutsättning att ansökan om sådan åtgärd görs innan upphandlingsavtal ingåtts.¹³¹

De i huvudsak viktigaste argumenten som använts för att motivera existensen av en specialdomstol är dels önskemålet att upprätthålla ett specialkunnande inom domstolen, dels att skapa förutsättningar för en snabb

¹²⁶ 1997/98RR10 14.5. Förslag till riksdagen, RR:s förslag angående frågor om offentlig upphandling.

¹²⁷ Ibid. 14.5.

¹²⁸ NOU:s rapport: Effekter av lagen om offentlig upphandling, [1998] sid. 35.

¹²⁹ 89/665/EEG art. 2 (2,4,7). Medlemstaterna får bestämma ett ansvarigt organ [...] och för de fall prövningsorganen ej utgörs av rättsliga instanser gäller att åtminstone ordföranden i prövningsorganet har domarkompetens [min kursiv].

¹³⁰ En klagande är dock inte hindrad från att vända sig direkt till en domstol. Se om övriga medlemsländers domstolar och myndigheter, Slavicek, [1999] sid. 7 f.

¹³¹ Westring [1995] sid. 129.

process. Vad gäller kravet på snabbhet i överprövningsprocessen är detta inte något skäl till införandet av ett specialorgan, eftersom det visat sig att Sverige är ett av de få länder som klarar handläggningstiderna inom utsatt tid.¹³² En specialdomstol eller ett liknande organ är dock mer önskvärt mot bakgrund av de till antalet ökade överprövningsmål samt de höga krav som ställs för att kunna tillämpa den komplexa lagstiftningen.

Ett utmärkande drag för specialdomstolar som exempelvis Bostadsdomstolen och Arbetsdomstolen är att beslutanderätten inte bara utövas av lagfarna ledamöter, utan även också av så kallade särskilda ledamöter. Syftet är att underlätta handläggningen av invecklade mål genom att förstärka domstolen med ledamöter som har särskilda fackkunskaper. Ett förslag är således att begränsa överprövningsrätten till ett fåtal länsrätter och dessutom införa expertis i domstolen. Detta torde leda till rättvisare och mindre resurskrävande prövning samt ökade förutsättningar för en enhetlig och förutsägbar rättstillämpning.

Man behöver nödvändigtvis ej införa en ny specialdomstol, utan skulle kunna hänskjuta förfarandet till en redan befintlig sådan, lämpligtvis marknadsdomstolen.¹³³ Det finns dock en tendens i Sverige att i så hög utsträckning som möjligt sammanhålla domstolsväsendet och slå vakt om principen om domstolarnas generella kompetens. I en domstolsutredning¹³⁴ av justitiedepartementet föreslås att de måltyper som handläggs av specialdomstolar i framtiden bör prövas av domstolar som har en mer generell kompetens. Detta är mot bakgrund av de i antalet ökade överprövningsmål, samt de höga krav som ställs för att kunna tillämpa den komplexa lagstiftningen i upphandlingshänseende, ej någon bra utveckling.

5.1.3 Problem III – beviskraven

Det ställs mycket höga beviskrav för skadestånd. För en framgångsrik talan krävs att den klagande leverantören kan styrka att uppkommen skada är direkt relaterad till den upphandlande enhetens felaktiga tillämpning av LOU samt att orsaksförhållandet är adekvat. Bevisfrågorna regleras ej särskilt ingående av direktiven. I Rättsmedelsdirektiv I har detta helt utelämnats, medan det i rättsmedelsdirektiv II heter att den sökande skall ha haft en ”realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet”.¹³⁵ EG-domstolen har i två fall påtalat att käranden skall ”visa” att en överträdelse ägt rum, samt att kausalsamband

¹³² Se om medlemstaterna handläggningstid, Ibid, sid. 20 f..

¹³³ Frågan är hur marknadsdomstolen skulle ställa sig till detta idag, de var nämligen vid införlivandet av direktiven 1992, väldigt kritiska, de ansåg att överprövningsförfarandet är en ”främmande uppgift” för Marknadsdomstolen. Prop. 92/93:88 sid. 45 ff.; Hentze & Sylvén, [1998] sid. 451.

¹³⁴ Ds 1993: 34 sid. 25.

¹³⁵ Dir. 92/13 p. 7.

föreligger.¹³⁶ HD har å sin sida i en dom från 2000 uttalat att ”det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är *sannolikt* att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen”.¹³⁷ Även om bevisbördeplaceringen i svensk rätt¹³⁸ tycks vara generösare än EG-rättens, skall kärende hursomhelst visa att han förlorat upphandlingen till följd av överträdelsen.

För det första torde det, beroende på hur upphandlingens uppställda kriterier är utformade, vara svårt för klaganden att påvisa en överträdelse av den upphandlande enheten. Den direkta anledningen till leverantörers bevissvårigheter är det stora utrymme som givits den upphandlande enheten att själv formulera tilldelningskriterier. Eftersom den upphandlande enhetens kriterier inte sällan är en sammanvägning av ett flertal faktorer där det ”mest ekonomiskt fördelaktiga”¹³⁹ anbudet styr enhetens val av leverantör, blir det komplicerat för kärenden, även om denna har det lägsta anbudspriset. Möjligheten till skadestånd har således urholkats allt eftersom de subjektiva bedömningarna tillmätts minst lika stor betydelse som priset. Hur kan exempelvis klaganden bevisa att ett anbud ej uppfyller de estetiska kraven som enheten uppställt i kriterierna? Att bevisa överträdelser av processuella regler och grundläggande gemenskapsrättsliga principer blir naturligtvis inte lika svårt; bland annat tvingar offentlighetsprincipen upphandlande enheter att öppet visa att beslut fattats inom de ramar som LOU ställer upp. Vill den upphandlande enheten gynna en leverantör framför en annan är det dock ej de senare reglerna som försöks kringgås.

En annan bevissvårighet är adekvanskravet. Det karakteristiska i en adekvansbedömning är vad som objektivt sett är sannolikt för en skada och vad som ur en subjektiv synvinkel är förutsebarhet eller beräknelighet.¹⁴⁰ I praktiken innebär detta i vårt sammanhang att leverantören skall visa att den upphandlande enhetens överträdelse av LOU, lett till att leverantören förlorat kontraktet. Här kan flera utgångspunkter för en klagande leverantör aktualiseras, vilket kan påverka domstolen i olika avseenden. Ponera att den upphandlande enheten annonserat felaktigt, vilket lett till att endast leverantör A kunnat lämna anbud, medan leverantör B ovetande om upphandlingen, ej kunnat lämna anbud. Leverantör B måste då föra bevisning om att denne skulle ha vunnit i en hypotetisk upphandling – där denne inte ens lämnat ett anbud. Domstolen skulle i förevarande fall bedöma leverantör B:s pris, produkt och kvalitet mot bakgrund av att denne med största sannolikhet känner till hur leverantör A:s anbud såg ut, eftersom dessa blir offentliga efter det att kontrakt slutits.¹⁴¹ Det är inte helt orimligt att anta att leverantör B hävdar skada på grund av den upphandlande

¹³⁶ *Embassy Limousine v. European Parliament (T-203/96) & Team Srl. V. Commissionen* (T-13/96), ECR II-4239 p.56 respektive ECR II-4073. Se även Leffner, [2003] sid. 489 ff.

¹³⁷ NJA 2000 sid. 712.

¹³⁸ Se Slavicek, [1999] sid. 16 angående övriga medlemsländers beviskrav i frågan.

¹³⁹ Se *Concordia (C-513/99)*; kommenteras ovan, kap. 3.8

¹⁴⁰ Hellner, Jan, Johansson, Svante, ”Skadeståndsrätt” 6 uppl., 2000 Norstedts Juridik, Sthlm sid. 205 f.

¹⁴¹ SekrL 6 kap. 2 §

enhetens handlande, detta trots att leverantör B aldrig ens hade tänkt att vara med i upphandlingsförfarandet.

Slutligen skall skadan bevisas. Om vi fortfarande skulle hålla oss till det ”hypotetiska anbud” som leverantör B skulle vara tvungen att lämna inför domstolen, skulle redogörelsen för vilka kostnader som skulle vara för handen vid ett fullgörande av kontraktet vara mycket komplicerade (eftersom de inte finns). Det svåra är rimligtvis inte att visa på hur kostadseffektivare leverantör B skulle kunna fullgöra kontraktet, snarare om att övertyga domstolen om det. Om den upphandlande enheten, såsom i 2000 års fall, glömt att annonsera finns det vanligtvis inga upprättade förfrågningsunderlag eller dylika handlingar som kan styrka leverantörens påstådda anbud. Detta, tillsammans med att leverantör B kan ha tagit del av det tidigare antagna anbud, samt att domstolen måste beakta den upphandlande enhetens subjektiva krav på att anta det ”ekonomiska mest fördelaktiga anbudet” placerar kändandet i en ofördelaktig situation. Bevisproblemen är sålunda främst två i detta hänseende; dels att anbudskriterierna styr huruvida kändandes anbud kan anses acceptabelt eller ej, dels om kändandets förfrågningsunderlag är hypotetiskt eller ej. Om den upphandlande enheten exempelvis har uppställt anbudskriterier som kort säger att det anbud som har det lägsta pris skall antagas, skulle bedömningen för domstolen vara betydligt enklare. Vidare skulle ett icke-hypotetiskt anbud ha förankring i verkliga prisberäkningar, vilket också skulle underlätta bedömningen för domstolen.

Den omständigheten att ”beviskravet i vissa fall kan förringa skadeståndets effektivitet”¹⁴² som sanktion är vid sådant förhållande, enligt tingsrättens mening, ett problem som inte kan lösas i rättstillämpningen. Om erfarenheten skulle visa att skadeståndssanktionen inte får avsedd effekt, får det ankomma på lagstiftaren att ta ställning till vilka åtgärder som detta bör föranleda.

5.1.4 Problem IV – beräkning av skadestånd

Med det *positiva kontraktintresset* förstås att leverantören skall försättas i samma förmögenhetssituation som om den upphandlande enheten hade skött upphandlingen enligt bestämmelserna, medan beräkning enligt det *negativa kontraktintresset* avser att sätta den skadelidande i samma ställning som om något avtal aldrig hade ingåtts.¹⁴³ Ur ett upphandlingsavseende ersätter den senare beräkningsmodellen de kostnader en leverantör har för att förbereda anbud och delta i anbuds-förfarande (anbudskostnader), medan den eventuella vinst som leverantören hade gjort om han erhållit upphandlingskontraktet är hänförligt till det positiva kontraktintresset. Det negativa kontraktintresset utgör som huvudregel inte en del av det positiva kontraktintresset, då ersättning för anbudskostnader måste ha erbjudits i

¹⁴² NJA 2000 sid. 712 (sid. 721).

¹⁴³ Hellner, [1996] sid. 210.

förfrågningsunderlaget, vilket ytterst sällan förekommer i Sverige.¹⁴⁴ Den skadelidande kan alltså normalt inte ersättas för både nerlagda kostnader samt utebliven vinst, vilket naturligtvis skulle stå den upphandlande enheten dyrt.

Huvudregeln i LOU är att ersättning utgår med positiva kontraktintresset. Vad avser regleringen av ersättning inom försörjningssektorn (LOU 7:7) framgår det explicit att ersättning utgår för det negativa kontraktintresset, medan regleringen (LOU 7:6) av ersättning för de andra sektorerna är betydligt vagare, om än mer omfattande. Det framgår av de svenska förarbetarna, samt kommissionens grönbok att avsikten är att inte endast ersätta leverantörers kostnader, utan också utebliven vinst.¹⁴⁵ Både EG-domstolen och svenska HD har fastslagit, om än på olika sätt, att en begränsning till endast det negativa kontraktintresset ej överensstämmer med rättsmedlens syfte. EG-domstolen har explicit uttalat att det inte är möjligt att utesluta ersättning för utebliven vinst i de fall en medlemsstat anses skadeståndsskyldig i förhållande till en enskild. Målet¹⁴⁶ avser överträdelser av EG-rätten i allmänhet, vilket rimligtvis då även direktiven om offentlig upphandling omfattas av; skadeståndsrätten på upphandlingsområdet underkastas ju de allmänna principerna om *likabehandling* och *effektivitet*. Enligt vissa är det också genom praxis fastslaget att även *rättsskydd* faller under dessa allmänna principer, vilket i så fall skulle tala ännu mer för saken.¹⁴⁷ Såvitt jag känner till finns det inget fall där ansvaret för överträdelse vid just offentlig upphandling tillämpas mindre kännbart för svaranden än vid andra EG-rättsliga överträdelser.

HD har till skillnad från EG-domstolen uttryckligt uttalat att ersättning skall utgå med det positiva kontraktintresset. I en dom¹⁴⁸ från 1998 framhöll tingsrätten i sitt domskäl att ersättning skall utgå såsom det också i förarbetarna har antagits. HD fastställde sålunda att käranden var berättigad att erhålla skadestånd motsvarande det positiva kontraktintresset, detta utan att närmare utreda huruvida detta var lämpligt eller ej. Frågan togs dock senare upp av HD i en dom¹⁴⁹ från 2000 där, förutom att bevisproblemen diskuterades, också ersättningsfrågan fick ett svar; man kan inte redan av den omständigheten att 7 kap 6 § lämnar utrymme för full ersättning för utebliven vinst dra den slutsatsen att ersättningen alltid skall bestämmas med stöd av samma principer som tillämpas inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållandet. Således var det inte längre aktuellt att ovillkorligen ersätta leverantörer med det positiva kontraktintresset. Ersättning bör istället utgå med hänsyn till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp. En anledning till denna lösning är, enligt HD, att utrymme lämnas för att beakta om också andra

¹⁴⁴ Hentze & Sylvén, [1998] sid. 473.

¹⁴⁵ Prop 1992/93:88 sid. 139 ff.

¹⁴⁶ Se *Brasserie du pêcheur* (C-46/93) & *Factortame* (48/93), ECR I-1029 p. 82-87.

¹⁴⁷ Se *Hopital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs- GmbH v. Stadt Wien* (C-92/00) p. 67; Leffler [2003] sid. 486.

¹⁴⁸ NJA 1998 sid. 873

¹⁴⁹ NJA 2000 sid. 712

leverantörer än den som väckt talan måste bedömas ha haft goda möjligheter att erhålla kontraktet.¹⁵⁰

5.2 Den rättsvetenskapliga diskursen

Även om den svenska lagstiftningen måste rätta sig efter direktivens krav, torde den i litteraturen¹⁵¹ flitiga diskussion om huruvida ersättning enligt det positiva kontraktintresset är lämpligt i förhållande till svenska skadeståndsprinciper, påverka den svenska domstolen att agera något återhållsamt i utdömandet av skadestånd. För det första går den nuvarande beräkningsgrunden stick i stäv mot de svenska skadeståndsprinciperna som säger att denna ersättning endast kan utgå om det föreligger ett kontraktsbrott. Ur ett upphandlighänseende skjuts denna princip minst sagt åt sidan; en upphandlande enhet kan få utge ersättning till en leverantör som den inte ens fått in ett anbud ifrån och där det således inte finns tillstymmelsen till ett avtal eller ens avtalsförhandlingar. Vidare har det framförts¹⁵² att dagens beräkningsmodell, gynnar ekonomiskt utblottade leverantörer som lägger skambud, och om detta inte antas, framställer ett orealistiskt skadeståndsanspråk. Att detta är vanligt förekommande torde vara överdrivet, och även om det säkerligen förekommer, torde detta inte knappast minska bara för att man ändrar ersättningsmodellen.

En i mina ögon ej diskuterad nackdel med dagens bestämmelser är det faktum att ett litet misstag kan stå den upphandlande enheten oerhört dyrt, eftersom det kan bli frågan om att dels genomföra upphandlingen med den leverantör som är kontrakterad, dels betala skadestånd till den som egentligen skulle ha tilldelats kontraktet. Konsekvenserna för en upphandlande enhet med begränsade resurser, vilket kommuner och liknande enheter minst sagt har, kan bli ett stort hål i budgeten med personalnedskärningar och omprioritering i enheten som resultat. Samtidigt som ersättning enligt det positiva kontraktintresset fungerar som ett starkt incitament att följa LOU, kan konsekvenserna om en enhet misslyckas vara ödesdigra.

5.3 Sammanfattning

De spörsmål som behandlas i både överprövningsdelen, liksom i skadeståndsdelen måste ställas mot direktivens syfte; att rättsmedlen inom den offentliga upphandlingen skall präglas av snabba och effektiva rättsmedel, där insyn och icke-diskriminering garanteras. Även om Sverige

¹⁵⁰ Ibid. sid. 725

¹⁵¹ Se Hellner, 1995 sid. 466 *ff.*, Hentze & Sylvén, 1998 sid. 473 *ff.*, Wahl sid. 619 *ff.*, Palm & Riberdahl 1996 sid. 644 *ff.*

¹⁵² Palm & Riberdahl 1996 sid. 647. Käromålet ogillades eftersom käreande inte förmådde göra sannolikt att bolaget förlorat kontraktet till följd av att något anbudsförfarande inte föregått upphandlingen, NJA 2000 sid. 726

formellt har implementerat direktiven, ser vi ovan att vissa regleringar helt klart kan ifrågasättas.

För det första har vi i den svenska offentliga upphandlingen valt att inskränka talerätten till att endast avse potentiella leverantörer, istället för att som direktiven föreskriver, ge var och en som haft intresse om viss offentlig upphandling rätt att klaga. Mot bakgrund av den statistik som visar att potentiella leverantörer avstår att klaga på grund av risken att bli svartlistad, den svenska traditionen av att kommunen utövar inflytande (genom kommunalbesvär), samt alla resurser och intresse olika branschorganisationer har, är den svenska hållningen beklaglig. Ett av upphandlingens ursprungliga mål är principen om öppenhet och att en upphandling skall vara förutsebar. Genom att öka kretsen av klagande skulle upphandlingen som fenomen breddas och nå ut, bort från den slutenhet som den i vissa fall präglas av idag. Att myndigheter skulle få fler ögon på sig, än de som kommer från potentiella leverantörer skulle gynna upphandlingen på lång sikt. Ur detta perspektiv är implementeringen ett misslyckande.

Det råder som redovisats ovan en viss förvirring när det gäller tillämpningen av LOU, särskilt bland leverantörer samt upphandlande enheter. Detta beror på en svårbegriplig lag, men också av att det saknas kompetens bland tillämparna. Rättsmedelsdirektivet lämnade stort utrymme för de nationella lagstiftarna att bestämma vilka som skulle anförtros att handlägga upphandlingsärenden. För Sverige föll valet i överprövningsärenden på länsrätten, i skadeståndsanspråk på tingsrätten. Valet, som skiljer sig från flera andra länders är enligt min mening inte det bästa för upphandlingsrätten. Sverige har vidare inte heller valt att ha någon obligatorisk expertmedverkan i upphandlingsärenden, såsom det idag finns i andra typer av mål. Den främsta anledningen till varför specialkunnande ej är att föredra i upphandlingsmål är den svenska principen om domstolarnas generella kompetens. Tanken att domaren skall kunna döma rättvist, utan någon särskild kunskap på området är beundransvärd och i många fall önskvärd. Risken är dock att beslut och domar, på grund av de ökande antal upphandlingsmål som rimligtvis kan förväntas präglas av ineffektivitet och felaktigheter.

Bevisbördeplaceringen i svensk rätt överstämmer i stort sätt helt med EG-rätten. Man kan diskutera huruvida svensk rätt är mer generös än EG-rätten i sammanhanget, klart är dock att Sverige i stort har följt EG-rättens tolkning av direktiven. Domstolarnas bedömning av klagandens bevisning är, oavsett den vägledning som finns i både svenska och EG-rättsliga rättsfall, väldigt svåra att förutse. Upphandlingens oklara kvalifikationskriterier medför att ett olämpligt stort utrymme för subjektiva bedömningar lämnas åt domstolarna.

Vad gäller skadeståndsaspekten är de slutsatser som kan dras av de ovan redovisade komplikationerna som både beviskraven och ersättningsberäkningen innebär vid tillämpningen av LOU:s 7 kapitel att deras inbördes förhållande i allra högsta grad kan komma att påverka utgången i

ett skadeståndsmål. Det är fastslaget att bevisbördan ligger på leverantören som skall visa att det är *sannolikt* att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen och att ersättningen skall motsvara den vinst leverantören hade gjort om kontraktet tilldelats denne. Eftersom ersättning *enligt det positiva kontraktintresset* är främmande i utomobligatoriska förhållanden är domstolen tvungen att begränsa detta på något sätt, vilket i allmänhet inte är lätt att göra genom hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp, och i synnerhet inte i en hypotetisk kontraktssituation. Således måste beviskraven rättas därefter. Om beviskraven sätts för lågt riskerar skadestandsreglerna att helt undergrävas, då den upphandlande enheten till och med kan riskera att få betala ersättning till flera leverantörer, trots att endast en av leverantörerna skulle kunna ha fått kontraktet. Om beviskraven å andra sidan sätts för högt kan de upphandlande enheterna komma lindrigt undan, vilket vill undvikas i en lag där skadestandsreglering är det främsta vapen mot de upphandlande enheterna som kringgår principerna om en effektiv och icke-diskriminerande offentlig upphandling.

6 Övriga rättsmedel

6.1 Klagomål till EG-kommissionen

LOU erbjuder, förutom möjlighet till överprövning och skadestånd, även andra rättsmedel som exempelvis möjlighet att vända sig till EG-kommissionen. Även Nämnden för offentlig upphandling (NOU) fyller en i sammanhanget viktig funktion.

Den som inte anser att en upphandlande enhet följer upphandlingsdirektiven i sin upphandling har möjlighet att klaga över denna hos EG-kommissionen. För att klagomålet skall prövas krävs att den enskilde¹⁵³

1. klagar skriftligt
2. pekar ut en överträdelse av en EG-rättslig regel och
3. ber kommissionen att ingripa.

Klagomålet registreras hos kommissionen och den enskilde får besked om att kommissionen mottagit klagomålet. En fördel med detta förfarande är att den som klagat hos EG-kommissionen kan vara helt anonym och undviker på så sätt att riskeras bli svartlistad av de upphandlande enheterna, vilket tycks vara fallet enligt vissa leverantörer i samband med överprövning enligt LOU:s 7 kap. Som i ett led av kommissionens verksamhet granskar de även på eget initiativ om en medlemsstat har uppfyllt upphandlingsdirektiven.¹⁵⁴

Artikel 169 i Romfördraget ger EG-kommissionen möjlighet att föra talan om fördragsbrott mot en medlemsstat. Normalt försöker kommissionen att tillsammans med medlemsstaten komma fram till en lösning. Lyckas man inte i dessa försök inleds ett formellt förfarande genom att kommissionen sänder en *formell underrättelse* (letter of formal notice) till den aktuella medlemsstaten som ombeds att lämna synpunkter avseende det påstådda brottet mot EG-rätten. Medlemsstaten skall sedan inom 30 dagar från mottagandet av underrättelsen lämna kommissionen antingen en bekräftelse på att överträdelsen har rättats, eller en förklaring till varför eventuell rättelse inte har skett.¹⁵⁵

Kommer inte kommissionen och medlemsstaten överens kan kommissionen utfärda ett *motiverat yttrande*, (reasoned opinion). I yttrandet skall det påstådda brottet mot EG-rätten anges, och medlemsstaten uppmanas att upphöra med fördragsbrottet inom en viss tidsperiod. Vidtar inte medlemsstaten de efterlysta åtgärderna kan kommissionen komma att väcka talan hos EG-domstolen mot medlemsstaten. I praktiken är det dock endast

¹⁵³ Hentze & Sylvé, [1998] sid. 496.

¹⁵⁴ Ibid, sid. 30.

¹⁵⁵ 1997/98 RR10. kap. 10.3

ett fåtal av de ärenden som slutar med att EU-domstolen tar upp frågan till prövning.¹⁵⁶

Från det att de första upphandlingsdirektiven trädde i kraft i början av 1970-talet t o m år 1992 hade EU-domstolen endast avgjort ett 20-tal mål avseende upphandling.¹⁵⁷ Även om EU-domstolen rimligtvis måste ha ett ökat antal fall i och med de senare förändringarna på upphandlingsområdet, så krävs det att EU-domstolen har ett principiellt intresse i att ta upp frågan. Finner EG-domstolen att medlemsstaten brutit mot gemenskapslagstiftningen meddelar domstolen dom mot medlemsstaten där det anges hur fördragsbrottet begåtts. Enligt artikel 171 är medlemsstaten skyldig att följa EG-domstolens avgörande och ändra den lag som strider mot Romfördraget. Den upphandlande enheten är vidare skyldig att stoppa alla åtgärder som bryter mot EG-rätten. Medlemsstaten är också skyldig att betala skadestånd för uppkomna skador.¹⁵⁸ Noterbart är att även om kommissionen kan konstatera att upphandlingsreglerna överträds så har kommissionen inga befogenheter att själva genomdriva en rättelse i ett specifikt upphandlingsärende.¹⁵⁹

6.2 Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

Ett annat slags rättsmedel är nämnden för offentlig upphandling, NOU. Även om nämnden inte fyller samma funktion som de traditionella rättsmedlen, så har den en viss betydelse. Nämnden är viktig, då den är en särskild tillsynsmyndighet med ett syfte om att bland annat slå vakt om att reglerna tillämpas på ett riktigt sätt.

NOU:s uppgifter delas in i tre verksamhetsgrenar: *information och rådgivning*, *tillsyn* samt *utveckling*. Ambitionen när det gäller information och rådgivning är att nämnden skall lämna muntlig och skriftlig information till främst upphandlande enheter för att underlätta tillämpningen av upphandlingsreglerna. När det gäller tillsyn sägs det i regleringsbrevet att NOU skall på annat sätt än genom information och rådgivning se till att regelsystemet efterlevs. Vidare skall nämnden samla in och bearbeta uppgifter för statistikändamål samt verka för en *effektiv* offentlig upphandling. Information och rådgivning sker huvudsakligen genom nyhetsbrevet, NOU-info och information i telefon.¹⁶⁰

I förarbetena uppges att nämnden *bör* vara självständig, bland annat då gentemot såväl statlig som kommunal sektor.¹⁶¹ Nämnden skall alltså eftersträva självständighet, vilket bland annat innebär att nämnden endast

¹⁵⁶ Hentze & Sylvén, [1998] sid. 31 ff.

¹⁵⁷ Ericsson, [1995] sid. 425.

¹⁵⁸ 1997/98 RR10. kap. 10.3.

¹⁵⁹ Ericsson, [1995] sid. 425.

¹⁶⁰ Förordning med instruktioner för NOU (SFS 1993:98 & 1996:580) 1 §. Se även www.nou./omnou.html.

¹⁶¹ Prop. 1992/93:88 sid. 44.

får agera som allmän rådgivare och inte som expert i en särskild sak. Nämnden blir dock aldrig helt självständig med dagens regler; enheten administreras under riksrevisorerna (tidigare RRV) och regeringen utser både nämndens ledamöter samt dess chef.

7 Upphandling i framtiden

7.1 Förslag om marknadsskadeavgift

Nedan kommer ett flertal olika perspektiv på upphandling i framtiden att belysas. Vilka konstruktiva förslag finns och vilka kan tänkas tillkomma? Jag framför vissa förslag som bygger på den tidigare gjorda problematiseringen. Intressant är vidare att se på det nuvarande lagstiftningsarbetet överlag och vilka spännande forskningsspår som dagens upphandling leder en in på.

1999 lade Upphandlingskommittén fram ett förslag om att införa en marknadsskadeavgift. Syftet med marknadsskadeavgiften är att komma till rätta med överträdelse som det inte går att komma till rätta med inom ramen för dagens regelverk. Regeringen var dock inte särskilt positiva till detta, i en proposition från 2001, sägs endast att de avser att "snarast återkomma" till denna fråga.¹⁶² Vid tidpunkten för författandet av denna uppsats, har regeringen fortfarande inte tagit ställning i frågan, och det har så vitt jag känner till ej heller uppdragats i någon annan offentlig utredning eller proposition.

Upphandlingskommittén menar att ständigt återkommande överträdelser skadar tilltron till den offentliga upphandlingen, något som nuvarande rättsmedel ej förmår förhindra. En marknadsskadeavgift är inte avsedd att fylla samma funktion som skadestånd och överprövning, eftersom den inte avser att på något sätt ersätta den skadelidande. Istället skall avgiften drabba den upphandlande enheten och därför verka som en helt preventiv åtgärd. Avgiften föreslogs lägst vara 5000 kr och högst fem miljoner, dock aldrig överstigande 20 procent av anskaffningsvärdet.¹⁶³

Regeringen invände att en marknadsskadeavgift tar sikte på den upphandlande enhetens *framtida* beteende och den kan därför inte förhindra att enheten avslutar upphandlingen utan att leverantörerna fått tillfälle att begära överprövning av tilldelningsbeslutet i den enskilda upphandlingen.¹⁶⁴ Enligt Alcateldomen skall medlemstaterna tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet, vilket det ej kan bli frågan om vid en marknadsskadeavgift. Denna är ju snarare en sanktion och inte ett incitament för att underlätta för klaganden att kunna få beslutet omprövat.

¹⁶² Prop. 2001/02:142 sid. 79.

¹⁶³ SOU 1999:139 sid. 326.

¹⁶⁴ Prop. 2001/02:142 sid. 80.

Något anmärkningsvärt är dock regeringens argument. Om en marknadsskadeavgift infördes skulle de upphandlande enheterna i allt högre grad rimligtvis rätta sig efter reglerna, vilket skulle resultera i att färre leverantörer skulle behöva begära överprövning. Så, även om en marknadsskadeavgift skulle verka ensidigt mot den upphandlande enheten, så skulle medlet även gynna leverantörerna, om än indirekt.

Förslaget om en marknadsskadeavgift kom förmodligen i skymundan i och med upphandlingskommitténs slutbetänkande¹⁶⁵ och den på efterföljande propositionen¹⁶⁶ som bland annat innefattade ett förslag att de upphandlande skall ha en informationsskyldighet gentemot anbudsgivarna. Att ge anbudsgivaren en tidsfrist att överpröva upphandlingen från det att informationen kommit dem till handa till dess att avtal kommer att slutas, tar dock ej bort behovet av en marknadsskadeavgift. Oavsett vilken lösning som valts för att leverantörers rätt till överprövning skall säkerställs, torde marknadsskadeavgiften kunna fungera parallellt med densamma. Det borde enligt min mening därför vara önskvärt om regeringen införde en sådan sanktion.

7.2 Förslag

Mot bakgrund av det faktum att jag inte finner lagens rättsmedel vara tillfyllest, kommer jag nedan föra fram ett par egna förslag. Mina förslag är kortfattat att talerätten bör utökas, att NOU ges befogenheter utöver tillsyn och rådgivande, samt att bevisningen för klagande leverantörer underlättas. Detta är några av de förslag som jag omgående tycker borde föras fram och diskuteras.

Anledningarna att införa talerätt för berörda branschorganisationer är flera. För det första får kommunens medborgare idag inte överklaga beslut enligt lagen om offentlig upphandling. Detta område har helt undandragits även laglighetsprövning enligt kommunallagen, vilket jag anser vara beklagligt. Upphandling är ett område där bland annat kommuners beslut spelar stor roll för dess invånare, ändå har den medborgerliga kontrollen i den kommunala och statliga förvaltningen undandragits. För det andra vill leverantörer idag inte klaga på den upphandlande enheten, då de riskerar att förlora viktiga kontrakt i framtiden, eller rent av svartlistas på marknaden. Det är med bakgrund av detta viktigt att utöka den aktuella talerätten, så att en större skara kan påverka upphandlingsområdet. Kommuninvånares kontroll vidgas betydligt om branschorganisationer får talerätt och leverantörer behöver inte gå en osäker framtid till mötes om de vill framföra klagomål. Trovärdig statistik¹⁶⁷ visar att behovet av att ge fler än berörda leverantörer möjligheter att begära överprövningar är stort. Ett av målen

¹⁶⁵ SOU 2001:31.

¹⁶⁶ Prop. 2001/02:142.

¹⁶⁷ Se NOU:s rapport: effekten av lagen om offentlig upphandling [1998] sid. 40 ff. Se även uppsatsen, sid. 37

med regleringen måste väl rimligtvis vara att upphandling skall gå rätt till, så varför inskränka talerätten? Eftersom en klagande leverantör aldrig, i samband med en länsrättsprocess, blir skyldig att betala motpartens ombudskostnad, även om förlorar processen, är denna möjlighet extra gynnsam och bör därför i så hög grad som möjligt användas. De branschorganisationer som idag representerar de olika typer av leverantörer på marknaden har ett stort intresse av att deras medlemmar behandlas på ett icke-diskriminerande sätt, så som direktiven föreskriver. De har också den tid och de resurser som krävs för att driva ett sådant ärende.

Den särskilda lagstiftningsteknik som används på upphandlingsområdet, den detaljerade regleringen som gör tillämpningen komplex, kräver speciella prövningsinstanser. Ett kontroversiellt förslag är att NOU skulle avgöra överprövningsärenden istället för länsrätten. Eftersom det är frågan om procedurfrågor av administrativ karaktär samt att myndigheten har den expertis som efterlyses vore en omstrukturering av nämnden ett alternativ till en specialdomstol. Idag är NOU mer eller mindre begränsad till att lämna information och ge allmänna råd, vilket inte är att utnyttja de tillgängliga resurserna fullt ut. I Danmark har man exempelvis valt att ha en myndighet ("klagenævnen for udbud") som avgör de frågor som i Sverige ankommer på länsrätten. Oavsett om man valt att omstrukturera NOU eller inrätta en specialdomstol, skulle resultatet förmodligen leda till en rättvisare och effektivare överprövningsförfarande.

Jag är skeptisk till de argument som mer eller mindre alltid resulterar i ett nej till förändringar av dagens domstolssystem. Inte sällan hänvisar förespråkarna till den svenska rättstraditionen och de reformer som den svenska domstolen genomgått den senaste tiden, innebärande en ökning av generaliseringen på domstolarnas kompetensområde. Vid överprövningsförfaranden är snabbhet i processen ett måste, bland annat eftersom beslut om inhibition måste prövas innan upphandlingen har hunnit avslutats. En specialisering skulle sålunda medföra en ökad effektivitet som krävs när stora upphandlingsbelopp står på spel. Det finns dock inget som i dagsläget talar för att regeringen avser att ha NOU till något annat en tillsynsmyndighet.¹⁶⁸

Det är inte rimligt att den klagande leverantören skall drabbas så hårt av upphandlande enheters oklara utvärderingskriterier, som de förefaller göra i och med dagens bevisbördeplacering. Mitt förslag är att domstolen, agerar som om de vore den upphandlande enheten och bedömer båda leverantörers olika anbud, utan att någon av parterna måste visa mer än den andra. Den som bäst lyckas styrka sin talan, oavsett med hur lite i bevishänseende, vinner målet. Eftersom bedömningen i många fall bygger på oklara utvärderingskriterier, blir en objektiv bedömningen svårt att uppnå i rätten. Det är inte lämpligt att den upphandlande enheten indirekt kan skyddas,

¹⁶⁸ Prop. 2001/02:142 sid. 32 ff. Regeringen uppger att nämnden fungerar som väntat och förkastar bland annat upphandlingskommitténs förslag om att slå ihop Konkurrensverket och NOU till en myndighet, med syfte att få större insikt på dagens upphandlingsområde.

genom att uppställa diffusa kriterier. Det skall snarare vara till den upphandlande enhetens nackdel att deras utformning inte är tillräckligt konkret.

7.3 Nya direktiv på området

Upphandling är ett område under ständig förändring. Rättsfall från både de svenska domstolarna samt EG-domstolen klargör gång efter annan hur vissa regler skall tolkas. Upphandlingsreglernas abstrakta karaktär har sedan direktivens tillkomst vållat problem för dess användare. I EU har sedan flera år tillbaks ett omfattande arbete fortgått för att ta fram nya direktiv, som skall motsvara de från början högt uppställda målen på området. De förslag, som under en längre tid har diskuterats av rådet och Europaparlamentet, antogs den 2 februari 2004 i Bryssel. Varje medlemsstat har nu 21 månader på sig att införliva dessa i sin nationella lagstiftning. Tidsfristen börjar löpa när de antagna direktiven publicerats i Europeiska Gemenskapernas Officiella Tidning (EGT)¹⁶⁹, vilket ej gjorts vid tiden för denna uppsats.

De nya direktiven kan sägas vara en modernisering av de nuvarande direktiven. Huvudfrågan i förhandlingarna har varit tilldelningskriterierna som bland annat diskuteras flitigt i EG-domstolens Concordia-fall.¹⁷⁰ De upphandlande enheterna skall kunna ställa miljökrav m.m som utvärderingskriterium vid offentlig upphandling, villkorat att dessa är kopplade till föremålet för upphandling.¹⁷¹ Nedan sammanfattas några intressanta punkter i de nya direktiven:

1. upphandlande enheter bör, när det är möjligt, ställa tekniska specifikationer på så sätt att de tar hänsyn till tillgänglighet för personer med funktionshinder m.m., samt att anbudssökande/-givare som inte tar hänsyn till arbetstagares lika rättigheter enligt EG-direktiv 2000/78/EEC och 76/207/EEC kan anses ha begått brott i sin yrkesutövning.¹⁷²
2. Vidare skall en upphandlande enhet tillåtas ställa krav på anbudssökandes/-givares produktionsmetoder vid definitionen av miljöhänsyn i den tekniska specifikationen i förfrågningsunderlaget.¹⁷³
3. Medlemsstaterna skall kunna välja att inrätta eller utse en oberoende organisation för att tillförsäkra att de nya direktiven tillämpas på ett effektivt och transparant sätt samt att offentlig upphandling är tillgänglig för alla intresserade leverantörer. Detta skall införas för att ”rådet och

¹⁶⁹ NOU:s info-december [2003] sid. 4.

¹⁷⁰ *Concordia* (C-513/99), se ovan kap. 3.8.

¹⁷¹ NOU:s info-december [2003] sid. 4.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.* I de samtal jag under arbetets gång fört med rättssakkunnig Gunnilla Hulting, Finansdep., delaktig i den svenska översynen av de nuvarande direktiven, har det framgått att Sverige under hela förhandlingsarbetet arbetat för en integration av miljöhänsyn och sociala hänsyn i direktiven, något som tycks har fallit väl ut.

Europaparlamentet erkänner vikten av en effektiv kontroll av efterlevande av den nya lagstiftningen”.¹⁷⁴

7.4 Elektronisk handel

Delar av dagens upphandlingsförfarande sker elektroniskt, vilket naturligtvis ligger i tiden; både företag och de offentliga aktörerna har under lång tid insett fördelarna med elektronisk handel och därför nyttjat det i stor utsträckning. Inom upphandlingsområdet har dock utvecklingen gått långsammare.

Den upphandlande enheten kan idag ställa krav på att genomförandet av ett upphandlingskontrakt sker elektroniskt, förutsatt att upphandlingen i övrigt överensstämmer med lagens allmänna krav. Vidare kan annonser om upphandlingar skickas direkt från den upphandlande enhetens dator till databasen TED, och förfrågningsunderlaget från den upphandlande enheten kan via e-post nå ut till potentiella leverantörer.¹⁷⁵

Staten har som mål att skapa en bättre och effektivare IT-användning inom hela den offentliga sektorn (stat, kommun och lansting). Målet är att den elektroniska handeln inom några år skall stå för 95 procent av *frekventa* varor och tjänster, samt 50 procent av övriga *generella* varor och tjänster.¹⁷⁶ För närvarande finns det emellertid, enligt min mening inte mycket som talar för att detta kommer att uppnås inom en snar framtid. Nya förfaranden för elektronisk upphandling utvecklas ständigt, men det krävs ett flertal förbättringar inom den elektroniska upphandlingen för att den verkligen skall fungera, det är exempelvis idag inte ens möjligt att lämna anbud elektroniskt.

Inom ramen för de ovan nämnda direktiv upptar elektronisk handel en betydande plats. De elektroniska förfarandena ses från EU som en stor möjlighet att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten vid offentlig upphandling. De direktiv som precis har antagits har ett flertal olika punkter¹⁷⁷ som skall kunna få de upphandlande enheterna att till fullo utnyttja systemet med elektronisk upphandling. Här följer kortfattat några av de punkter som har behandlas:

1. Det skall i framtiden finnas ett fullständigt elektroniskt dynamiskt system för upphandling. Särskilda regler skall inrättas för driften av att sådant system.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Norberg & Israelsson, [1999] sid. 108.

¹⁷⁷ Europeiska unionens råd, Interinstitutionellt ärende 2000/0117 (COD), 12634/3/02, REV sid. 10 DG C II p (20) ff.

¹⁷⁸ Ibid, p. 20.

2. Varje ekonomisk aktör som lämnar ett preliminärt anbud i överstämmelse med specifikationerna och uppfyller urvalskriterierna bör tillåtas i ett sådant system.¹⁷⁹
3. Det är också på förslag att inrätta en gemenskapsdefinition av elektroniska auktioner. Dessa skall dock endast användas för sådana byggtreprenad-, varu- och tjänstkontrakt för vilka exakta specifikationer kan fastställas.¹⁸⁰

7.5 Framtida forskning

Under arbetets gång har jag stött på ett flertal problem som skulle vara intressant att behandla mer ingående. Forskningen i Sverige är hittills sparsam, även om det finns flera bra praktiska handböcker. Även av en så pass översiktlig uppsats som min framgår det att det finns aspekter i upphandlingen som kan betraktas från olika rättsvetenskapliga perspektiv.

För det första är den offentliga upphandlingens regelverk en blandning av juridikens två huvudområden: offentlig rätt och privat rätt. Å ena sidan finns det tydliga privaträttsliga inslag eftersom de upphandlande enheterna skall uppträda som om de vore på en privat marknad, med allt vad det innebär. Å andra sidan har upphandlingen också offentlighetsrättsliga inslag så som myndigheternas befogenheter och utformning. Motsättningarna mellan privat och offentlig rätt uttrycks av Madell som en konflikt mellan bland annat "avtalsautonomin och de marknadsekonomiska teorierna samt det allmännas ensidiga besluträtt i form av normgivningsrätt och möjligheter till myndighetsutövning gentemot enskilda".¹⁸¹ Det skulle vara intressant att studera upphandlingsrätten utifrån dessa motsättningar.

Det skulle även vara intressant att komparera Sveriges rättsmedel med andra EU länders rättsmedel. Det finns flera aspekter att se till inom detta område; hur skiljer sig bevisning och skadeståndsbeloppen åt? Vilka övriga rättsmedel har andra medlemsländer infört, förutom möjligheten till överprövningsförfarande samt möjligheten att föra skadeståndstalan. I samband med detta skulle det också vara intressant att se hur skillnaderna mellan olika länders tillsynsmyndigheter och domstolssystem påverkar upphandlingsrättens rättsmedel.

¹⁷⁹ Ibid, p. 21

¹⁸⁰ Ibid, p. 56.

¹⁸¹ Madell [2000] sid. 19.

8 Avslutande kommentarer

Den offentliga upphandlingen spås en intressant framtid. Affärs-mässighetsbegreppet kommer, om man får tro de nya direktiven, att innefatta såväl sociala som miljömässiga hänsynstagande i den utsträckning detta är möjligt enligt det EG-rättsliga regelverket. Det har från politiska håll riktats kritik mot att den offentliga upphandlingen strävan efter effektivisering så småningom leder till en social dumping.¹⁸² Kommissionen har ett flertal gånger påtalat att upphandlingens mål om ökad konkurrens inom EU fortfarande inte är uppfyllt. Det är rimligt att förvänta sig en politisk diskussion, huruvida de nya direktiven överensstämmer med den svenska välfärdsideologin, eller med den liberala EU-ideologin.

Mina studier av LOU visar på flera intressanta frågeställningar. Vilka rättssubjekt innefattas inom begreppet potentiella leverantörer, vilka bedömningar skall domstolen göra av tilldelningskriterierna, och vilken ersättning kan en klagande räkna med vid överträdelser av LOU? I takt med att upphandlingsrätten hela tiden växer, kommer nya juridiska komplikationerna att uppstå. Lagens rättsmedel är bara ett av områdena där ytterligare juridiska spörsmål kan förväntas uppstå. Andra är exempelvis LOU:s stadganden om offentlighet, sekretess och miljö.

Av den sammanställning av rättsläget angående de viktigaste rättsmedlen, överprövning och skadestånd, som det redogjorts för i denna studie, framgår att de nuvarande reglerna medför vissa komplikationer. Det är främst bevissvårigheterna som vållar problem. Möjligheterna till skadestånd har, enligt min mening, urholkats i den bemärkelsen att de subjektiva bedömningarna får för stort utrymme i bevisningen. För framgång krävs det som bekant att den klagande leverantören kan visa att en överträdelse av LOU har ägt rum. Men eftersom domstolen inte bara skall se till det ekonomisk mest fördelaktiga, utan även andra tilldelningskriterier, blir bevisningsförfarandet ett problem för klaganden. Att visa direkta kostnadskalkyler och dylikt är begripligt för domstolarna, medan exempelvis estetiska kriterier är mer eller mindre omöjliga att bedöma ut ett objektivet perspektiv. Således kan upphandlande enheter framgångsrikt gömma sig bakom diffusa tilldelningskriterier, något som skulle kunna undvikas genom att helt enkelt ta bort bevisbördan för de klagande leverantörerna.

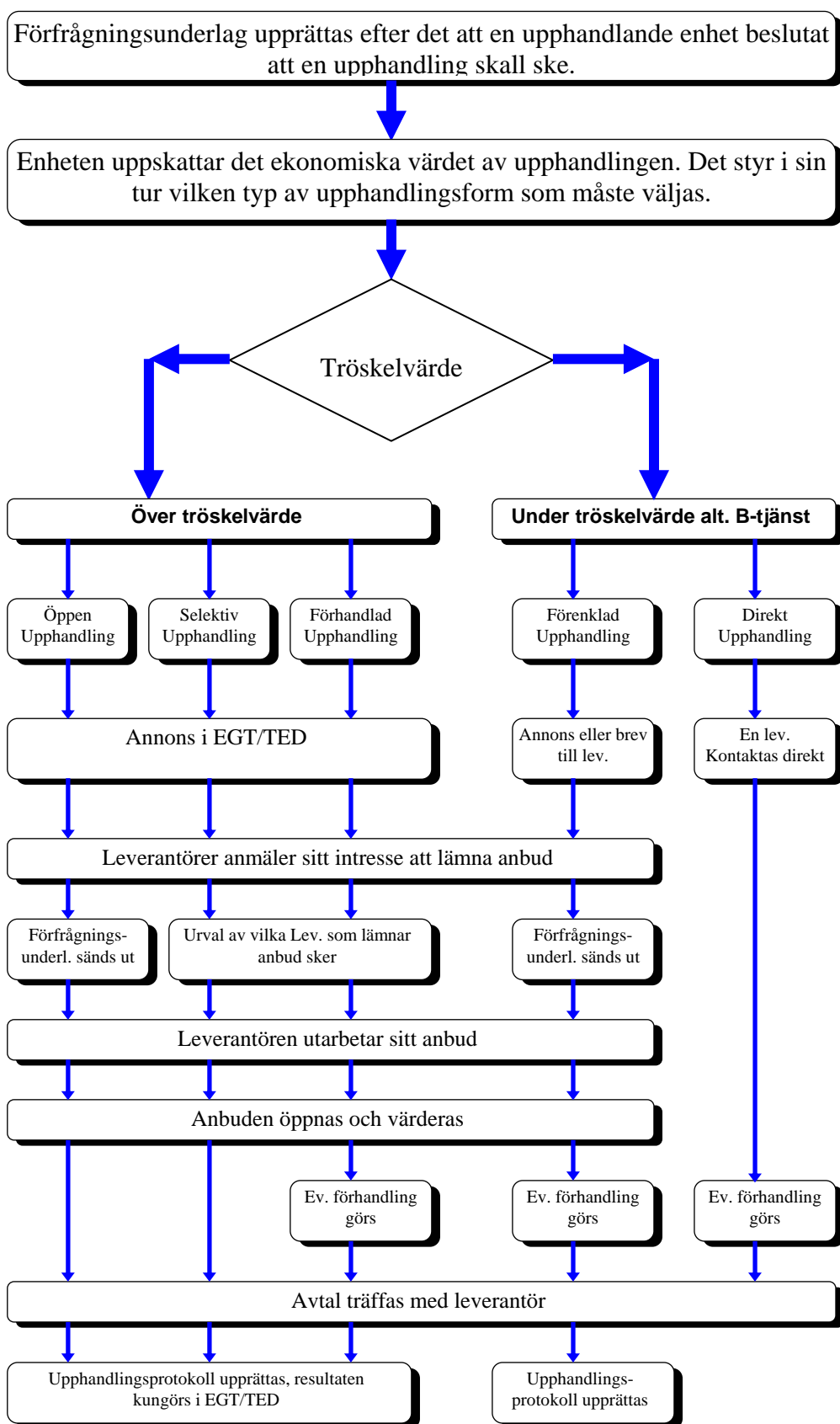
Det kan även konstateras att överprövningsförfarandet som sådant ej är tillfyllest, då talerätten inskränkts väsentligt, samt att kompetensen inte alltid är den bästa i landets domstolar. Upphandlingens komplexa system och kravet på att överprövningsförfarande skall avgöras extra skyndsamt, kräver enligt mig, ett tillskott av experter i domstolarna alternativt att NOU får vidgade befogenheter. Detta mot bakgrund av att vi kan förvänta oss ett

¹⁸² Se LO:s rapport, Junesjö, [2000] sid. 9 ff.

ökande antal överprövningar i framtiden, samt att domstolarnas brist på erfarenhet medfört svårigheter för upphandlingsrättens aktörer att kunna förutse domstolarnas beslut. Att talerätten endast tillfaller potentiella leverantörer, kan komma att missgynna den offentliga upphandlingen på lång sikt. Önskvärt är istället att talerätten utökas så att leverantörers branschorganisationer, kan föra dess talan. På så sätt undgår de leverantörer som vill klaga på en upphandling risken att svartlistas, dessutom är en utvidgad klagorätt ett sätt att ytterligare granska de upphandlande enheterna.

Det kan ifrågasättas om dagens rättsmedel räcker för att garantera målen om en ekonomisk och effektiv upphandling. Det råder ingen tvekan om att implementeringen av direktiven till största del har fallit väl ut, men Sverige har ändå enligt min mening intagit en reparationshållning, som är alldeles för stor i förhållande till de möjligheter som ges enligt direktiven. Med detta menar jag att den svenska lagstiftningen är främst inriktad på att garantera klaganden rätt till överprövning och ersättning i form av skadestånd. Det preventiva syftet med rättsmedlen har istället vissa delar fått stå tillbaka, bland annat genom en inskränkt talerätt. Även om direktiven inte innehåller några uttryckliga skrivelser om att rättsmedlen skall stimulera att begära rättelse eller ha en avskräckande effekt, har Sverige vid implementeringen haft alla möjligheter att nationellt se till att så bli fallet. Dagens incitament för att följa lagstiftningen är således för vaga för upphandlingens aktörer. Det krävs hårdare press på de upphandlande enheterna för att upphandlingen skall uppfylla de uppställda kraven. Regeringen borde därför se över de svenska rättsmedlen, i syfte att öka det allmänpreventiva inslagen i dagens regler.

9 Bilaga 1 - Flödesschema



Litteraturförteckning

LITTERATUR

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, tolfte uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2002

Fernández Martín, José M, *The EC Public Procurement Rules – A Critical Analysis*, Clarendon Press, Oxford 1996

Forsberg, Nicklas, *Offentlig upphandling i praktiken*, 1 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 1998

Hellgren, Lena, Palm, Ulf & Zackari Charlotte, *Offentlig upphandling – En handbok*, 1 uppl., Nordstedts Juridik: Fritzes, Stockholm 1994

Hellner, Jan, *Kommersiell Avtalsrätt* 4:e uppl., Nordstedts Juridik Stockholm 1993

Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II – Kontraktsrätt*, 2 häftet., 2 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1995

Hellner, Jan & Johansson, Svante, *Skadeståndsrätt*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2000

Hentze, Margareta & Sylvén, Hans, *Sveriges Rikes Lag – Offentlig upphandling*, uppl.1:2, Nordstedts Juridik, Stockholm 1998

Junesjö, Kurt, *Offentlig upphandling – Effektivisering eller social dumping?*, LO:s Valfärsprojekt, Stockholm 2000

Linder, Georg, *Handbok i offentlig upphandling*, 7 uppl., Norstedts Juridik: Publica, Stockholm 1997

Madell, Tom, *Avtal mellan kommuner och enskilda – Avtalsslut och rättsverkningar*, Norstedts Juridik 1 uppl., Stockholm 2000

Norberg, Leif & Israelsson, Merit, *Offentlig upphandling – en outnyttjad miljardmarknad, handbok för leverantörer*, Industrilitteratur, Jönköping 1999

Nord, Eskil, Karnov, *Svensk lagsamling med kommentarer*, 3 uppl., Fakta informationsbolaget, Stockholm 2002/03

Palmberg, Jörgen (red.), *Europafördraget – Maastricht och Romfördragen i deras lydelse enligt Amsterdamfördragen*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1999

Strömberg, Håkan, *Allmän förvaltningsrätt*, 22 uppl., Liber AB, Malmö 2000

ARTIKLAR

Ericsson, Erik, *Överprövning och skadestånd vid offentlig upphandling*, Juridisk tidskrift 1994-95 nr 3

Falk, Jan-Erik, *Tillåtna kriterier vid offentlig upphandling*, Europarättslig tidskrift 2003; 1 s 149-154

Leffler, Henrik, *Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling*, Europarättslig tidskrift 2003; 3 s 483-507

Palm, Ulf & Riberdahl, Curt, *Upphandlingslagens skadestandsregler bör ses över*, Svensk Juristtidning 1996, s 644

Pålsson, Michael, *Skärp lagen om offentlig upphandling*, Svensk juristtidning, 2003; 9 s 1044-1046.

Slavicek, Michael, *Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsländer*, Nämnden för offentlig upphandling, NOU:s rapport 1999 (53/99-28)

Westring, Gösta, *Lagom lag om offentlig upphandling? – några frågor kring den nya, EG-anpassade, lagen om offentlig upphandling*, Juridisk Tidskrift 1994-1995, sid. 113-129

OFFENTLIGT TRYCK

Förarbeten

Prop. 1992/93:88	Om offentlig upphandling
Prop. 1993/94:35	Frågor om offentlig upphandling
Prop. 1993/94:78	Frågor om offentlig upphandling
Prop. 1993/94:227	Frågor om offentlig upphandling
Prop. 1994/95:153	Frågor om offentlig upphandling
Prop. 1995/96:165	Frågor om offentlig upphandling
Prop. 1996/97:153	Ändringar i lagen om offentlig upphandling
Prop. 2001/02:142	Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.

Betänkanden

Ds 1992:4	Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag
Ds 1992:62	Offentlig upphandling och EES – del 2,

Ds 1993:34	tjänsteupphandling m.m.
Ds 1994:17	Specialdomstolarna i framtiden Specialdomstolarna i framtiden, remissammanställning
SOU 1971:88	Offentlig Upphandling
SOU 1993:16	Nya villkor för ekonomi och politik
SOU 1995:105	Konkurrens i balans
SOU 1996:23	Offentlig upphandling - en miljöfråga
SOU 1997:88	Upphandling för utveckling
SOU 1997:130	Effektivare statlig inköpssamordning
SOU 1999:139	Effektivare offentlig upphandling – för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt
SOU 2001:31	Mera värde för pengarna

EG-direktiv

93/36/EEG	Rådets Varudirektiv
93/37/EEG	Rådets Bygg- och anläggningsdirektivet
92/50/EEG	Rådets Tjänstedirektivet
97/52/EEG	Rådets Ändringsdirektiv I
89/665/EEG	Rådets Rättsmedelsdirektiv I
93/38/EEG	Rådets Försörjningsdirektivet
98/4/EG	Rådets Ändringsdirektiv II
92/13/EEG	Rådets Rättsmedelsdirektiv II
3696/93/EEG	Rådets CPA-direktiv

ÖVRIGA KÄLLOR

Europa kommissionen, *Grönboken, offentlig upphandling inom Europeiska unionen : Övervägande inför framtiden*, antaget av kommissionen den 17 november 1996

Europeiska unionens råd, Interinstitutionellt ärende 2000/0117 (COD), 12634/3/02, REV 3 – *Gemensam ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarande vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)*, Bryssel, 20 mars 2003

Europeiska unionens råd, Interinstitutionellt ärende 2000/0115 (COD), 11029/3/02, REV 3 – *Gemensam ståndpunkt inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster(klassiska sektorn)*. Bryssel, 20 mars 2003

Meddelande från kommissionen (KOM 1998, 143), *Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen*, Bryssel, 11 mars 1998

NOU:s rapport Dnr 86/97-2, *Effekter av lagen om offentlig upphandling*, Stockholm, januari 1998

NOU Info, *nyhetsbrev december 2003*, Stockholm 2003 (Dnr 0156/21)

Official Journal of the European Communities No L 342, 31.12.93, p. 1); *Council Regulation (EEC) No 3696/93 - 29 okt. 1993*

Riksdagens revisorer, *RR:s förslag angående offentlig upphandling*, förslag till riksdagen, 1997/98:RR10

INTERNETKÄLLOR

http://www.kommers.se/page_disp.asp?node=207, lydelse 2003- 25/10
<http://register.consilium.eu.int/pdf/su/02/st11/st11029-re03sv02.pdf>, lydelse 2003-12/12

<http://register.consilium.eu.int/pdf/su/02/st12/st12634-re03sv02.pdf>, lydelse 2003-12/12

<http://www.nou.se/>, lydelse 2003-05/12

<http://www.riksdagen.se/debatt/9798/forslag/RR10A/HTFRAME.HTM>, lydelse 2004-01/30

Rättsfallsförteckning

FÖRVALTNINGSDOMSTOL

RÅ 1997 ref. 40

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 1996 ref. 85

ALLMÄN DOMSTOL

NJA 1998 sid. 873

NJA 2000 sid. 712

NJA 2001 sid. 3

EG-DOMSTOLEN

C-51-54/71 *“International Fruit Company”*

C-31/87 *“Beentje”*

T-13/96 *“Team Srl. v. Commissionen”*

T-203/96 *“Embassy Limousine v. European Parliament”*

C-81/98 *“Alcatel Austria”*

C-352/98 *“Factortame”*

C-513/99 *“Concordia”*

C-92/00 *”Hopital Ingenieure - GmbH v. Stadt Wien”*

C-373/00 *”Adolf Truley GmbH”*