



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Eva Jilkén

Tilldelningsbeslutets civilrättsliga
verkan – avtalsslutande inom of-
fentlig upphandling

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Ola Svensson

Förmögenhetsrätt och upphandlingsrätt

Vårterminen 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Problemställning och disposition	7
1.3 Metod och begränsningar	8
2 OFFENTLIG UPPHANDLING	10
2.1 Gällande rätt	10
2.1.1 Förhållandet till EG-rätten	11
2.1.2 Förändringar i regelverket	12
2.1.3 Övriga tillämpliga lagregler	13
3 LOU OCH LUF	14
3.1 Procedurlagar för tilldelning av kontrakt	14
3.1.1 Tillämpning	15
3.1.2 Upphandlingsprocessen	16
3.1.3 Översikt över lagarnas innehåll	17
3.2 Rättsmedel	17
3.2.1 Överprövning	18
3.2.2 Skadestånd	19
3.2.3 Tillsynsmyndighet	19
4 OFFENTLIGRÄTTSLIGT PERSPEKTIV PÅ AVTALSSLUTANDE INOM OFFENTLIG UPPHANDLING	21
4.1 Avslutande och slutande av kontrakt i offentlig upphandling	21
4.1.1 Utgångspunkt	21
4.2 Formerna för att ingå kontrakt och avsluta en upphandling	22
4.2.1 Tilldelningsbeslut	22
4.2.2 Kontrakt	23
4.2.2.1 Skriftlighetskravet	23

4.3	Slutande av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen	24
4.3.1	Tidigare reglering	24
4.3.2	Alcatel-målet	25
4.4	Tidpunkt då kontrakt ingås, upphandlingar avslutas och överprövningsmöjligheterna upphör	26
4.4.1	Tiodagarfristen	27
4.4.2	Underrättelse om beslut	27
4.4.3	Anbudsgivares bundenhet till anbud	28
4.4.4	Kommentar	28
4.5	Konsekvenser av lagändringarna	29
4.5.1	Kommentar	30
5	RÄTTSPRAXIS	32
5.1	Förvaltningsdomstol	32
5.1.1	Kammarrätten i Göteborg, dom den 26 oktober 2005 i mål nr 1031-05	32
5.1.2	Regeringsrättens beslut, den 6 juli 2005 i mål nr 3420-05	33
5.1.2.1	Kommentar	33
5.1.3	Kammarrätten i Göteborg, dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05	33
5.1.4	Regeringsrättens beslut, den 11 februari 2008 i mål nr 2382-06	34
5.1.4.1	Regeringsrådet Nords utveckling av talan	35
5.1.4.2	Kommentar	35
5.2	Allmän domstol	35
5.2.1	Svea hovrätts beslut, den 15 augusti 2006 i mål Ö 2665-06	35
5.2.1.1	Kommentar	36
6	AVTALSSLUTANDE ENLIGT DEN ALLMÄNNA AVTALS RÄTTEN	38
6.1	Avtalet som rättshandling	38
6.1.1	Avtalsmekanismen	38
6.1.2	Avtalsbundenhet	40
6.1.3	Formen för avtalsslut inom upphandling	40
6.1.4	Kommentar	41
7	CIVILRÄTTSLIGT PERSPEKTIV PÅ AVTALSSLUTANDE INOM OFFENTLIG UPPHANDLING	42
7.1	Avtalslagens tillämplighet	42
7.1.1	Upphandlingskontraktet- inget formalavtal	43
7.1.2	Anbudsgivarens fortsatta bundenhet	43
7.1.2.1	Syften och konsekvenser av bestämmelserna	44
7.1.2.2	Kommentar	44
7.2	Tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan	45
7.2.1	Krav på ett tilldelningsbeslut som accept	45
7.2.2	Tilldelningsbeslutets verkan som accept	46
7.2.2.1	Kommentar	47
7.2.3	Förutsättningar för uppkomsten av ett civilrättsligt bindande avtal	47

7.2.4	Tidpunkt då civilrättsligt bindande avtal uppstår genom meddelande av tilldelningsbeslut	48
7.2.4.1	Kommentar	49
7.2.5	Tänkbara situationer då avtal inte kommer till stånd	49
7.2.6	Skillnaden mellan ett upphandlingskontrakt och ett civilrättsligt bindande avtal	49
7.3	Konsekvenser av tilldelningsbeslutets verkan som accept	50
7.3.1	Villkorade avtal	51
7.3.2	Utblick- nytt rättsmedelsdirektiv	52
7.3.2.1	Kortfattad redogörelse	53
7.3.2.2	Kommentar	53
7.4	Sammanfattning	54
7.5	Slutsats	55
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	57
8.1	Samspelet mellan nationell rätt och EG-rätt samt offentlig rätt och civilrätt	57
8.1.1	Avtalsslutande inom offentlig upphandling i förhållande till avtalslagen	57
8.1.2	Civilrättsligt- och offentligrättsligt perspektiv	58
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	59
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

The Swedish law on procurement is based on administrative rules, and regulates the process of awarding public contracts. Thus, the Swedish law of contracts is applicable to public procurement agreements and regulates how a contract is concluded between a contracting authority and a supplier. However, the Swedish procurement law does not regulate the contractual parts of a procurement procedure. This dividing of the law and the influence of the EU-directives results in legal conflicts between the Swedish procurement law and the Swedish law of contracts.

A procurement procedure is concluded when ten days has passed since the award decision has been communicated and when a procurement contract (a written agreement according to the Swedish procurement law) has been signed by the contracting authority and the winning supplier. When a public procurement is concluded it cannot be reviewed by an administrative court. However, a binding contract can be concluded according to the Swedish law of contracts before the procurement procedure is concluded, even if an administrative court at a later stage would rule the procurement unlawful. Consequently, an awarding authority may be legally bound by the concluded contract although there is a court ruling stipulating that the procurement must be redone.

In brief, this thesis deals with the issues regarding awarding of contracts under the Swedish law on public procurement in relation to the Swedish law of contracts. Hence, one of the major issues discussed is if a decision to award a contract constitutes a legal binding contract under Swedish law. In accordance with the following analysis, I conclude that a decision to award a contract may in fact result in a binding contract when it is communicated with the winning supplier.

Sammanfattning

Upphandlingslagarna är i stor utsträckning förvaltningsrättsliga och reglerar processen för tilldelning av offentliga kontrakt. Upphandlingslagarna reglerar däremot inte de avtalsrättsliga aspekterna i en upphandling som till exempel hur avtal ingås. Det är i stället avtalslagen som tillämpas för att avgöra när bindande avtal om upphandling slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Uppdelningen av den offentliga upphandlingen i en offentligrättslig del och en civilrättslig del, samt EG-rättens inflytande på upphandlingslagarna, ger upphov till normkonflikter mellan upphandlingsrätten (offentlighetsrätten) och avtalsrätten (civilrätten).

En upphandling avslutas med att ett undertecknat och skriftligt kontrakt tecknas mellan den upphandlande myndigheten och den leverantör som vunnit upphandlingen. Kontraktet kan tecknats efter att tio dagar passerat från det att beslutet om tilldelning meddelats till samtliga leverantörer. En upphandling kan inte överprövas i allmän förvaltningsdomstol efter det att en upphandling avslutats. Eftersom avtalslagen är tillämplig inom offentlig upphandling och eftersom upphandlingslagarna uppställer ett krav på att en upphandling ska avslutas med ett skriftligt kontrakt, uppstår en situation där ett civilrättsligt bindande avtal kan ha ingåtts innan en upphandling är avslutad och alla överprövningsmöjligheter är uttömda. Avtal kan ha uppstått genom att myndighetens meddelande av tilldelningsbeslut till den vinnande leverantören kan anses utgöra en avtalsrättslig accept.

En konsekvens av regelverkens olika bestämmelser om avtalsslutande och avslutande av upphandlingar är att en domstol kan ålägga en upphandlande myndighet att rätta eller göra om upphandlingen, trots att ett civilrättsligt avtal om upphandlingen redan ingåtts. Detta kan i sin tur innebära att myndigheten måste häva det ursprungliga avtalet för att kunna ingå avtal med den, enligt upphandlingslagstiftningen, rätte leverantören. På så vis kan en upphandlande myndighet på civilrättsliga grunder bli skadeståndsskyldig mot den leverantör som avtal ingicks med genom meddelandet av tilldelningsbeslutet.

Denna uppsats avser utreda tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan. Min slutsats, med hänsyn till den rättsutredning som följer, är att ett meddelande av tilldelningsbeslut som huvudregel har civilrättsligrättslig verkan som accept, och kan därmed medföra att ett civilrättsligt bindande avtal uppstår innan en upphandling är avslutad.

Förord

Denna examensuppsats markerar slutet på min juris kandidatutbildning vid Lunds Universitet. Det är en lärorik och rolig studietid jag lämnar bakom mig.

Jag vill först tacka er som läst min uppsats och lämnat konstruktiv kritik, Daniel Jilkén, Hans Sylvén, Daniel Nyrén och Ann Fryksdahl m.fl. Avslutningsvis vill jag tacka familj och vänner för ert ovärderliga stöd och uppmuntran!

Abbekås, den 5 juni 2008

Eva Jilkén

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
FL	Förvaltningslagen (1986:223)
Försörjningsdirektivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Klassiska direktivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Gamla LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
GPA	Government Public Agreement
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LIU	Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
NOU-info	NOU: s nyhetsbrev som finns tillgängligt på Konkurrensverkets hemsida
Nytt rättsmedelsdirektiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
Rättsmedelsdirektiv (försörjningssektorerna)	Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna
Rättsmedelsdirektiv (klassiska sektorn)	Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten

SCB
SekrL
TED

Statistiska centralbyrån
Sekretesslag (1980:100)
Tenders Electronic Daily

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Rättsområdet för offentlig upphandling¹ befinner sig i ett ”rättsligt gränsland”² mellan å ena sidan offentlig rätt och civilrätt och å andra sidan EG-rätt och svensk intern rätt. Orsaken är att den svenska upphandlingsrätten och upphandlingslagstiftningen i stort bygger på fyra EG-direktiv samt utgör ett komplext förvaltningsrättsligt regelverk som i viss mån omfattas av avtalsrättsliga regler.

Den offentliga upphandlingen regleras i Sverige sedan den 1 januari 2008 av de två procedurlagarna; lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Syftet med den offentliga upphandlingen är, att i enlighet med procedurbestämmelser och i konkurrens på en öppen upphandlingsmarknad, generera ett avtal mellan det offentliga och en utomstående för att tillgodose ett behov hos det offentliga.

Upphandlingslagarna reglerar formerna för att tilldela offentliga kontrakt samt sättet för att avsluta offentliga upphandlingar. En upphandling avslutas med att ett skriftligt kontrakt³ tecknas mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande leverantören (den leverantör som lämnat det bästa anbudet) efter att en anbudsutvärdering avslutats. Kontraktet kan ingås efter det att beslut om leverantör (tilldelningsbeslut⁴) fattats och tio dagar därefter passerat. Kontraktet markerar avslutandet av en upphandling och gränsen för hur länge beslut tagna under en pågående upphandling kan överprövas i allmän förvaltningsdomstol. Däremot regleras inte det avtalsrättsliga förhållandet mellan myndigheten och leverantören i upphandlingslagarna. Den civilrättsliga bundenheten regleras i stället av lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL). Avtalslagens bestämmelser om avtals uppkomst ligger alltså till grund för och skall tillämpas även på avtalslutandet i offentlig upphandling.

Eftersom reglerna om avtalslut i upphandlingslagarna skiljer sig åt från hur avtal sluts enligt avtalslagen, genom att ett skriftligt kontrakt måste ingås för att avsluta en upphandling, har frågan om när avtal sluts och avtalsbunden-

¹ I 2 kap. 13 § LOU och 2 kap. 23 § LUF definieras ”offentlig upphandling” respektive ”upphandling”. Offentlig upphandling definieras som ”åtgärder som vidtas av en ”upphandlande myndighet” (eller i LUF ”upphandlande enhet”) i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Upphandling är därmed den process som leder till tilldelningen av ett offentligt kontrakt.

² Terminologi se, Madell, Det allmänna som avtalspart (1998), s. 19.

³ Kontraktet definieras som ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor, se 2 kap 10 § i LOU och LUF. Ett kontrakt får inte slutas förrän tio dagar gått sedan tilldelningsbeslut meddelats, detta för att leverantörer skall ha en rimlig möjlighet att få tilldelningsbeslutet överprövat.

⁴ En upphandlande myndighets beslut att anta en viss leverantörs anbud.

het uppstår inom offentlig upphandling inte varit helt klarlagd. Rättsläget är därmed oklart vad gäller förutsättningarna för när och hur ett civilrättsligt bindande avtal kan uppstå i förhållande till upphandlingslagstiftningen. Anledningen till detta är att det inte är klart om ett meddelande av ett tilldelningsbeslut till den vinnande leverantören utgör en avtalsrättslig accept. Om så är fallet skulle det innebära att bindande avtal eventuellt kan ha uppstått innan en upphandling har avslutats genom ett skriftligt kontrakt.

Frågan om tilldelningsbeslutets verkan som accept och när bindande avtal om upphandling sluts är av stor upphandlingsrättslig betydelse. Ett tilldelningsbesluts verkan som accept kan till exempel skapa långtgående upphandlingsrättsliga konsekvenser genom att en myndighet kan bli civilrättsligt bunden gentemot en leverantör innan en upphandling är avslutad. Mot bakgrund av detta och de stora värden som den offentliga upphandlingen omsätter är det mycket angeläget att utreda rättsläget för vid vilken tidpunkt det offentliga och det privata ingår avtal inom offentlig upphandling.

1.2 Problemställning och disposition

I denna uppsats har jag för avsikt att analysera frågan om ett tilldelningsbeslut kan utgöra en accept i avtalsrättslig mening och på så vis medföra att ett civilrättsligt bindande avtal kommit till stånd innan en upphandling är avslutad enligt upphandlingslagstiftningen.

Uppsatsen är uppdelad i fyra delar. Den första delen (2-3 kap.) är tänkt att beskriva offentlig upphandling och upphandlingsregelverket för att ge en bakgrund till problemställningen. I denna del redogör jag mycket kortfattat för regelverket. Denna del kan med fördel läsas av den som inte är insatt i området för offentlig upphandling, och i motsats gärna förbigås av den som redan har kunskaper i ämnet. Den andra delen (4-5 kap.) behandlar det offentlighetsrättsliga perspektivet på avtalsslutande inom offentlig upphandling. I denna del beskriver jag förutsättningarna för att avsluta en upphandling samt problematiserar den EG-rättsliga domen i Alcatel-målet som förändrade regelverket och förutsättningarna för att sluta avtal. Dessutom uppmärksammas de konsekvenser som följde av lagändringen. I denna del redogör jag även för relevant rättspraxis. Den tredje delen (6-7 kap.) behandlar de civilrättsliga aspekterna på avtalsslutande inom upphandlingsområdet. I denna del beskrivs först kortfattat förutsättningarna för att ingå avtal enligt den allmänna avtalsrätten. Vidare analyseras frågan om ett civilrättsligt bindande avtal kan anses föreligga genom ett meddelande av tilldelningsbeslutet och vid vilken tidpunkt ett sådant avtal i sådana fall uppstår. I samma kapitel följer en kort diskussion om villkorade avtal och det nya rättsmedelsdirektivet som möjliga lösningar på problematiken. Avslutningsvis redogörs för slutsatser som nåtts. Den fjärde delen (8 kap.) innehåller avslutande kommentarer.

De lagändringar som trädde i kraft den 1 januari 2008 förändrar inte förutsättningarna för att sluta avtal inom offentlig upphandling. Upphandlingslagarna har dock fått en ännu mer direktivnära utformning. Vidare är inte pa-

ragrafhänvisningarna desamma som i gamla LOU. I uppsatsen anges de tidigare lagrummen inom parentes för att underlätta förståelsen. I de nya lagarna benämns de organ som är tvingade att följa lagarna för upphandlande myndigheter inom LOU respektive upphandlande enheter inom LUF. För att förenkla förståelsen kommer jag i den löpande texten uteslutande att använda begreppet ”upphandlande myndighet” som då alltså även får anses innefatta de enheter som måste följa LUF.

1.3 Metod och begränsningar

Jag har valt att använda mig av traditionell rättsdogmatisk metod samt att föra ett analytiskt resonemang kring frågeställningen. Utöver traditionella rättskällor har jag även i viss mån använt mig av skrivelser från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och artiklar i branschspecifika tidningar. Utöver detta har jag även fått möjlighet att samtala med Hans Sylvén⁵ kring ämnet.

Min redogörelse för tillämplig lagtext har avsiktligt reducerats till vad som får anses relevant för arbetets avgränsning. Således har jag utelämnat detaljbeskrivning av upphandlingslagarna. Bland annat redogörs inte för de olika upphandlingsförfarandena. Dessutom redogörs inte för vissa lagar, förordningar och tillkännagivanden som visserligen har betydelse i förhållande till upphandlingslagstiftningen men inte i förhållande till frågeställningen, såsom förvaltningslagen (1986:223) och sekretesslagen (1980:100). Uppsatsen behandlar inte heller avtalsrättsliga frågor såsom avtals ogiltighet, avtals-tolkning m.m. Jag har enbart tagit upp de rättsfall som jag anser betydelsefulla för frågeställningen. Eftersom uppsatsen inte har till syfte att redogöra för innehållet i de nya lagarna och skillnader gentemot den tidigare upphandlingslagen, kommer uppsatsen enbart redogöra för de ändringar som får relevans för problemställningen. Då min uppsats inte gör anspråk på att vara heltäckande kan jag som litteratur för vidare studier i ämnet rekommendera Margareta Hentzes och Hans Sylvéns lagkommentar från 1998. Lagkommentaren är inte uppdaterad utifrån de nya lagarna, men är mycket innehållsrik. Därutöver kan jag rekommendera Sue Arrowsmiths bok *The Law of Public and Utilities Procurement*, samt förarbetena till de nya lagarna. Även lagkommentaren Karnov har uppdaterats och innehåller kommentarer avseende de båda upphandlingslagarna.

Frågan om tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan förefaller vara ett svenskt civilrättsligt problem möjligtvis på grund av det sätt som Sverige valt att implementera upphandlingsdirektiven och EG-domstolens praxis. Således utgår uppsatsen huvudsakligen ifrån svenska förarbeten, rättspraxis och doktrin.⁶

⁵ Tidigare chefsjurist vid NOU och en av två författare till lagkommentaren för gamla LOU.

⁶ Efter samtal med representanter från ett flertal EU-länder förefaller det som att detta problem inte tidigare varit känt för dem. Däremot använder tillsynsmyndigheten på Malta sig av avtalsklausuler i alla kontrakt rörande upphandling för att förhindra problematiken. Detta är möjligt att tillgodose genom att tillsynsområdet är så litet att tillsynsmyndigheten har möjlighet att granska alla avtal avseende offentlig upphandling.

De frågeställningar som behandlas i uppsatsen ger upphov till flera intressanta rättsfrågor inom området för offentlig upphandling. Eftersom utrymmet är begränsat i denna uppsats nöjer jag mig med att kortfattat nämna några av dem här.

Frågorna som uppkommer gäller bland annat:

* Vilka konsekvenser skulle det innebära för den svenska avtalsrätten om en ogiltighetssanktion av avtal införs i de lagändringarna som förväntas träda i kraft den 1 januari 2010 med anledning av det nya rättsmedelsdirektivet som publicerades den 20 november 2007? Vilka konsekvenser skulle dessa förväntade lagändringar medföra för vår avtalsrätt och våra avtalsrättsliga traditioner?

* Hur kommer relationen mellan sanktioner i avtalslagen och de rättsmedel som eventuellt kommer att bli gällande att se ut?

* Hur skall ett villkorat avtal i detalj utformas för att civilrättslig bundenhet skall undvikas?

* Om det är lämpligt att förvaltningsrättsliga domstolar dömer i mål gällande avtalsrättsliga frågor?

* Binder förvaltningsdomstolarna de allmänna domstolarna med sina civilrättsliga bedömningar?

* Finns det andra möjligheter för att ett civilrättsligt avtal skall kunna slutas inom offentlig upphandling, exempelvis genom konkludent handlande m.m.?

* En annan fråga som återstår att klargöra (och vilken är en konsekvens av tilldelningsbeslutets verkan som accept) är situationen att en upphandling enligt en förvaltningsdomstols dom måste rättas eller göras om och giltighetstiden enligt anbudet redan löpt ut. Detta eftersom det då enligt upphandlingslagstiftningen inte finns förutsättningar att avsluta upphandlingen. Upphandlingslagarna reglerar nämligen inte situationen att giltighetstiden löpt ut innan upphandlingen avslutats. Detta är visserligen i huvudsak en avtalsrättslig fråga, men som får upphandlingsrättsliga konsekvenser.

2 Offentlig upphandling

Regler om offentlig upphandling,⁷ och därmed den process som leder till tilldelning av offentliga kontrakt, har funnits under en lång tid i Sverige.⁸ Upphandlingsrätten och området för offentlig upphandling har i Sverige och i stora delar av övriga Europa fått en allt större betydelse i takt med att antalet upphandlingar ökat. I dag beräknas upphandlingen i Sverige uppgå till minst 400 miljarder kronor per år.⁹ För att få till stånd en öppen och konkurrensutsatt upphandlingsmarknad är det av stor vikt för både de som upphandlar och de som deltar i en upphandling att upphandlingen sker på ett korrekt sätt och i enlighet med gällande rätt.

2.1 Gällande rätt

I Sverige regleras den offentliga upphandlingen sedan den 1 januari 2008 i LOU och LUF. Den tidigare upphandlingslagen, lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (gamla LOU), infördes som en följd av Sveriges inträde i EES-avtalet (1994) samt EU (1995) och för att uppfylla de förpliktelser som följer av EU-medlemskapet. Regelverken om offentlig upphandling bygger på EG-fördraget som anger grunderna för den offentliga upphandlingen och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.¹⁰ EG-rätten utgör därmed ramen och utgångspunkten för hur en upphandling skall genomföras. Fördraget innehåller därutöver inte några fler utförliga regler om upphandlingsprocessen. Förpliktelserna framgår i stället av ett antal EG-direktiv¹¹ som rör förfaranderegler för de upphandlande myndigheterna

⁷ Upphandling inom försörjningssektorerna benämns inte offentlig eftersom även privata organ kan vara upphandlande myndigheter. Då man talar om offentlig upphandling i allmänna termer görs däremot ingen skillnad mellan de olika lagarna. Se Prop. 2006/07:128 s. 137.

⁸ En första reglering av statliga myndigheters upphandling existerade redan under 1800-talet. Läs mer i Hentze och Sylvén (1998) s. 11 ff.

⁹ SOU 1999:139 sid. 1-2, statistiken på området för offentlig upphandling är bristfällig och det är denna summa som fortfarande anses gälla i brist på uppdaterade beräkningar. Branschorganisationen Företagarna uppskattade visserligen i juni 2006 värdet till 500 miljarder kronor för den offentliga upphandlingen, men det finns inte någon samlad officiell statistik inom området. SCB har inte heller med rimlig säkerhet kunnat uppskatta omfattningen av den offentliga upphandlingen. Enligt Hans Sylvén återfinns bäst statistik hos kommuner och landsting.

¹⁰ Bestämmelserna om icke-diskriminering i artikel 12, om förbudet mot kvantitativa restriktioner i artiklarna 28 och 29, om etableringsrätt i artikel 43 och om fri rörlighet enligt artikel 49 i fördraget, ligger till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling. Principerna som styr upphandlingen i Europa utgörs således av likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen och framgår av 1 kap. 9 § LOU och 1 kap 24 § LUF.

¹¹ De EG-direktiv, angående offentlig upphandling, som Sverige måste följa är, Direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet), Direktiv 2004/18/EG (klassiska direktivet), och rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG (klassiska sektorn) och rättsmedelsdirektiv 92/13/EEG (försörjningssektorerna).

samt tillgängliga rättsmedel¹² vid eventuell överträdelse av procedurreglerna. EG-direktiven och upphandlingslagstiftningen syftar (i enlighet med de fyra friheterna i fördraget) till att verka preventivt mot regelöverträdelser och därmed främja den fria rörligheten¹³ av främst varor och tjänster på den inre marknaden och att möjliggöra väl fungerande marknader för offentlig upphandling inom EU.

Sveriges förpliktelser i enlighet med EG-direktiven begränsas till att endast omfatta upphandlingar vars värde överstiger särskilt angivna tröskelvärden¹⁴. Upphandlingar som understiger tröskelvärdena är undantagna från direktiven, men regleras på svenskt initiativ och återfinns i 15 kapitlet i båda upphandlingslagarna.¹⁵ Dessa regler återfinns inte i upphandlingsdirektiven, men är till stor del utformade med direktiven och äldre nationella regler om upphandling som förebild. Emellertid omfattas även upphandlingar under tröskelvärdena av de gemenskapsrättsliga principerna.¹⁶

2.1.1 Förhållandet till EG-rätten

Sveriges medlemskap i EU innebär att vår suveränitet till viss del har begränsats för att verka för ett högre syfte – det vill säga gemenskapens bästa. Medlemskapet innebär att vår nationella rätt är subsidiär i förhållande till EG-rätten och att det finns en skyldighet att följa tvingande EG-direktiv, EG-domstolens domar samt övrig gemensam lagstiftning. Inom gemenskapen finns det som nämnts ett flertal direktiv som reglerar den offentliga upphandlingen. Det är på dessa direktiv som vår svenska reglering till stor del bygger på. Det övergripande syftet med upphandlingsdirektiven är enligt ovan främjandet av fri rörlighet av varor och tjänster samt en väl fungerande och konkurrensutsatt gemenskapsrättslig upphandlingsmarknad.

EG-rätten har därmed ett betydande inflytande på den svenska regleringen av den offentliga upphandlingen eftersom LOU och LUF i princip imple-

¹² Rättsmedelsdirektiven består av Rådets direktiv 89/665/EEG för den klassiska sektorn och Rådets direktiv 92/13/EEG för försörjningssektorn och är införlivade i 16 kap. LOU och LUF (7 kap). Ett nytt rättsmedelsdirektiv (Rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling) vilket reformerar de nu båda gällande rättsmedelsdirektiven har antagits den 15 november 2007 och publicerades den 20 december 2007, därmed bör direktivet sannolikt vara införlivat i svensk rätt senast 1 januari 2010.

¹³ Principen om fri rörlighet innebär att varor, tjänster, personer och kapital ska kunna cirkulera på samma sätt inom EU som inom Sverige.

¹⁴ Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor. Se Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁵ Cirka 95 % av den offentliga upphandlingen avser upphandlingar under tröskelvärdena och genomförs i enlighet med 15 kap. i båda lagarna. Dessa upphandlingar omfattar cirka 80 % av den offentliga upphandlingens värde. Se SOU 1999:139 s. 56.

¹⁶ Detta tydliggör bl.a. i EG-domstolens domar i Mål C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Mål C-264/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike. Mål C231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti. Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

menterar de EG-direktiv som finns på upphandlingsområdet.¹⁷ Våra nationella upphandlingsregler skall också tolkas i ljuset av EG-direktiven och gemenskapsrätten uttolkas ytterst av EG-domstolen.¹⁸ Eftersom Sverige har valt att införliva direktiven genom att skriva om direktivens sakliga innehåll i svensk lag¹⁹, kan det uppkomma kollisioner mellan den EG-rättsliga regleringen och den svenska nationella rätten.²⁰ På de rättsområden där det existerar både nationella och gemenskapsrättsliga regler och dessa motsäger varandra skall gemenskapsrätten ha företräde – detta är principen om gemenskapsrättens företräde.²¹ Tanken bakom principen är att om medlemsländerna beslutar sig för att ha gemensamma regler inom ett rättsområde så skall dessa regler också följas.²² Principen om gemenskapsrättens företräde är också fastslagen av EG-domstolen.²³ Enligt EG-domstolens praxis kan bestämmelser i upphandlingsdirektiven under vissa förutsättningar ha så kallad direkt effekt och därmed vara direkt tillämpliga. Innebörden av detta är att vissa bestämmelser kan åberopas av enskilda (leverantörer) i svenska domstolar oavsett om bestämmelsen inte införlivats, bara delvis införlivats eller felaktigt införlivats. För att en bestämmelse skall ha direkt effekt måste den vara klar, tydlig och uttrycka en rättighet för den enskilde mot en upphandlande myndighet.²⁴

2.1.2 Förändringar i regelverket

Området för offentlig upphandling är under ständig utveckling och förändring. Från det att den gamla LOU trädde i kraft 1994 har lagen genomgått många ändringar främst med anledning av ändringar i EG:s upphandlingsdirektiv och för att svensk lag skulle överrensstämma med de bakomliggande direktiven och EG-domstolens domar på upphandlingsområdet. De nu gällande upphandlingsdirektiven gav också upphov till ett nytt lagförslag som

¹⁷ Även Världshandelsorganisationens överrenskommelse om offentlig upphandling ”Government Procurement Agreement” (GPA) är införlivat i direktiven och därmed del av svensk lag. Sverige träffade ursprungligen ett bilateralt avtal om GPA. Numera är Europeiska kommissionen förhandlingspart för EU:s medlemsstater.

¹⁸ Enligt artikel 234 i EG-fördraget är de nationella domstolarna skyldiga att begära ett tolkningsbesked (förhandsbesked) från EG-domstolen, om det uppkommer någon oklarhet vid tillämpningen av gemenskapsrätten. Enligt Hans Sylvén är det ett känt faktum att svenska domstolar i begränsad utsträckning iakttar denna skyldighet.

¹⁹ Införlivningsmetoden som Sverige valt innebär risk för missstolkning av upphandlingsdirektiven. Merparten av de tio lagändringar som gjordes i gamla LOU föranleddes av att Europeiska kommissionen påpekade brister i den svenska implementeringen. I Danmark har man valt att införliva direktiven genom att skriva en ramlag som anger att upphandlingsdirektiven skall anses utgöra dansk rätt.

²⁰ En sådan lagkollision råder bland annat mellan SekrL och LOU/LUF med avseende på vad som får lämnas ut i samband med underrättelse av tilldelningsbeslut.

²¹ Fördragen innehåller inte någon regel som direkt stadgar gemenskapsrättens företräde, denna princip har i stället av EG-domstolen tolkats in principen ur de skyldigheter som medlemsländerna har pga. fördragen. En av de viktigaste utgångspunkterna har varit lojalitetsprincipen som stadgas i art. 10 i EG-fördraget.

²² Melin, Schäder, EU:s konstitution Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna, (2004) s. 44 ff.

²³ Bland annat genom dom i mål C-6/64, Costa./ENEL och mål C-106/77.

²⁴ Se bland annat Mål C-76/97 Tögel.

trädde i kraft den 1 januari 2008.²⁵ Regeringen föreslog i förarbetena till den nya lagen, proposition 2006/07:128, att två nya lagar skulle reglera området för offentlig upphandling. De två nya lagarna ersätter gamla LOU.

De nya direktiven har i stora delar samma sakliga innehåll som de tidigare direktiven och därmed den svenska upphandlingslagstiftningen.²⁶ Upphandlingslagarna innehåller däremot en väsentligt reviderad struktur, med fler kapitel, mer lättlästa lagregler som följer upphandlingsprocessen på ett bättre sätt. Lagändringarna införlivar enbart de obligatoriska delarna av de nu gällande upphandlingsdirektiven samt frivilliga regler om ramavtal i LOU.²⁷ Övergångsbestämmelserna i upphandlingslagarna innebär att gamla LOU skall tillämpas på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008.²⁸

2.1.3 Övriga tillämpliga lagregler

Eftersom offentlig upphandling omfattar olika sorters anskaffningar som köp, hyra m.m. kan förutom LOU och LUF även avtalslagen, köplagen (1990:931) och andra civilrättsliga regler vara tillämpliga. Därutöver finns det andra bestämmelser som får betydelse för området för offentlig upphandling bland annat SekrL, FL och Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling. Andra tillämpliga bestämmelser är Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt, Förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning samt två tillkännagivanden, Tillkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²⁵ Prop. 2006/07:128 s. 2.

²⁶ Emellertid ger de bland annat möjlighet till att införa fler upphandlingsförfaranden.

²⁷ Läs mer om införandet av de obligatoriska och frivilliga delarna av upphandlingsdirektiven i svensk rätt i SOU 2005:22 och SOU 2006:28.

²⁸ En upphandling får anses påbörjad då tillämpligt upphandlingsförfarande beslutats eller allra senast då upp upphandlingen annonserats gentemot allmänheten eller offentliggjorts på annat sätt (vid det fall att upphandlingen inte måste annonseras) Se Prop. 2006/07:128 s. 447.

3 LOU och LUF

3.1 Procedurlagar för tilldelning av kontrakt

LOU och LUF är i stort förvaltningsrättsliga verk som behandlar olika delar av upphandlingsprocessen och reglerar tilldelningen av offentliga kontrakt och ingåendet av ramavtal avseende varor, tjänster och byggentreprenader. Upphandlingslagarna styr tillvägagångssättet för hur en upphandling skall genomföras och hur valet av leverantör skall göras när offentliga aktörer avser ingå avtal. Upphandlingslagarna omfattar i princip all offentlig upphandling²⁹ i Sverige, vilket innebär att statliga myndigheter, kommuner, landsting, offentliga organ och övriga så kallade upphandlande myndigheter och upphandlande enheter³⁰ (bland dessa även vissa privata företag) skall följa lagen då anskaffning sker i form av köp, hyra m.m. av varor och tjänster, byggentreprenader m.m.

Bestämmelserna i upphandlingslagarna skiljer sig åt beroende på vilken typ av upphandling det rör och om upphandlingen sker över vissa tröskelvärden.³¹ Olika upphandlingsförfaranden³² är tillämpliga beroende på vad som upphandlas. En upphandling skall enligt i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF (1 kap. 4 §) ske med beaktande och tolkas mot bakgrund av de i direktiven grundläggande principerna för offentlig upphandling.³³ Bestämmelsen är bland annat utformad i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller

²⁹ Vissa upphandlingar är undantagna från bestämmelserna. Detta gäller bl.a. upphandlingar som genomförs i enlighet med regler som överenskommit i internationella organisationer och viss försvarsupphandling m.m. Av upphandlingslagarna framgår ytterligare undantag se 1 kap. 3- 8 §§ LOU och 1 kap. 11 - 23 §§ LUF.

³⁰ Se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU och 2 kap. 12 och 20 §§ LUF för närmare beskrivning.

³¹ Tröskelvärden är de värden som avgör om direktiven är tillämpliga på aktuell upphandling eller inte, eller för Sveriges del, huruvida reglerna över tröskelvärdena som bygger på direktiven skall tillämpas, eller om de nationella reglerna under tröskelvärdena skall tillämpas. Bestämmelser om upphandlingar under tröskelvärdena återfinns i upphandlingslagarnas 15 kapitel. Bestämmelser gällande beräkning av tillämpliga tröskelvärden återfinns i lagarnas 3 kapitel och i Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling återges storleken på tröskelvärdena. Tröskelvärdet för statliga upphandlande myndigheter uppgår ungefär till 1,2 miljoner kronor. För övriga upphandlande myndigheter är tröskelvärdet cirka 1,9 miljoner kronor. Det är med anledning av GPA-överenskommelsen som statliga upphandlande myndigheter har ett betydligt lägre tröskelvärde än övriga organisationer.

³² Enligt lagarna finns tre upphandlingsförfaranden över tröskelvärdena; öppet förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande. Under tröskelvärdena finns också tre upphandlingsförfaranden; förenklat förfarande, urvalsförfarande och direktupphandling.

³³ Principen om affärsmässighet i 1 kap.4 § gamla LOU, är nu ersatt med en uppräknad av alla de grundläggande principerna för upphandling. Bestämmelsen anses däremot inte ändra innebörden av den tidigare paragrafen, Jfr Prop. 2006/07:128 del 1 s. 156-157. Principen om affärsmässighet innebar att all upphandling skulle göras med ”utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som fanns och även i övrigt genomföras affärsmässigt samt att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skulle behandlas utan ovidkommande hänsyn.”

missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrensnedvidande sätt. Ett annat syfte är att skydda skattebetalarna mot onödigt höga kostnader. De gemenskapsrättsliga principerna måste följas vid all upphandling. Även upphandling som är uttryckligen undantagna från direktiven omfattas av dessa grundläggande principer.³⁴ Principerna som måste beaktas i offentlig upphandling följer av de grundläggande principerna i EG-fördraget och utgörs av likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om öppenhet (transparens) samt principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

3.1.1 Tillämpning

Upphandlingslagstiftningen gör skillnad på upphandlingar som omfattas av LOU (upphandlingar inom den så kallade klassiska sektorn) och upphandlingar som skall följa LUF (upphandlingar inom de så kallade försörjningssektorerna). Uppdelningen i två olika lagar beror på att det finns två upphandlingsdirektiv (klassiska - respektive försörjningsdirektivet). Generellt sätt är upphandlingsreglerna inom den klassiska sektorn mer detaljstyrda.³⁵ Försörjningssektorernas upphandlingsregler är mer flexibla, bland annat får de upphandlande enheterna fritt välja det förhandlade förfarandet, som innehåller betydligt färre procedurregler.

I LOU används begreppet ”upphandlande myndighet” för att benämna dem som är skyldiga att följa lagen och i LUF tillämpas begreppet ”upphandlande enhet” för att beskriva de myndigheter, organ och företag³⁶ som ska tillämpa lagen.³⁷ Med upphandling inom LOU avses offentliga upphandlingar som görs av bl.a. kommuner, landsting, statliga myndigheter, vissa offentliga bolag, som inte bedriver någon av de verksamheter som hör till LUF. Avgörande för om en myndighet skall följa LOU är syftet med verksamheten, som skall vara att tillgodose behov i det allmännas intresse.³⁸ Med upp-

³⁴ Se bl.a. 1 kap. 2 § sista stycket LOU. Se även not 16.

³⁵ Se Preamble nr 9 i försörjningsdirektivet. ”Med beaktande av karaktären hos de områden som berörs av en sådan samordning bör det genom denna samordning skapas en ram för god affärssed som medger största möjliga flexibilitet men som samtidigt slår vakt om de nämnda principerna”.

³⁶ LUF gäller även för vissa privata företag, som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av särskilda rättigheter eller ensamrätt.

³⁷ Upphandlande myndigheter definieras i 2 kap. 12 § och 19 § LOU (1 kap. 5-6 §§) och utgörs bl.a. av utgörs av statliga och kommunala och andra myndigheter, såsom beslutande församlingar i kommuner och landsting, vissa offentligt styrda organ (till exempel flertalet kommunala bolag och en del statliga bolag) och sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller ett eller flera offentligt styrda organ. Definition av upphandlande myndigheter återfinns i artikel 1. 9 i det klassiska direktivet. Upphandlande enheter definieras i 2kap. 12 § och 20 § LUF utgörs av statliga, kommunala och andra myndigheter, landsting samt vissa offentligägda bolag (t.ex. statligt ägda bolag), stiftelser, föreningar och samfälligheter, vilka bedriver verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och postområdena samt privata företag som bedriver verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, postområdena med särskild rättighet eller ensamrätt. En definition av upphandlande enheter återfinns i artikel 2.1 a i försörjningsdirektivet.

³⁸ I gamla LOU angavs att organisationen skulle ha inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. Detta har i de nya lagarna ändrats till att organisationen de facto tillgodoser behov i det allmännas intresse. Mål C-360/96 BFI Holding.

handling inom LUF avses sådan upphandling som görs av upphandlande enheter som bedriver verksamhet inom något av områdena vatten, energi, transporter och posttjänster³⁹. Avgörande för om LUF skall tillämpas är alltså beroende av vilken verksamhet som organisationen i fråga bedriver och avser upphandla åt.⁴⁰ I vissa fall kan en upphandlande myndighet bedriva verksamhet inom ramen för båda upphandlingslagarna. Vilken lag som är tillämplig avgörs utifrån vilken verksamhet den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten är verksam inom, men framför allt vilken verksamhet som myndigheten eller enheten i det enskilda fallet avser upphandla åt.

3.1.2 Upphandlingsprocessen

En upphandling inleds genom att den upphandlande myndigheten genomför en behovsanalys av det som ska upphandlas, beräknar tröskelvärdet för att fastställa vilka regler som skall tillämpas och utformar förfrågningsunderlaget som ska ligga till grund för de anbud som lämnas och det kontrakt som så småningom upprättas. Vidare skall val av upphandlingsförfarande och utvärderingsmetod fastställas. Förfrågningsunderlag eller annons beskriver kraven på leverantören och kraven på det som ska upphandlas⁴¹, villkoren för valet av leverantör (utvärderingsmetod⁴²), eventuella förfarandevillkor samt övriga kommersiella villkor för avtalet. Efter det att upphandlingen, och därmed villkoren för avtalet, annonserats⁴³ gentemot allmänheten och leverantörerna (anbudsgivare/anbudssökande) kvalificerats (leverantörskvalificering) och utvärderats utifrån de krav som har uppställts i förfrågningsunderlaget (anbudsutvärdering) ska den upphandlande myndigheten fatta ett beslut om leverantör (tilldelningsbeslut) som måste kommuniceras till samtliga anbudsgivare⁴⁴ och anbudssökanden^{45, 46}.

³⁹ Från och med den 1 januari 2009 omfattar försörjningsdirektivet även upphandling för verksamheter som omfattar posttjänster. Se prop. 2006/07:128 s. 2.

⁴⁰ Läs mer om skillnaden mellan den klassiska sektorn och försörjningssektorn i Prop. 2006/07:128 s. 137 f.

⁴¹ Krav får ställas beträffande leverantörs ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt ekonomiska och finansiella ställning. Se 6 kap. och 11 kap. LOU och LUF.

⁴² I förfrågningsunderlaget skall den upphandlande myndigheten ange vilken utvärderingsgrund som kommer att användas vid utvärderingen. De utvärderingsgrunder som kan väljas är antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller det anbud som har lägst pris. Se 12 kap. 1 § och 15 kap. 16 § LOU och LUF.

⁴³ För upphandlingar som överstiger tröskelvärdena skall annonsering ske i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EUT) och, till denna, knutna databasen TED (Tenders Electronic Daily). Se 7 kap. 1 § LOU och LUF och Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. För upphandlingar som är undantagna direktiven, främst upphandlingar under tröskelvärdena, skall annonsering ske i allmänt tillgänglig elektronisk databas. Se 15 kap. 4 § LOU och LUF.

⁴⁴ Anbudsgivare är inte längre definierat i upphandlingslagarna. Jmf dock med 1 kap.5 § gamla LOU ("den som lämnar anbud").

⁴⁵ Med anbudssökande avses enligt 2 kap. 1 § LOU och LUF en som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande eller i ett urvalsförfarande enligt 15 kap.

⁴⁶ För mer ingående läsning om upphandlingsprocessen se Prop. 2006/07:128 s. 130.

Grunden för en effektiv och konkurrensutsatt upphandling ligger till stor del i annonseringen av upphandlingen och offentliggörandet. Anledningen till detta är att reglerna lagfäster den grundläggande och gemenskapsrättsliga principen om transparens, det vill säga förutsägbarhet och öppenhet. För att få tillstånd en effektiv och konkurrensutsatt upphandling på lika villkor är det också av största vikt att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna iakttas i all offentlig upphandling.

3.1.3 Översikt över lagarnas innehåll

LOU och LUF består av vardera sexton kapitel (jämfört med tidigare 7 kapitel i gamla LOU). De tio första kapitlen har gemensamma rubriker; lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.), definitioner (2 kap.), tröskelvärden (3 kap.), upphandlingsförfaranden (4 kap.), ramavtal (5 kap.), tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m. (6 kap.), annonsering av upphandling (7 kap.), tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (8 kap.), kommunikation, information och dokumentation (9 kap.), uteslutning av leverantörer (10 kap.)

Från och med kapitel 11 till och med kapitel 16 skiljer sig rubriceringen.

LOU: kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (11 kap.), tilldelning av kontrakt (12 kap.), byggkoncessioner (13 kap.), projekt-tävlingar på tjänsteområdet (14 kap.), upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.), överprövning och skadestånd m.m. (16 kap.).

LUF: kvalificering och urvalsbedömning (11 kap.), tilldelning av kontrakt (12 kap.), projekt-tävlingar på tjänsteområdet (13 kap.), anbud som omfattar varor med ursprung i tredje land (14 kap.), upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.), överprövning och skadestånd m.m. (16 kap.).

Till lagarna hör också flertalet bilagor med förteckningar över; byggnads-entreprenadkontrakt (bilaga 1), tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2), tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3) och definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4).

Till lagarna hör också tidigare nämnda förordningar och tillkännagivanden som angavs i kapitel 2.1.3.

3.2 Rättsmedel

Som tidigare nämnts har området för hur upphandlingar ska genomföras reglerats sedan en lång tid tillbaka i Sverige, men det var först genom gamla LOU som en materiell prövning av upphandlingsförfarandet i praktiken möjliggjordes.⁴⁷ Om procedurreglerna i LOU och LUF inte följs av de upp-

⁴⁷ I 16 § Upphandlingsförordningen (1986:266), som riktade sig till statliga myndigheter, angavs explicit att upphandlingsbeslut inte kunde överklagas. Upphandling av kommuner

handlande myndigheterna finns bestämmelser om så kallad överprövning och skadestånd. Bestämmelserna om rättsmedlen är även tillämpliga på upphandlingar under tröskelvärdena. Bestämmelserna bygger på separata EG-direktiv (ovan nämnda rättsmedelsdirektiv) och omfattar även upphandlingar utanför det direktivstyrda området.

Medlemsstaterna är skyldiga att se till att de upphandlande myndigheternas beslut kan prövas effektivt och skyndsamt.⁴⁸ Syftet med bestämmelserna enligt direktiven är att se till att procedurreglerna som framgår ur lagen efterlevs. Rättsmedelsdirektivens bestämmelser har införlivats i 16 kap. LOU och LUF (7 kap.). Där återfinns bestämmelser om de båda rättsmedlen överprövning och skadestånd.

I regeringskansliet pågår för närvarande ett arbete med införlivningen av det nya rättsmedelsdirektiv som beslutades den 15 november 2007 och publicerades den 20 december 2007. Innebörden av det nya rättsmedelsdirektivet beskrivs kortfattat i kapitel 7.3.2

3.2.1 Överprövning

Överprövning är ett förvaltningsrättsligt rättsmedel som inte återfinns inom andra rättsområden. Trots att det rör sig om en förvaltningsrättslig prövning berör prövningen affärsrelationer och i stort är det kommersiella aktörer som är parter i själva överprövningen. Överprövning innebär att en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör, kan fatta vissa beslut om en upphandlings fortsatta gång.⁴⁹ En överprövning kan ske av en pågående upphandling och av samtliga beslut som fattas av en upphandlande myndighet under upphandlingsprocessen. Domstolen fattar inget upphandlingsbeslut i den upphandlande myndighetens ställe. Syftet med institutet överprövning är att kunna angripa och rätta till en ”feltillämpning” av lagarna på ett så tidigt stadium som möjligt.⁵⁰

En leverantör, som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande myndighet brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling eller någon annan bestämmelse i upphandlingslagarna, får ansöka om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol i enlighet med 16 kap. 1 § LOU och LUF (7 kap. 1 §). Paragrafen anger följaktligen gränserna för vilka som har talerätt i ett överprövningsmål. Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggnadsentreprenader.⁵¹ Leverantörsbegreppet är mycket vidsträckt. Detta för att även leverantörer som inte haft möjlighet att lämna

och landsting kunde dock överklagas med stöd av kommunallagen (1990:900) och laglighetsprövning.

⁴⁸ Prop. 2006/07:128 s. 163. Se även i respektive rättsmedelsdirektivs preambel samt klassiska rättsmedelsdirektivet artikel 82 och rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna artikel 72.

⁴⁹ Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken (2004) s. 163.

⁵⁰ Prop. 1992/93:88 s. 101.

⁵¹ 2 kap. 11 § LOU och LUF (1 kap. 5§).

anbud skall ha möjlighet att begära överprövning. Det omfattande leverantörsbegreppet medför att även potentiella leverantörer kan ansöka om överprövning.⁵² Upphandlingslagarna möjliggör också att leverantörer utanför EU och EES-området, genom GPA-avtalet inom ramen för Världshandelsorganisationen, har samma möjligheter att få sin talan prövad.

Länsrätten, som är första instans, kan enligt 16 kap. 2 § LOU och LUF, besluta att en felaktig upphandling skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Domstolen har enligt bestämmelsen att avgöra (oberoende av yrkandets utformning) vilken av de båda åtgärderna som är lämpligast. Om den mindre ingripande åtgärden, rättelse, skall tillämpas, måste hänsyn tas till om det fel som förekommit påverkat upphandlingens konkurrenssökande skede. Om det inte gjorts det kan det vara tillräckligt att enbart utdöma rättelse.⁵³ Enligt 16 kap. 2 § andra stycket LOU och LUF (7 kap. 2 § andra stycket) får domstolen omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats. Domstolen kan avstå ifrån ett sådant interimistiskt beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra bedöms vara större än skadan för leverantören.⁵⁴ Länsrättsdom kan överklagas till kammarrätten. Sista instans är Regeringsrätten. Överprövning i såväl kammarrätt som Regeringsrätt kräver prövningstillstånd för att ett mål ska tas upp till prövning.⁵⁵

3.2.2 Skadestånd

Det andra rättsmedlet vid offentlig upphandling är skadestånd. Enligt 16 kap. 5 § LOU 16 kap. 6 § LUF (7 kap. 6 §) skall en upphandlande myndighet, som inte följt bestämmelserna i upphandlingslagarna ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Talan om skadestånd skall, i motsats till överprövning, väckas i allmän domstol. Preskriptionstiden för skadestånd är ett år från och med den dag då kontrakt gällande upphandlingen slöts.⁵⁶

3.2.3 Tillsynsmyndighet

Konkurrensverket är sedan den 1 september 2007 tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen.⁵⁷ Konkurrensverket har enbart en möjlighet att utöva granskning över upphandlingen och har i nuläget inte tilldelats några sanktionsmöjligheter. Tillsynsmyndighetens huvuduppgifter utgörs i

⁵² Enbart enskilda leverantörer har möjlighet att begära överprövning av en offentlig upphandling i Sverige eftersom vare sig branschorganisationer, tillsynsmyndigheten eller dylikt har talerätt. I Danmark har däremot ett 50-tal organisationer talerätt.

⁵³ RÅ 2005 ref. 47.

⁵⁴ Se även Prop. 2001/02:142 s. 27.

⁵⁵ Enligt uppgift från Hans Sylvén medför de långa överprövningstiderna stora kostnader för samhället. Detta trots att upphandlingsmål är prioriterade mål i de allmänna förvaltningsdomstolarna.

⁵⁶ Se 16 kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF (7 kap. 8 §).

⁵⁷ Detta efter att den tidigare tillsynsmyndigheten, NOU, upphört med sin verksamhet och Konkurrensverket övertagit rollen som tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen.

stället av att informera om upphandlingslagarna, följa rättsutvecklingen och granska allmänt eller principiellt viktiga ärenden.⁵⁸

⁵⁸ Med anledning av de nya rättsmedelsdirektivens förmodade ikraftträdande den 1 januari 2010 kommer Konkurrensverket som tillsynsmyndighet sannolikt att få mer kraftfulla rättsmedel som talerätt m.m.

4 Offentlighetsrättsligt perspektiv på avtalsslutande inom offentlig upphandling

4.1 Avslutande och slutande av kontrakt i offentlig upphandling

För att förstå bakgrunden till uppkomsten av frågan om ett tilldelningsbeslut verkan som accept, beskrivs i detta kapitel först förutsättningarna för att avsluta en upphandling, för att sedan sätta detta i kontrast till hur avtal sluts enligt avtalslagen. Man bör hålla isär att det å ena sidan rör sig om förutsättningen för att kunna avsluta en upphandling och därmed förhindra vidare prövning av upphandlingsprocessen och beslutet om vem som tilldelas upphandlingen, och å andra sidan förutsättningarna för när parterna i en upphandling är avtalsrättsligt bundna till varandra.

I detta kapitel beskrivs först förutsättningarna för att avsluta en upphandling. Härutöver redogörs för EG-domstolens dom i Alcatel-målet, som förändrade förutsättningarna för att ingå avtal och gav upphov till uppsatsproblematiken. Avslutningsvis beskrivs de konsekvenser som följde av lagändringarna. Förutsättningarna för att sluta avtal enligt avtalslagen beskrivs i kapitel 6.

För att beskriva hur kontrakt är tänkt att ingås inom rättsområdet för offentlig upphandling kommer även i kapitel 4.2.1 och 4.2.2 att redogöras för begreppen tilldelningsbeslut och kontrakt som är centrala begrepp i upphandlingslagarna och för uppsatsen.

4.1.1 Utgångspunkt

Den offentliga upphandlingen kan sägas vara uppdelad i en upphandlingsrättslig (offentlighetsrättslig) del och en civilrättslig del. Förfarandereglerna i upphandlingslagarna styr formerna för hur en upphandling skall genomföras och avslutas medan den allmänna civilrätten reglerar formerna för hur avtal om en upphandling sluts. Det upphandlingsrättsliga regelverket innehåller i princip inga civilrättsliga bestämmelser och anger inte när avtalsrättslig bundenhet uppstår mellan parterna. Regelverken anger bara förutsättningarna för att en offentlig upphandling skall kunna avslutas och därmed inte längre kunna prövas av en förvaltningsdomstol på begäran av en annan leverantör. Avtalslagen reglerar avtalsslutet och förutsättningarna för bundenhet mellan avtalsparterna i en offentlig upphandling.

4.2 Formerna för att ingå kontrakt och avsluta en upphandling

Sättet att genomföra, formerna för att avsluta och ingå kontrakt gällande en upphandling skiljer sig från de traditionella formerna för avtal. I en upphandling är det anbudsgivaren eller anbudssökanden (leverantören) som utformar anbudet som måste vara i överrensstämmelse med myndighetens krav enligt anbudsförfrågan (förfrågningsunderlaget). I annat fall får inte en leverantör delta i en upphandling. Detta för att uppfylla krav på likabehandling.⁵⁹ Flera anbud från olika leverantörer lämnas oftast i en upphandling. Den upphandlande myndigheten ska i ett slutet förfarande pröva samtliga anbud (anbudsutvärdering) som inte uteslutits vid en leverantörskvalificering⁶⁰ eller inte blivit utvalda att få lämna anbud. Myndigheten är också skyldig att hålla isär kraven på kvalificering i upphandlingen och de krav som syftar till att fastställa anbud med lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁶¹

Avtalslagen är, som framgår ovan, tillämplig på avtalsslutande inom den offentliga upphandlingen. Den avtalsfrihet som präglar och utgör grunden för avtalslagen, råder dock inte helt obegränsat inom upphandlingsrätten. Möjligheten att reglera formerna och innehållet i avtalet begränsas av de förfaranderegler och regler om avtalsslut som upphandlingslagstiftningen anger. Upphandlingslagarna begränsar bland annat möjligheterna för en upphandlande myndighet att ingå avtal med den som den upphandlande myndigheten önskar. Den upphandlande myndigheten måste i stället följa procedurregler som syftar till att den leverantör skall väljas som kan erbjuda lägsta pris eller har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁶²

4.2.1 Tilldelningsbeslut

Tilldelningsbeslutet föregår det skriftliga kontraktet och är den upphandlande myndighetens beslut till anbudsgivare och anbudssökande om att tilldela en viss anbudsgivare (leverantör) ett kontrakt på grund av resultaten i anbudsutvärderingen. Tilldelningsbeslutet innehåller därmed den upphandlande myndighetens beslut att anta en viss leverantörs anbud.⁶³ Tilldelningsbeslutet utpekar alltså vilken av anbudsgivarna som den upphandlande myndigheten ämnar skriva kontrakt med. Formkrav för att underrätta anbudssökanden och anbudsgivare om beslut finns i 9 kap. 9 § upphandlingslagarna och beskrivs nedan i kapitel 4.4.2.

⁵⁹ Se Mål C-243/89, ”Stora Bältnålet”.

⁶⁰ Ramberg och Ramberg, (2003) s. 55.

⁶¹ Se Mål C-532/06.

⁶² 12 kap. 1 § och 15 kap. 16 § LOU och LUF (1 kap. 22§).

⁶³ Prop. 2001/02:142 s. 52.

4.2.2 Kontrakt

Det avtal som en upphandlande myndighet ingår efter ett upphandlingsförfarande genomförs benämns ”kontrakt” (eller vanligen benämnt ”upphandlingskontrakt”). Med kontrakt i upphandlingsrättslig mening avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.⁶⁴

Kontraktet som ingås är ett avtal i civilrättslig mening. Kontrakt som ingås inom ramen för upphandling skiljer sig också, som beskrivits ovan, från vanliga avtalsrättsliga regler på så vis att det krävs att avtalet undertecknas eller signeras genom elektronisk signatur av både den upphandlande myndigheten och den utvalda leverantören. För att utgöra ett kontrakt med ekonomiska villkor måste det finnas en motprestation av något slag.⁶⁵ Benefika förvärv omfattas därför inte av upphandlingslagarnas definition och kan inte utgöra ett kontrakt i lagarnas mening. Detta eftersom upphandling, består i att upphandlande myndigheter ingår avtal om anskaffning som köp, hyra, byte och andra förvärv. Kontraktets funktion är helt enkelt att sammanfatta och dokumentera överenskommelsen ifråga samt fungera som styrmedel och kontrollinstrument för att säkerställa att leverantören fullgör sina åtaganden.⁶⁶

4.2.2.1 Skriftlighetskravet

I lagarna uppställs alltså krav på att avtalet skall vara skriftligt⁶⁷ och undertecknat. Trots kravet på skriftlighet utgör kontraktet inget formalavtal med specifika formkrav för giltighet.⁶⁸ Detta skulle inte bara stå i strid med motiven till upphandlingslagarna utan också innebära att ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening skulle vara undantaget från avtalslagens regler om slutande av avtal.⁶⁹

⁶⁴ 2 kap 10 § i LOU och LUF. Begreppet kontrakt ersätter begreppet upphandlingskontrakt i 1 kap. 5 § gamla LOU. Någon ändring av innebörden är inte avsedd och lagändringen innebär ingen skillnad i sak. Se Prop. 2006/07: 128 s. 302.

⁶⁵ Kravet på att avtalen skall vara undertecknade infördes med motiveringen att det är viktigt ur bevissynpunkt att parternas åtaganden klarlagts och att det är tydligare för tredje man att urskilja tidpunkten för avtalet ingående. Se Prop. 2001/02:142 s. 69.

⁶⁶ Hallgren, Hilborn, Sandström, Kommunala driftsentreprenader (2001) s. 253.

⁶⁷ Skriftlighetsbegreppet definieras inte i upphandlingslagarna, men definitioner återfinns i direktiven se Art 1 (12).

⁶⁸ Prop. 2001/02:142 s. 73 f.

⁶⁹ 1 kap. 1 § tredje stycket AvtL.

I RÅ 1996 ref 50⁷⁰ fastställdes att en upphandling avslutas med ett ”upphandlingskontrakt” och därmed ett särskilt avtal. I propositionen diskuterades mot bakgrund av domen om ett upphandlingskontrakt skulle anses vara ett formalavtal. I motsats till utredningens förslag⁷¹ framkom att rättsfallet inte innebär att kontrakt i upphandlingsrättslig mening utgör ett formalavtal.⁷² Det ansågs tillräckligt att i regelverket tydliggöra att en upphandling inte är avslutad förrän leverantörerna fått en reell möjlighet till överprövning av ett tilldelningsbeslut.⁷³ Slutande av avtal om upphandling faller därmed inom ramen för avtalslagens tillämpningsområde.

4.3 Slutande av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen

Tidpunkten för ingåendet av ett kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen sammanfaller med tidpunkten då en allmän förvaltningsdomstol inte längre kan pröva en ansökan om åtgärder mot ett beslut av en upphandlande myndighet under en pågående upphandling. Därmed har kontraktet i en upphandling främst den funktionen att det fastställer när överprövning inte längre är möjlig och en upphandling är avslutad.

Formerna för att avsluta en offentlig upphandling och ingå avtal ändrades väsentligt på grund av EG-domstolens uttolkning av rättsmedelsdirektiven i målet Alcatel.⁷⁴ Nedan redogörs först för hur bestämmelserna om avtalslutande såg ut före lagändringen, därefter beskrivs Alcatel-målet. Slutligen redogörs för gällande rätt avseende avslutande av offentliga upphandlingar.

4.3.1 Tidigare reglering

Enligt 7 kap. 1 § andra stycket i gamla LOU gällde att överprövning inte kunde ske efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slutats. Ett kontrakt fick ingås och avtal kunde slutas samma dag som tilldelningsbeslutet meddelades. Regleringen innebar att avtalslutandet som oftast sammanföll med tilldelningen av kontraktet och kommunikationen av tilldelningsbeslutet till leverantören. Detta innebar i praktiken att alla beslut under upphandlingsprocessen kunde bli föremål för överprövning men bara fram till den tidpunkt då beslut om leverantör hade fattats.⁷⁵ En upphandlande myndighet

⁷⁰ I RÅ 1996 ref. 50 Vari Regeringsrätten tillämpade direktivbestämmelserna avseende frågan om den tid inom vilken överprövning kan ske. Enligt propositionen innebar rättsfallet enbart att en upphandling avslutas med ett upphandlingskontrakt, men att Regeringsrätten ”knappast tog ställning till den civilrättsliga bundenheten mellan parterna”. Enligt propositionen kunde man därmed inte dra någon klar slutats om vad som gäller avtalsbundenheten mellan parterna. Jfr Prop. 2001/02:142 s.74.

⁷¹ SOU 2001:31 se kap. 10.

⁷² Jfr Prop. 2001/02:142 s. 74.

⁷³ Prop. 2001/02:142 s. 71 ff.

⁷⁴ Mål C-81/98, Alcatel.

⁷⁵ Det fanns förutsättningar för att leverantörer skulle kunna ta del av anbudet efter att tilldelningsbeslutet meddelats och innan avtal slöts, men det var upp till respektive upp-

hade inte heller någon skyldighet att informera förlorande anbudsgivare om sitt beslut. Möjligheterna för leverantörerna att begära överprövning var därmed ytterst begränsad eftersom de leverantörer som inte tilldelades kontraktet inte fick del av beslutet förrän kontraktet var undertecknat och avtal slutet. Den absoluta anbudssekretessen förhindrar också insyn i pågående offentliga upphandlingar.⁷⁶

4.3.2 Alcatel-målet

I EG-domstolens dom i målet Alcatel⁷⁷ uttolkades de nu gällande rättsmedelsdirektiven. I målet hade ett kontrakt rörande en upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten tilldelats och ingåtts under samma dag, vilket innebar att de övriga anbudsgivarnas ansökan om överprövning avslogs.⁷⁸ I den nationella, österrikiska lagstiftningen om offentlig upphandling gjordes ingen skillnad mellan en civilrättslig och en offentligrättslig del, vilket precis som i Sverige, gjorde det möjligt att ingå kontrakt samma dag som beslut meddelades. Detta resulterade i att den avtalsrättsliga relationen mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren uppstod vid den tidpunkt vid vilken anbudsgivaren fick kännedom om att hans anbud antogs.⁷⁹ Konsekvensen av lagstiftningen blev att det interna beslutet om vem som skall tilldelas kontraktet inte kom övriga anbudsgivare till del. Därför framstod det för tredje man så som att beslutet om tilldelningen av kontraktet och ingåendet av detsamma sammanföll. Detta medförde att beslutet om vem som skulle tilldelas kontraktet inte i praktiken kunde angripas.⁸⁰

EG-domstolen framhöll att syftet med det klassiska rättsmedelsdirektivet är att ”förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att upphandlingsdirektiven verkligen tillämpas”, ”särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till”.⁸¹ EG-domstolen konstaterade att det skall göras en åtskillnad mellan stadiet innan ett ”upphandlingskontrakt” upprättats och tiden efter.⁸² De åtgärder som ett prövningsorgan kan göra gällande i stadiet innan en upphandling är avslutad är att undanröja olagliga beslut och interimistiskt besluta att en upphandling inte får avslutas. Med dessa åtgärder avses att åstadkomma rättelse och korrigera begångna överträdelser på ett tidigt stadium och förhindra ytterligare skada. I stadiet efter det att upphandlingen är avslutad begränsas möjligheterna till att den upphandlande myndigheten kan tvingas att utge ersättning till den som lidit skada med anledning av överträdelserna. I stadiet innan fattas dessutom upphandlingens viktigaste beslut, det vill säga tilldelningsbeslutet.

handlande myndigheter att välja om anbudet skulle offentliggöras. Se Prop. 2001/02:142 s. 53.

⁷⁶ Jfr 6 kap. 2 § SekrL. Absolut sekretess innebär att uppgifter ur anbudsansökningar och anbud inte får lämnas ut under upphandlingsprocessen till annan än den som har lämnat anbudet eller ansökan.

⁷⁷ Mål C-81/98, Alcatel.

⁷⁸ Mål C-81/98 Se punkt 14 och 15.

⁷⁹ Mål C-81/98 Se punkt 20.

⁸⁰ Mål C-81/98 Se punkt 21.

⁸¹ Mål C-81/98 Se punkt 33.

⁸² Mål C-81/98 Se punkt 37.

EG-domstolen slog fast att medlemsstaterna i samtliga fall, och innan kontrakt ingås, är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka ett undanröjande av den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut. Detta oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet väl ingåtts.⁸³

4.4 Tidpunkt då kontrakt ingås, upphandlingar avslutas och överprövningsmöjligheterna upphör

Domstolen fann i Alcatel-domen, att upphandlingsdirektiven innebar en skyldighet för medlemsstaterna att tillhandahålla ett prövningsförfarande så att en leverantör kan undanröja även tilldelningsbeslutet (ett tilldelningsbeslut är nämligen inte upphandlingsrättsligt bindande) och därmed beslutet om vem som tilldelas kontraktet.⁸⁴ För svenska förhållanden medförde Alcatel-domen ändringar i den dåvarande upphandlingslagen för att den svenska lagstiftningen skulle överensstämma med de krav som rättsmedelsdirektiven uppställde enligt EG-domstolens dom. Lagstiftningen kompletterades med ytterligare bestämmelser i 7 kap. gamla LOU (numera 16 kap. i LOU och LUF) den 1 juli 2002. Anledningen till de senare ändringarna är att överprövning alltid skall kunna ske fram till dess att ett kontrakt föreligger och alltid inom minst tio dagar efter det att tilldelningsbesked meddelats.

Två viktiga ändringar trädde därmed i kraft, dels infördes en ökad upplysningsskyldighet för de upphandlande myndigheterna och dels en tiodagarsfrist för att förlänga den tidsperiod som en leverantör kan begära överprövning efter det att tilldelningsbeslutet fattats. Den utökade överprövningsmöjligheten infördes för att inte tillintetgöra den utökade upplysningsskyldigheten.⁸⁵

⁸³ Mål C-81/98 p. 43 se även Prop. 2001/2002:142 s. 78.

⁸⁴ EG-domstolens dom i Alcatel-målet med åtföljande lagändringar i gamla LOU har fått mycket stor betydelse vad gäller både anbudsgivares (leverantörers) tillgång till effektiva rättsmedel samt haft en revolutionerande inverkan på antalet överprövningsmål i Sverige. Före införandet av lagändringarna avgjordes ca 60-70 mål om året i jämförelse med de cirka 1500 överprövningsmål som nu tas upp till prövning per år. Se NOU info-mars 05 och NOU info mars -07 innehållande Domstolsverkets statistisk gällande antalet mål om överprövning enligt LOU i de allmänna förvaltningsdomstolarna.

⁸⁵ Direktupphandlingar är ett upphandlingsförfarande och definieras som ”förfarande utan krav på anbud” (2 kap. 23 § LOU 2 kap. 26 § LUF). Direktupphandlingar får användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU och LUF. Förfarandet omfattas inte av procedurreglerna och därmed omfattas inte heller av reglerna om tiodagarsfristen m.m. En ansökan om överprövning av direktupphandling får därmed inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen och upphandlingen avslutas i samband med att ett tilldelningsbeslut meddelas (16 kap. 1 § andra stycket i LOU och LUF). Därmed berörs inte detta upphandlingsförfarande av uppsattsproblematiken.

Syftet med bestämmelserna var alltså att förbättra möjligheterna för en leverantör att begära överprövning av tilldelningsbeslutet och därmed beslutet om vem den upphandlande myndigheten har för avsikt att sluta kontrakt med. Offentlig upphandling avslutas till följd av detta genom att ett skriftligt och undertecknat kontrakt upprättas mellan en upphandlande myndighet och en eller flera leverantörer i enlighet med upphandlingslagstiftningen efter att en tiodagarsfrist löpt ut sedan tilldelningsbeslut meddelats. När en upphandling är avslutad i enlighet med upphandlingslagarna är överprövningsmöjligheterna uttömda. Då kan en förvaltningsdomstol inte längre pröva en ansökan om överprövning utan måste avskriva målet.

4.4.1 Tiodagarfristen

Enligt den nu gällande lydelsen av 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF (7 kap. 1 § tredje stycket) får en ansökan om överprövning inte prövas efter den tidpunkt då ett kontrakt föreligger. I samma stycke medges dock att en upphandling efter lagändringen får prövas fram till tio dagar från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till övriga leverantörer i enlighet med 9 kap. 9 § LOU och LUF (1 kap. 28 §) eller rätten, om den fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av betydelse för beräkningen är att det är dagen efter att leverantörer under rättats som är den första dag som ska räknas in i tiodagarfristen.⁸⁶ Den så kallade söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid är inte tillämplig på tiodagarfristen i 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF (7 kap. 1 § tredje stycket). Detta får till följd att om tiodagarfristens sista dag infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton förlängs fristen inte till närmaste vardag.⁸⁷

Det ska dock klarläggas att det inte är förbjudet att sluta avtal innan tiodagarfristen löpt ut. Tiodagarfristen utgör enbart en processrättslig preklusionsfrist som är avgörande för när en upphandling kan avslutas och därmed hur länge en överprövning kan ske.

4.4.2 Underrättelse om beslut

I samband införandet av de ökade möjligheterna att begära överprövning enligt 16 kap. 1-2 § LOU och LUF (7 kap. 1 §) infördes också en utökad upplysningsskyldighet. En upphandlande myndighet skall snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena eller anbudsgivarna (inberäknat den vinnande leverantören) om de beslut som fattas gällande att sluta ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt (och därmed vilken leverantör som den ämnar

⁸⁶ Prop. 2001/02:142 s. 101.

⁸⁷ Enligt RÅ 2007 ref. 28 är den så kallade söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid inte tillämplig på tiodagarfristen i 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF.

ingå avtal med) och om skälen för beslutet.⁸⁸ I propositionen föreskrivs att underrättelsen skall lämnas ”i snar anslutning till att tilldelningsbeslut fattas”⁸⁹ Syftet med bestämmelsen är att en leverantör bättre ska kunna ta tillvara sin rätt att ansöka om överprövning. Det är därför viktigt att upphandlande myndigheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett tydligt sätt så att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för beslutet att anta ett visst anbud.

Upplysningsskyldigheten gäller vid all upphandling som sker enligt upphandlingslagarna. Skyldigheten förutsätter att utformningen av innehållet i underrättelsen är identisk och lämnas samtidigt. Detta för att uppfylla lika-behandlingsprincipen. Det får dock inte röra sig om allt för triviala och intetsägande uppgifter såsom till exempel att det bästa anbudet har vunnit.⁹⁰ Betydelsefullt i sammanhanget är att tiodagarsfristen räknas från det att den upphandlande myndigheten lämnat denna underrättelse till samtliga anbudssökanden och anbudsgivare. Om så inte sker börjar inte tiodagarsfristen löpa. Detta innebär att om myndigheten inte fullföljer sin upplysningsskyldighet föreligger det ett absolut hinder för att avsluta upphandlingen.⁹¹ Att notera är att fram till den tidpunkt då tilldelningsbeslut fattas råder absolut anbudsssekretess.

En utökad informationsskyldighet återfinns i 9 kap. 10 § (1 kap. 27 §) LOU och LUF, där en upphandlande myndighet på begäran skall lämna information om skälen för att en leverantörs ansökan avslagits eller anbud förkastats.⁹² Det kan alltså gälla information om beslut som ligger före tilldelningsbeslutet.

4.4.3 Anbudsgivares bundenhet till anbud

En ytterligare lagändring som infördes med anledning av Alcatel-målet är den civilrättsliga bestämmelsen i 9 kap. 11 § andra stycket och 15 kap. 19 § andra stycket LOU och LUF (1 kap 19 a § och 6 kap. 5§ b). Bestämmelsen som infördes i syfte att förtydliga att en förlorande anbudsgivare är bunden av sitt anbud vid upphandling. Detta gäller oavsett om anbudsgivaren får del av tilldelningsbeslutet och underrättelsen om att en annan leverantör kommer att tilldelas kontraktet.⁹³

4.4.4 Kommentar

Bestämmelserna rörande tillgängliga rättsmedel reviderades med anledning av att den svenska lagtexten inte ansågs förenlig med upphandlingsdirektiven och Alcatel-domen. Anledningen till detta var att de svenska reglerna,

⁸⁸ 9 kap. 9 § första stycket och 15 kap. 19 § LOU och LUF (1 kap 28 §).

⁸⁹ Prop. 2001/02:142 s. 60.

⁹⁰ Prop. 2001/02:142 s. 96 f.

⁹¹ Prop. 2001/02:142 s. 101ff.

⁹² Den första underrättelsen skall alltså ske ex officio, medan den utökade informationen lämnas på begäran.

⁹³ Prop. 2001/02:142 s. 95.

liksom de österrikiska som prövades i Alcatel-domen, innebär att tilldelningsbeslutet och avtalsslutet i praktiken sammanföll. Lagstiftaren flyttade således fram tidpunkten för en upphandlings avslutande.⁹⁴ För att en anbudsgivare skall ha en reell möjlighet att få ett tilldelningsbeslut överprövat måste upphandlingen avslutas vid en senare tidpunkt än vid den då myndigheten fattar beslut om tilldelning av kontrakt.⁹⁵ Sammanfattningsvis förbättrades de gällande reglerna möjligheterna för leverantörerna att klaga på en upphandling genom att tidpunkten för när en upphandling avslutas (och därmed när en överprövning inte längre kan ske) flyttades fram.

En upphandling får enligt gällande rätt, inte avslutas förrän tio dagar gått från det att tilldelningsbeslutet meddelades och myndigheten lämnat tillräckliga upplysningar om beslutet. En upphandling avslutas därefter med att ett kontrakt ingås med den leverantör som vunnit upphandlingen. Överprövning är alltså enligt gällande rätt möjlig fram till dess att kontrakt är ingått och att den så kallade tiodagarsfristen löpt ut sedan tilldelningsbeslutet lämnats.

En leverantör kan ansöka om överprövning under hela upphandlingsprocessen, men enbart fram till det att upphandlingen avslutats. Om myndigheten inte tecknar avtal efter tiodagarsfristen är upphandlingen fortfarande pågående och överprövning kan således fortfarande ske. Detta innebär att överprövning kan ske även om till exempel det förflutit en månad sedan tilldelningsbeslutet meddelades under förutsättning att kontrakt ännu inte tecknats. När en upphandling är avslutad återstår bara möjligheten att föra talan om skadestånd mot den upphandlade myndigheten vid allmän domstol.⁹⁶

4.5 Konsekvenser av lagändringarna

Bakgrunden till frågeställningen gällande ett tilldelningsbesluts civilrättsliga verkan har sitt ursprung i lagändringarna som föranleddes av EG-domstolens dom i Alcatel-målet. Lagändringarna som följde förändrade tidsperioden för hur länge en ansökan om överprövning kan prövas och gav förutsättningar för att även ett tilldelningsbeslut skall kunna överprövas. Till följd av detta förändrades väsentligen förutsättningarna för när avtal sluts mellan parterna i en offentlig upphandling.

Före lagändringarna som föranleddes av EG-domstolens dom i Alcatel-målet sammanföll meddelandet om tilldelningsbeslut och avtalsslutet i praktiken med varandra. Detta bidrog också till att ett tilldelningsbeslut i princip inte kunde överprövas. Lagändringarna kom att skapa en skillnad mellan avtalsslutande enligt upphandlingslagen och avtalsslutande enligt avtalslagen. Enligt upphandlingslagstiftningen sluts ett kontrakt genom att parterna undertecknar avtalet efter att tilldelningsbeslut meddelats och en tiodagarsfrist löpt ut. Avtalsrätten utgår i stället från bland annat löftesprincipen och

⁹⁴ Prop. 1996/97:153 s. 54 och 73, ändring med anledning av RÅ 1996 ref. 50.

⁹⁵ Jfr Prop. 2001/02:142 s. 75.

⁹⁶ 7 kap. 1 § LOU se även Prop. 2001/02:142 s. 71 .

huvudregeln om när avtal uppstår, vilket skulle kunna leda till att kommunicerande av tilldelningsbeslutet skulle kunna utgöra en avtalsrättslig accept.

En konsekvens av lagändringarna och ett tilldelningsbesluts eventuella verkan som accept är att en upphandlande myndighet kan vara civilrättsligt bunden av ett avtal, trots att överprövningsmöjligheter av tilldelningsbeslutet kvarstår. Detta kan få till följd att om en förvaltningsdomstol förelägger en upphandlande myndighet att rätta eller göra om en upphandling (om fel leverantör tilldelats kontraktet) att myndigheten kan vara civilrättsligt bunden gentemot en anbudsgivare och samtidigt har en skyldighet att rätta eller göra om upphandlingen och eventuellt teckna kontrakt med en annan leverantör. En domstol får nämligen överpröva en upphandling trots att ett civilrättsligt avtal föreligger.⁹⁷ Även i RÅ 2005 ref 17 stadgas att omständigheten att parterna ingått ett civilrättsligt avtal inte har betydelse för den inledda överprövningsprocessen. Det spelar heller ingen roll om avtalet ingåtts i strid med en förvaltningsdomstols dom, exempelvis ett interimistiskt beslut.

Skyldigheten att rätta eller göra om upphandlingen kan medföra att det civilrättsliga avtalet måste hävas och myndigheten blir ådrar sig en skadeståndsskyldighet. Därutöver kan myndigheten få väsentliga problem i verksamheten om bland annat varor och tjänster som skulle upphandlas uteblir.

4.5.1 Kommentar

Med anledning av införandet av EG-domstolens dom i Alcatel-målet i svensk rätt finns det, om tilldelningsbeslutet kan anses vara en avtalsrättslig accept, en risk att ett civilrättsligt avtal ha uppstått redan i samband med meddelandet av tilldelningsbeslutet.⁹⁸ Det finns därmed en teoretisk möjlighet att en upphandlande myndighet ingår bindande avtal olika anbudsgivare (leverantörer) vid olika tidpunkter.

Bundenheten som följer av det civilrättsliga avtalet är dock skild från rättsverkan (bundenheten) som uppstår genom avtalsslutande i enlighet med upphandlingslagarna. För att en upphandling ska avses avslutad krävs att förutsättningarna för att avsluta en upphandling som anges i upphandlingslagarna är uppfyllda och att bl.a. att ett skriftligt kontrakt ingåtts. Ett civilrättsligt avtal kan inte anses utgöra ett upphandlingskontrakt och därmed inte avsluta en upphandling. Till exempel kan ett skriftligt anbud från en leverantör som åtföljs av en accept (tilldelningsbeslut) från den upphandlande myndigheten inte utgöra ett upphandlingskontrakt i upphandlingslagarnas mening.

⁹⁷ RÅ 2005 ref 10 (Ett avtal som en upphandlande enhet ingått utan att ha iakttagit sin skyldighet att tillämpa lagen om offentlig upphandling har inte utgjort hinder för överprövning) se även Prop. 2001/02:142 s. 78.

⁹⁸ Däremot torde det inte kunna vara på det sättet, som tidigare argumenterats för, att EG-domstolen i sin dom utgått från kontraktsprincipen. Detta skulle inte innebära någon skillnad i sak eftersom kontraktsprincipen utgår ifrån att anbudet blir bindande först i och med att mottagaren accepterar det. Detta innebär att parterna skulle kunna vara bundna redan vid accepten (tilldelningsbeslutet).

I enlighet med resonemanget ovan skulle ett civilrättsligt bindande avtal avseende en upphandling kunna uppstå innan det finns förutsättningar för att avsluta en upphandling enligt upphandlingslagstiftningen. Nedan följer en genomgång av den rättspraxis gällande tilldelningsbeslutets verkan som accept som utvecklades efter lagändringarna.

5 Rättspraxis

Frågan om bindande avtal har uppkommit genom meddelande om tilldelningsbeslut har prövats i både förvaltningsdomstol och allmän domstol. I detta kapitel kommer att redogöras för rättspraxis gällande ett tilldelningsbesluts civilrättsliga verkan.

5.1 Förvaltningsdomstol

5.1.1 Kammarrätten i Göteborg, dom den 26 oktober 2005 i mål nr 1031-05

I domen, som avsåg en överprövning av Göteborgs kommuns upphandling av färdtjänstresor m.m. fattade den upphandlande myndigheten tilldelningsbeslutet två dagar innan anbudens giltighetstid löpte ut. Ett upphandlingskontrakt hann dock inte tecknas inom giltighetstiden. Klaganden menade att bindande avtal inte kunde ha uppstått genom tilldelningsbeslutet. Med anledning av att giltighetstiden för anbudet passerats kunde enligt klaganden inte heller ett giltigt kontrakt tecknas.

Länsrätten konstaterade att giltighetstiden för inkomna anbud hade löpt ut innan upphandlingen hunnit avslutas med kontrakt. Vid bedömningen utgick länsrätten från att upphandlingsprocessen är ett anbuds- och avtalsförfarande som baseras på grundläggande civilrättsliga principer. Länsrätten bedömde att det inte fanns bindande anbud då det aktuella kontraktet skulle ingås. Anbudet kunde därmed inte heller läggas till grund för ett bindande avtal. Länsrätten ansåg att upphandlingsprocessen inte kunde slutföras utan giltiga anbud och beslutade att upphandlingen skulle göras om.

Kammarrätten konstaterade att upphandlingslagarna är förfarandelagar som styr formerna för offentlig upphandling, men som inte reglerar frågan om när bindande avtal uppstår. Kammarrätten tog i sin bedömning i stället ledning av civilrättslig doktrin för att avgöra frågan om ett avtal om upphandlingen ingåtts. Kammarrätten anammade Rambergs och Rambergs ståndpunkt om att när ”leverantören får meddelande om att hans anbud antagits och därmed har avtal kommit till stånd”.⁹⁹ Kammarrätten fann därmed att giltigt avtal kommit till stånd genom att leverantören fått besked om att hans anbud antagits före utgången av anbudens giltighetstid. Kammarrätten upphäver länsrättens dom och återförvisar målet till länsrätten för prövning i sak. Domen överklagades till Regeringsrätten som inte meddelade prövningstillstånd.¹⁰⁰ Därmed står kammarrättens avgörande fast.

⁹⁹ Ramberg, Ramberg, (2003) Allmän avtalsrätt, s. 55.

¹⁰⁰ Regeringsrättens beslut, den 6 juli 2005 i mål nr 3420-05.

5.1.2 Regeringsrättens beslut, den 6 juli 2005 i mål nr 3420-05

Regeringsrätten meddelade inte prövningstillstånd i Kammarrättens i Göteborg dom i mål 1031-05. Däremot föregicks avslagsbeslutet av en föredragningspromemoria i vilken regeringsrättssekreteraren (föredraganden) diskuterar det aktuella rättsläget. Föredragningspromemorian tar upp ett par intressanta synpunkter för rättsfrågan och beskriver bakgrunden till beslutet att inte meddela prövningstillstånd.

Föredraganden i målet¹⁰¹ till Regeringsrättens avskrivningsbeslut delar inte Kammarrättens i Göteborgs uppfattning om att ett giltigt avtal ingåtts i och med meddelandet av tilldelningsbeskedet före utgången av anbudens giltighetstid. Detta strider enligt föredraganden mot ”den grundläggande systematiken i LOU”. Föredraganden finner det slutligen tveksamt om målet är av sådant principiellt intresse att ett ”uppsläpp” är motiverat.

5.1.2.1 Kommentar

Enligt min uppfattning är avtalslagen tillämplig på avtalsslut inom den offentliga upphandlingen och därmed även på dessa offentlighetsrättsliga avtal. Detta medför att huvudregeln om avtalsslut enligt avtalslagen skall tillämpas även på dessa avtal. Detta gäller enligt min mening även om det som föredraganden konstaterade, kan få vissa märkliga konsekvenser som strider emot de grundläggande tankarna med upphandlingslagarna. Avtalslagens tillämplighet på upphandlingen ger upphov till kollisioner mellan lagarna, vilket också är följderna av det ”rättsliga gränsland” som den offentliga upphandlingen befinner sig i.

5.1.3 Kammarrätten i Göteborg, dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05

I målet hade Region Skåne genomfört en upphandling av drivmedel för fordon. Den 26 oktober 2005 meddelades ett tilldelningsbeslut som innebar att anbud lämnade av Preem, Statoil och OKQ8 skulle antas. Shell som hade lämnat anbud i upphandlingen, men som av Region Skåne inte ansågs uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget fick inte del av något tilldelningsbeslut. Länsrätten ansåg att skäl funnits för att utesluta anbudet och Shell överklagade till kammarrätten för att erhålla ett interimistiskt beslut.

Kammarrätten upphävde länsrättens dom och förordnade i stället att upphandlingen fick avslutas först efter att rättelse gjorts. Vid avvägningen av vilken åtgärd som därmed skulle vidtas fastslog länsrätten att anbudens giltighetstid vid tidpunkten för överprövningen redan löpt ut. Med hänvisning till Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1031-05 konstaterade länsrätten att ”giltigt avtal kommit till stånd genom att leverantören fått meddelande om att hans anbud antagits”. I förevarande mål ansåg därför kammarrätten

¹⁰¹ Se föredragningspromemoria i mål nr 3420-05, upprättad den 3 mars 2004.

att tilldelningsbeslutet meddelades långt före utgången av anbudens giltighetstid och att bindande avtal därmed uppkommit. Vid ett sådant förhållande ansågs rättelse, i form av att Shells anbud skulle anses uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget och således fortsatt vara del i upphandlingen, vara tillräckligt och den mest lämpliga åtgärden, trots att anbudens giltighetstid löpt ut.

Målet överklagades till Regeringsrätten¹⁰², som meddelade prövningstillstånd. Målet som avskrevs av Regeringsrätten redovisas nedan. Därmed står kammarrättens dom fast.

5.1.4 Regeringsrättens beslut, den 11 februari 2008 i mål nr 2382-06

Region Skåne yrkade att Regeringsrätten skulle lämna Shells begäran om överprövning utan bifall och yrkade vidare att Regeringsrätten skulle fastställa kammarrättens dom som ogiltig. Shell bestred bifall till överklagandet och anförde att deras produkt är utbyttbar. Regeringsrätten konstaterar till en början att den gamla LOU upphört och sedan årsskiftet 2007/2008 ersatts med LOU. Enligt övergångsbestämmelserna är dock gamla LOU tillämplig på upphandlingen som påbörjades före ikraftträdandet.

Regeringsrätten tar först upp frågan om förutsättningarna för kammarrätten att överpröva upphandlingen på anförd sätt. Regeringsrätten erinrar om att ett interimistiskt beslut förelåg vid tidpunkten för kammarrättens bedömning. Därmed var kammarrätten tvungen att ta ställning till om upphandlingen skulle rättas eller göras om. I bedömningen hänvisar Regeringsrätten till ett tidigare Regeringsrättsavgörande, RÅ 2005 ref 47. Ur rättsfallet framgår att förutsättningen för att välja den minst ingripande åtgärden således är att det fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Detta har inte påståtts i fallet. Därutöver hade kammarrätten övervägt rättelse som lämplig åtgärd med hänsyn till att anbudens giltighetstid löpt ut. Kammarrätten fann dock att rättelse inte utgjorde något hinder eftersom Region Skåne ”antagit övriga anbud varigenom dessa fick anses ha giltighet”. Det förefaller därmed som att Kammarrätten utgår från att giltighetstiden är en civilrättslig fråga som får lösas mellan parterna. Regeringsrätten instämmer i kammarrättens bedömningar avseende förfarandet att överpröva upphandlingen samt val av åtgärd.

Av förfrågningsunderlaget framkom att upphandlingen skulle ligga till grund för ett ramavtal med giltighetstid från den 1 februari 2006 till och med den 31 januari 2008. Enligt Regeringsrätten kunde upphandlingen inte längre av denna anledning rättas eller göras om. Därav föranledde överklagandet ingen ytterligare åtgärd från Regeringsrätten som avskrev målet. Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 6589-05 står därmed fast.

¹⁰² Regeringsrättens beslut den 11 februari 2008 i mål nr 2382-06.

5.1.4.1 Regeringsrådet Nord's utveckling av talan

I och med Regeringsrättens avskrivningsbeslut tas ingen ställning till tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan i det formella Regeringsrättsbeslutet. Däremot utvecklar regeringsrådet Eskil Nord sin mening i ett separat protokoll till beslutet.

Nord anför att kommunicerandet av tilldelningsbeslutet och information om att vissa anbud kommer att antas, inte påverkar övriga leverantörers bundenhet till sitt anbud enligt 9 kap. 11 § och 15 kap. 19 § (1 kap. 19 a § och 6 kap. 5 b §). Vidare anför Nord att ”den omständigheten att ett civilrättsligt avtal kan uppkomma genom tilldelningsbeslutet har därmed inte någon upphandlingsrättslig betydelse för anbudsgivarna eftersom de är bundna av sina anbud under den tid som angetts i dessa.” Under förutsättning att lagarna och de grundläggande principerna iakttas, kan denna tid också förlängas”. Enligt Nord är frågan om anbudens giltighetstid ett civilrättsligt problem och en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna eller anbudssökandena.

5.1.4.2 Kommentarer

På grund av regeringsrådet Nord's auktoritativa ställning inom upphandlingsrätten, borde protokollet ha en viss vägledande verkan. I Nord's utveckling av talan bekräftas tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan som accept (trots om det inte sker i det formella avskrivningsbeslutet). Det kan spekuleras i anledningen till att ställningstagandet inte är del av själva avslagsbeslutet. Det skulle kunna vara så att Regeringsrätten inte såg någon anledning till att nämna det i avslagsbeslutet med anledning att det inte fanns något behov av vägledning i rättsfrågan. Vilken vikt man kan tillmäta detta uttalande är inte helt klart, men protokollet stöder resonemanget om ett tilldelningsbesluts verkan som accept och förmåga att grundlägga ett avtal.

5.2 Allmän domstol

5.2.1 Svea hovrätts beslut, den 15 augusti 2006 i mål Ö 2665-06

Svea hovrätt har i ett mål rörande en prövning av ett avvisningsyrkande i ett skadeståndsmål, låtit meddela att bindande avtal uppkommit genom kommunicerande av ett tilldelningsbeslut. Beslutet överklagades till Högsta domstolen som inte meddelade prövningstillstånd.¹⁰³

En statlig myndighet genomförde en upphandling av resetjänster och lämnade ett tilldelningsbeslut till det flygbolag den hade för avsikt att sluta avtal med. Ingen uttrycklig föreskrift fanns i meddelandet om att bindande avtal uppkommer först genom ett kontrakt. Ur en formulering i tilldelningsbeslutet framgick dock att myndigheten skulle översända undertecknat avtal om

¹⁰³ Högsta domstolen den 6 december 2007 i mål nr Ö 3770-06.

det under överprövningsfristen inte framkommer skäl för överprövning eller om upphandlingen blir föremål för överprövning.

Flygbolaget valde att inte underteckna det avtal som den upphandlande myndigheten skickat över för underskrift och hade inte längre för avsikt att ingå avtal. Den upphandlande myndigheten yrkade skadestånd i tingsrätten på grund av avtalsbrott varvid flygbolaget yrkade att käromålet skulle avvisas. Vid bedömningen om avtal träffats då flygbolaget fått del av den statliga myndighetens tilldelningsbeslut utgår tingsrätten från ett uttalande i Prop. 2001/02:142. Ur de aktuella förarbetena framgår att allmänna civilrättsliga regler om hur avtal kommer till stånd skall tillämpas när det gäller frågan om bindande avtal träffats i det aktuella fallet. Med tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer fann tingsrätten att bindande avtal måste ha uppstått då flygbolaget fått besked om tilldelningsbeslutet. Omständigheten att kontraktet aldrig undertecknades förändrar inte bedömningen i fallet. Vad flygbolaget anfört om att myndigheten ville avvakta överprövningsfristen förändrar enligt tingsrätten heller inte bedömningen i frågan om avtalsbundenhet.

Tingsrättens dom överklagades till hovrätten. Hovrätten gjorde samma bedömning rörande den civilrättsliga bundenheten som tingsrätten. Hovrätten ansåg således att parterna hade ingått avtal med varandra och avlog därmed överklagandet. Hovrättens dom har överklagats till Högsta domstolen som inte meddelade prövningstillstånd. Eftersom Högsta domstolen inte lämnat prövningstillstånd, står hovrättens beslut om att tilldelningsbeslutets verkan som accept fast.

5.2.1.1 Kommentar

Frågan om ett tilldelningsbeslut kan vara en avtalsrättslig accept är ställd på sin spets men rättsläget är fortfarande inte helt belyst.

I de två kammarrättsdomarna, Svea hovrättsdomen och i regeringsrådet Nords utveckling av talan slogs fast att ett kommunicerande av tilldelningsbeslutet i det enskilda fallet kunde utgöra en accept då tilldelningsbeslutet meddelats inom anbudens giltighetstid (och eventuellt även efter att anbudstiden passerats) vilket kan leda till att avtal uppstått trots att upphandlingen inte är avslutad enligt upphandlingslagstiftningen. Påpekas ska också att Kammarrätten i Göteborg i ytterligare ett överprövningsmål¹⁰⁴ avseende en upphandling av ramavtal hänvisade till förarbetsuttalandet att ”parter kan vara civilrättsligt bundna av ett avtal trots att detta avtal inte är ett upphandlingskontrakt och därför inte avslutar upphandlingen enligt reglerna i LOU”.

Trots att vare sig Regeringsrätten¹⁰⁵ eller Högsta domstolen tagit upp frågan till prövning är det enligt min uppfattning relativt klart åt vilket håll rätts-

¹⁰⁴ Kammarrätten i Göteborg den 11 februari 2008 i mål nr 5241-07.

¹⁰⁵ I enlighet med föredragspromemorian till Regeringsrättens avgörande förstås att prövningstillstånd skall avslås med hänvisning till att Regeringsrätten inte meddelat prövningstillstånd gällande mål 1031-05. Detta kan i sig eventuellt anses innebära att det inte finns något behov att klargöra den aktuella rättsfrågan.

praxis pekar. Detta speciellt med hänseende till att avslagsbeslutet och beslutet att inte meddela prövningstillstånd, medför att de båda kammarrättsdomarna står fast, vilka bekräftar tilldelningsbeslutets verkan som accept.

6 Avtalsslutande enligt den allmänna avtalsrätten

Frågan om när avtal sluts är av stor betydelse för att avgöra tilldelningsbeslutets rättsliga effekt. Om inte något särskilt anges är avtalslagen tillämplig på avtal. Redan vid införandet av gamla LOU 1994 förutsattes att avtalslagen skulle reglera förfarandet under en upphandling och att civilrättsliga frågor som kunde uppstå med anledning av regelverket inte skulle regleras av upphandlingsbestämmelserna.¹⁰⁶ Frågan om civilrättslig bundenhet regleras alltså inte i upphandlingslagarna.

Därför måste svaren för när ett civilrättsligt bindande avtal kan uppstå i förhållande till upphandlingslagstiftningen sökas och ledning i frågan om ett tilldelningsbeslut kan utgöra en accept i avtalsrättslig mening och medföra att ett civilrättsligt avtal uppstått hämtas, i den allmänna avtalsrätten med dess principer och grundläggande värden samt avtalslagen, som reglerar hur bindande avtal om upphandling uppkommer.

Förutsättningarna för när ett civilrättsligt avtal kan anses bindande enligt avtalslagen, kommer att redovisas kortfattat nedan för att skapa ett underlag till den analys som följer i kapitel 7.

6.1 Avtalet som rättshandling

Avtalet är en rättslig form för att grundlägga och reglera olika rättsförhållanden. Det är vanligtvis också använt som ett instrument för förverkligande av privata initiativ. Avtalet är enligt Adlercreutz ett instrument i ”den ekonomiska omsättningens tjänst” för utbyte av varor och tjänster och andra prestationer mot ersättning.¹⁰⁷ Den mest grundläggande funktionen för avtal är att binda parterna dvs. partsbindningsfunktionen. Avtalet pekar dessutom ut vilka som är parter till avtalet. Grunden för avtalsslutandet är att avtal skall hållas. Innebörden av ett avtal är att parterna har ett ansvar gentemot varandra och att motparten tillförs vad den enligt avtalet är berättigad, eller i annat fall, motsvarade värde. Att parterna är bundna av avtal innebär också att avtal är rättsligt sanktionerade utan att det behöver framhållas i det specifika avtalet.¹⁰⁸

6.1.1 Avtalsmekanismen

Den allmänna avtalsrätten regleras i svensk rätt i avtalslagen. I 1 kap. AvtL återfinns regler om slutande av avtal. Avtal sluts enligt avtalslagens huvudregel i 1 kap 1 § första stycket AvtL genom utväxling av anbud och accept

¹⁰⁶ Prop. 1992/93:88 s. 37. Om inte särskilt anges är AvtL tillämplig på avtal.

¹⁰⁷ Adlercreutz, Avtalsrätt I (1995), s. 13f.

¹⁰⁸ Adlercreutz, Avtalsrätt I (1995) s. 20f. Med rättsligt sanktionerade avser Adlercreutz bl.a. att rättsmaskineriet står till förfogande för att få motpart att fullfölja avtalet.

av korresponderande innehåll.¹⁰⁹ I motiven anges att ”avtal kommer till stånd genom utbyte av sammanstående viljeförklaringar”.¹¹⁰

Den svenska avtalslagen bygger på den så kallade löftesprincipen, som innebär att såväl anbud som accept är bindande viljeförklaringar var för sig samt att de som är utgångspunkt oåterkalleliga.¹¹¹ Löftet binder den rätts-handlande när det kommit till adressatens kunskap. Avtal kommer därmed till stånd genom att två parter ensidigt binder sig vid sin viljeförklaring och att dessa är överensstämmande. Först lämnar anbudsgivaren ett för honom bindande anbud, sedan lämnar anbudsmottagaren en för honom bindande och likalydande accept. På detta vis uppkommer ett avtal.¹¹² Grundläggande för ett avtals uppkomst är alltså att både anbud och accept kommit till uttryck och att de är överensstämmande.

Ett anbud är ett erbjudande om att ingå avtal och en accept är ett godkännande av anbudet.¹¹³ Anbudet skall vara preciserat, ha en adressat, en behörig avgivare, kunna läggas till underlag för accept samt uttrycka en vilja att ingå avtal. Som huvudregel finns inga formkrav på vare sig ett anbud eller en accept. Anbudet skall också vara faktiskt utgivet, komma motparten tillhanda¹¹⁴, lämnas i fri vilja, vara en korrekt viljeförklaring samt inte vara villkorat eller återkallat. Accepten kan innehålla att anbudet antas, eller att anbudet avslås.¹¹⁵ Även accepten måste uppfylla uppräknade krav och bland annat vara riktat, ha en behörig avgivare och lämnas av fri vilja m.m. Real-handlande eller passivitet kan ersätta anbud eller accept.

Avtalslagens regler om slutande av avtal är dispositiva och avtalsmekanismen som 1 kap. 1 § AvtL ger uttryck för erbjuder bara en möjlighet att sluta avtal. Om parterna avtalar om att avtal ska slutas på annat vis gäller inte avtalslagen, samma sak gäller om sedvänja eller handelsbruk stadgar ett annat sätt att ingå avtal på. Ett formalavtal uppställer krav på form för att avtalet skall vara bindande och omfattas därmed inte av avtalslagens tillämpningsområde.¹¹⁶

¹⁰⁹ Adlercreutz, Avtalsrätt I (1995) s. 45, Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt (1999) s. 36. Av Adlercreutz benämnd anbud – och acceptmodellen.

¹¹⁰ Förslag till lag om avtal, s. 36 och 49.

¹¹¹ Grönfors, Avtalslagen (1995), s. 46 ff.

¹¹² Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt (2003) s. 36.

¹¹³ Vad som kan utgöra ett anbud i avtalslagens mening uttrycks inte helt konkret. Men däremot ska ett simpelt "ja" kunna vara tillräckligt för att utgöra en accept. För ett anbud krävs inte mycket mer än ett tillräckligt konkretiserat löfte som riktas mot en bestämd adressat. Se not 2 till Avtalslagen (1915:218) i Karnov 2007/08:I.

¹¹⁴ Med begreppet "tillhanda" avses att anbudet framkommit till adressat och att denna omedelbart kan ta del av förklaringens innehåll. Det krävs inte att mottagaren tagit del av anbudet utan enbart att det är tillgängligt.

¹¹⁵ Adlercreutz, Avtalsrätt I (1995) s. 58.

¹¹⁶ 1 kap. 1 § 2-3 stycket AvtL.

6.1.2 Avtalsbundenhet

Parterna är bundna av anbud och accept.¹¹⁷ Partsbindningsfunktionen ger uttryck för att avtal är bindande. Bundenheten medför också att anbud och accept inte kan återkallas. Bundenheten inskränks genom 7 § AvtL. Enligt 1 kap. 7 § AvtL är anbud eller svar, som återkallas, ej gällande, där återkallel- sen kommer den, till vilken anbudet eller svaret är riktat till handa innan han tager del av detta eller samtidigt därmed.¹¹⁸ För att ett bindande avtal skall kunna uppstå måste accepten vara mottagaren tillhanda inom acceptfristen och utgöra en ren accept (överensstämma med anbudet).¹¹⁹ En ren accept som kommer mottagaren för sent tillhanda anses som ett nytt anbud.¹²⁰ Ett anbud förfaller om det avslås, vilket medför ett omedelbart upphörande av acceptfristen.¹²¹ Den som har avböjt ett anbud har därmed inte möjlighet att ångra sig.¹²² En accept som inte korresponderar med anbudet utgör ett av- slag i förening med ett nytt anbud (oren accept).¹²³

Detta innebär i praktiken att ett avtal uppstår om accepten är ren, då en åter- kallelse inte längre är möjlig och då anbudstagaren tar del av accepten.¹²⁴ Bundenheten avtalsparterna emellan förutsätter alltså, för att ett giltigt avtal skall kunna ingås enligt huvudregeln, att samstämmiga viljeförklaringar uttryckts.¹²⁵ Bundenheten uppträder enligt huvudprincipen därmed först genom att anbudsgivaren blir bunden till sitt löfte att ingå avtal, därefter blir acceptanten bunden av sin accept när denna förmedlas till anbudsgivaren. Bundenheten inträder därmed i två steg. När båda parter är bundna av sina löften enligt löftesprincipen uppkommer ett avtal.¹²⁶

6.1.3 Formen för avtalsslut inom upphandling

Avtalsslutandet för offentlig upphandling kan sägas vara indelat i fyra steg. Det första steget utgörs av att den upphandlande myndigheten annonserar kommande upphandling. Denna annonsering kan ses som ett utbud eller en anbudsinfordran att inge anbud och utgör i sig inte ett bindande anbud eller viljeförklaring. Anbudsinfordran är inte heller bindande för den upphand- lande myndigheten.¹²⁷ I anbudsinfordran anges hur länge anbudet skall vara bindande.¹²⁸ Då en leverantör bestämmer sig för att delta i upphandlingen och har lämnat ett skriftligt anbud utifrån det förfrågningsunderlag (anbuds-

¹¹⁷ 1 kap. 2 och 3 §§ AvtL.

¹¹⁸ Allra senast innan anbudet eller accepten ”hunnit inverka på mottagarens handlande”. Se not 15 till Avtalslagen (1915:218) i Karnov 2007/08:I.

¹¹⁹ 1 kap. 3 § AvtL.

¹²⁰ 1 kap. 4 § AvtL.

¹²¹ 1 kap. 5 § AvtL.

¹²² Se not 12 till Avtalslagen (1915:218) i Karnov 2007/08:I.

¹²³ 1 kap.4 och 6 §§ AvtL.

¹²⁴ Se not 3 till Avtalslagen (1915:218) i Karnov 2007/08:I.

¹²⁵ Adlercreutz, Avtalsrätt I (1995) s. 68.

¹²⁶ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt (2003) s. 101 ff.

¹²⁷ Detta kan dock jämföras med den upphandlingsrättsliga bundenheten till en upphand- ling, som enbart får avbrytas av en upphandlande myndighet om sakliga skäl finns.

¹²⁸ Adlercreutz, Avtalslagen (1995) s. 91f Jfr 1 kap. 9 § AvtL.

underlag) som den upphandlande myndigheten upprättat utgör detta ett anbud i avtalslagens mening. Som ett andra steg granskas leverantörernas lämplighet utifrån de ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga krav som ställts i förfrågningsunderlaget eller annonsen. I ett tredje steg utvärderar den upphandlande myndigheten de olika leverantörernas anbud utifrån förfrågningsunderlaget och de utvärderingskriterier som angivits. Som ett fjärde steg meddelar den upphandlande myndigheten ett tilldelningsbeslut. Beslutet anger vem av leverantörerna den ämnar sluta avtal med. Till sist ingås ett kontrakt med den anbudsgivare (leverantör) som vunnit upphandlingen. Att observera är att vid tolkning av avtal ingångna vid en upphandling skall avtalslagens regler och principer användas.¹²⁹

6.1.4 Kommentar

Avtalslagens regler om avtalsslutande är tillämpliga även på den offentliga upphandlingen. Avtalslagens tillämplighet förutsätter att avtalet i fråga inte är undantaget från avtalslagens tillämpningsområde, till exempel genom avtalad skriftform. Avtalslagen uppställer vidare krav för att ett bindande avtal ska uppstå. Dessa krav måste vara uppfyllda även vid avtalsslutande inom offentlig upphandling. Precis som avtalslagen stadgar antas avtalsslutandet inom upphandlingen också vara avhängigt av att ett giltigt anbud föreligger och att till exempel giltighetstiden inte är passerad.

¹²⁹ Hallgren, Hilborn, Sandström, Kommunala driftsentreprenader (2001) s. 257.

7 Civilrättsligt perspektiv på avtalsslutande inom offentlig upphandling

Tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan har varit väldigt oklart sedan Alcatel- domen infördes i upphandlingslagarna. Det har saknats tydliga bestämmelser och riktlinjer för när ett avtal sluts inom ramen för offentlig upphandling och hur man närmare skall tillämpa avtalslagens bestämmelser på rättsområdet. Kan man då med tillämpning av avtalslagen och med utgångspunkt från förarbeten och rättspraxis dra slutsatsen att ett tilldelningsbeslut kan utgöra en avtalsrättsligt bindande accept?

I detta kapitel avser jag först diskutera avtalslagens tillämplighet på slutande av upphandlingsavtal samt analysera innebörden av den civilrättsliga bestämmelse om leverantörernas bundenhet som finns införd i upphandlingslagarna och dess inverkan på frågeställningen. Därefter avser jag att analysera tilldelningsbeslutets verkan som accept samt kort redogöra för när avtal uppstår och eventuellt inte uppstår. Till sist följer en beskrivning av möjliga sätt att undvika en avtalsrättslig bundenhet mellan parterna. Slutligen följer en sammanfattning och en slutsats.

7.1 Avtalslagens tillämplighet

Frågeställningen om ett tilldelningsbesluts civilrättsliga verkan är en konsekvens av svensk rätt måste överensstämma upphandlingsdirektiven och EG-domstolens praxis. Någon ändring av de civilrättsliga reglerna om när bindande avtal sluts gjordes inte med anledning av utfallet i Alcatel-målet och de lagändringar som följde.

Upphandlingslagarna utgör, som redogjorts för tidigare, i stort ett förvaltningsrättsligt regelverk. Det utmärkande för LOU och LUF är specifikt att de är procedurlagar som reglerar processen fram till avtalsslutandet. Upphandlingslagarna och den förfarandeprocess som styr formerna för den offentliga upphandlingen reglerar över huvud taget inte bundenheten mellan avtalsparterna utan uteslutande processen för att avsluta en upphandling. Avtalsslutandet betraktas i stället som en särskild del av upphandlingen, reglerad på civilrättsligt vis och enligt allmänna avtalsrättsliga regler. Det finns därmed en klar uppdelning i en offentlighetsrättslig del och en civilrättslig del i regelverket gällande offentlig upphandling.

Frågan om när civilrättsligt bindande avtal uppstår i en offentlig upphandling regleras således av avtalslagens regler om avtalsslutande. Enligt förarbetena till gamla LOU var det inte tänkt att med upphandlingsregelverket parallellt med avtalslagen skapa ett särskilt avtalsrättsligt verk för att reglera avtalsre-

lationen mellan det offentliga och privata.¹³⁰ Det var inte tänkt att upphandlingslagarna skulle innehålla några civilrättsliga regler vid sidan av avtalslagen.¹³¹ Det framkommer också i redovisad rättspraxis att upphandlingslagarna uteslutande är förfarandelagar som styr formerna för tilldelning av kontrakt inom ramen för offentlig upphandling. I redogjord rättspraxis tas uteslutande ledning av civilrättsliga principer och doktrin för att lösa rättsfrågan om tilldelningsbeslutets avtalsrättsliga verkan.

7.1.1 Upphandlingskontraktet- inget formalavtal

Upphandlingslagstiftningen stadgar visserligen att kontraktet som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska vara ett skriftligt avtal, undertecknat eller signerat med en elektronisk signatur.¹³² Det finns dock inget i vare sig i LOU, LUF eller i avtalslagen som fordrar att ett kontrakt skall ingås i viss form.¹³³ Förekomsten av ett skriftligt avtal är därmed inte en förutsättning för avtalsbundenheten i en offentlig upphandling.

Kontraktet som ingås i en upphandling är inget formalavtal. Det är inte heller tänkt att vara ett formalavtal som skall undantas från avtalslagens regler om hur avtal sluts. Vid införandet av upphandlingslagen ville man inte inskränka avtalslagens tillämpningsområde genom att göra kontrakt som till ett formalavtal. Kontraktets huvudsakliga syfte utifrån upphandlingslagarna är i stället att ange tidpunkten för när en ansökan om överprövning inte längre är möjlig och när en upphandling är avslutad. Kontraktet är dessutom helt avgörande för hur länge överprövning och skadestånd kan göras gällande.¹³⁴

7.1.2 Anbudgivarens fortsatta bundenhet

Den civilrättsliga bestämmelse som infördes i samband med lagändringarna efter Alcatel-målet i 9 kap. 11 § andra stycket och 15 kap. 19 § LOU och LUF (1 kap 19 a § och 6 kap. 5 b §) innebär att en underrättelse om vem som tilldelats kontraktet inte löser övriga leverantörer från sina anbud. Ett tilldelningsbeslut utgör därmed inget avslag på de övriga leverantörernas anbud, det vill säga anbuden förkastas inte genom beslutet. De anbudsgivare som inte tilldelas upphandlingen är alltså fortsatt bundna av sina anbud. Bestämmelsen utgör därmed ett avsteg från avtalslagens dispositiva bestäm-

¹³⁰ Se Prop. 2001/02:142 s. 74. ”för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven”.

¹³¹ Prop. 2001/02:142 s. 74.

¹³² Trots kraven på skriftlighet kan man troligen regelmässigt ingå muntliga avtal inom offentlig upphandling i vissa särskilda fall. Till exempel vid undantagsförfarandet förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska (4 kap. 5 § punkt 3 LOU och 4 kap. 2 § punkt 4 LUF) samt vid andra tillåtna direktupphandlingar (där inga procedurregler behöver tillämpas).

¹³³ Jfr Prop. 2001/02:142 s.73.

¹³⁴ Prop. 2001/02:142 s. 71.

melse om att ett anbud förfaller när det avslås och att ett avslag omedelbart avbryter acceptfristen¹³⁵

7.1.2.1 Syften och konsekvenser av bestämmelserna

Bestämmelsen förändrar förutsättningarna för avtalsslutande enligt avtalslagen där en accept av ett anbud normalt utgör ett avslag på övriga lämnade anbud. Bestämmelsen möjliggör att ett kontrakt kan ingås gällande en upphandling i ett skede efter att ett tilldelningsbeslut lämnats. Detta till exempel efter att en förvaltningsdomstol förordnat att en upphandling måste rättas eller göras om. Detta är möjligt eftersom anbudsgivarna är fortsatt bundna till sina anbud.

Bestämmelsen infördes för att tillförsäkra att en upphandling som påbörjats skall kunna slutföras och för att inte slösa med offentliga medel. I den senaste propositionen uppges bestämmelsen också vara nödvändig för att den offentliga upphandlingen skall kunna fungera på ett ändamålsenligt sätt. Bestämmelsen infördes enligt propositionen därmed med anledning av 1 kap. 5 § AvtL, vilken stadgar att anbud som avslås förfaller oavsett om detta sker inom anbudets giltighetstid.¹³⁶ Det faktum att ett tilldelningsbeslut kan utgöra en civilrättslig accept förändrar inte heller förutsättningarna för bestämmelsen. Anbudsgivarna är bundna i enlighet med den tid som angivits i anbudet.¹³⁷

7.1.2.2 Kommentarer

Bestämmelsen om anbudsgivarnas (leverantörernas) förlängda bundenhet vid anbudet infördes som en konsekvens av EG-direktiven och EG-domstolens praxis. Enligt min uppfattning infördes bestämmelsen antagligen för att upphandlingslagarna skulle överensstämja med upphandlingsdirektiven, för att undvika formkrav, för att inte frångå avtalslagens tillämplighet på upphandlingsavtal och för att lagstiftaren inte ville ändra i det avtalsrättsliga regelverket. Det är möjligt att det inte är den bästa lösningen att tillämpa avtalslagen på offentliga kontrakt, men det ansåg inte heller lagstiftaren vid införandet av upphandlingslagstiftningen. Den närmast liggande förklaringen är att avtalslagen visat sig vara applicerbar på de flesta avtalsförhållanden. Bestämmelsen visar enligt min uppfattning också på skillnaden mellan civilrätt och offentlig rätt, de skilda syftena och förutsättningarna för att ingå affärsförbindelser rättsområdena emellan. Dessutom är det inte enbart negativt för en leverantör att vara fortsatt bunden av sitt anbud, eftersom leverantören efter en eventuell överprövning skulle kunna bli den som tilldelas kontraktet.

Bestämmelsens betydelse för avtalsslutande inom upphandling har av en del ifrågasatts. Däribland har argument framförts att ett tilldelningsbeslut inte skulle kunna vara en accept i avtalslagens mening. Detta med anledning av att det inte vore logiskt i förhållande till bestämmelsen om leverantörernas bundenhet eller i överensstämmelse med denna bestämmelses syfte. Anled-

¹³⁵ 1 kap. 5 § AvtL.

¹³⁶ Prop. 2006/07:128 s.381.

¹³⁷ Regeringsrättens dom den 11 februari 2008 i mål nr 2382-06.

ningen till detta är att bestämmelsen helt onödigt skulle medföra att en anbudsgivare är fortsatt bunden till sitt anbud trots att avtal kan uppstå innan ett kontrakt ingåtts. Mot bakgrund av detta ansågs inte lagstiftaren kunnat ha åsyftat att avtal kan komma till stånd genom meddelandet av tilldelningsbeslutet.¹³⁸ Enligt min uppfattning är bestämmelsen i stället i linje med upphandlingsprocessen. Oberoende om ett civilrättsligt avtal ingåtts innan en upphandling avslutats, kan överprövning fortfarande göras gällande. En sådan överprövning kan resultera i att upphandlingen måste rättas eller göras om och således resultera i att kontrakt skall slutas med en annan leverantör.

Den civilrättsliga bestämmelsen är visserligen avvikande genom att för den, för det första regleras i ett förvaltningsrättsligt regelverk, och för det andra eftersom regeln berör avtalsslutande och enligt min uppfattning företrädesvis borde regleras i avtalslagen där övriga regler om avtalsslut återfinns. Därutöver är bestämmelse avvikande eftersom den, till skillnad från alla andra bestämmelser i upphandlingslagarna, riktar sig till leverantörer. Övriga procedurregler är riktade till de upphandlande myndigheterna.

Sammanfattningsvis har inte syftet med bestämmelsen varit att förändra förutsättningarna för avtalsslutande inom upphandling. Bestämmelsen är enligt min uppfattning i stället ett resultat av förutsättningarna för det offentliga att göra affärer och för att garantera ett effektivt användande av offentliga medel. Detta med anledning av att ett tilldelningsbeslut kan överprövas och att det annars inte skulle finnas någon anbudsgivare att ingå avtal med om upphandlingen skulle rättas eller göras om.

7.2 Tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan

7.2.1 Krav på ett tilldelningsbeslut som accept

Det finns inga regler i upphandlingslagarna som anger hur en accept skall utformas inom ramen för offentlig upphandling. Med utgångspunkt från avtalslagens tillämplighet måste frågan ställas om ett tilldelningsbeslut uppfyller de krav som ställs på en accept enligt allmänna avtalsrättsliga regler.

Utifrån de krav som ställs på en accept i avtalsrättslig mening (ett godtagande av anbudet som inte avviker från anbudsinnhållet) får ett tilldelningsbeslut bedömas avseende om det kan utgöra en accept eller inte. Det finns enligt allmänna avtalsrättsliga regler och löftesprincipen heller inget krav på skriftlig form för att en accept skall vara för handen. En muntlig accept är därmed fullt tillräcklig. Anbudet som lämnas i en upphandling i sig är ofta omfattande och mycket tydligt eftersom det bygger på det förfrågningsunderlag som den upphandlande myndigheten upprättat. Tilldelningsbeslut

¹³⁸ Se Anna Ulfsdotter Forsell och Kristian Pedersens artikel ”Tilldelningsbeslutet innebär inte att avtal uppkommit!” och artikeln ”Halvlogiskt om tilldelningsbeslutets avtalsrättsliga verkan”.

utgör en utpekande viljeförklaring gällande vilket anbud som ska antas utifrån den utvärdering av inkomna anbud som gjorts. Enligt allmänna avtalsrättsliga regler föreligger det inget formellt hinder för att ett tilldelningsbeslut skulle kunna utgöra en avtalsrättslig accept.

7.2.2 Tilldelningsbeslutets verkan som accept

I propositionen till gamla LOU framgår uttryckligt att ett meddelande av ett tilldelningsbeslut kan utgöra en accept och att förutsättningar finns för att ett civilrättsligt bindande kontrakt kan uppstå även innan en upphandling är avslutad. Förhållandet att en upphandling avslutas genom ett kontrakt kan enligt förarbetena inte heller anses innebära att ett civilrättsligt avtal inte kan uppstå innan ett sådant kontrakt är slutet.¹³⁹ Tilldelningsbeslutets verkan som accept bekräftas även i propositionen till det nuvarande upphandlingsreglverket, vari det hänvisas till föregående propositioner och förtydligas att ”civilrättsligt bindande avtal har uppkommit genom att den antagne leverantören fått ett meddelande om tilldelningsbeslut”.¹⁴⁰ Rekommendationen i förarbeten att villkora förfrågningsunderlag m.m. för att kringgå en civilrättslig bundenhet visar ytterligare på tilldelningsbeslutets verkan som en avtalsrättslig accept.

Frågan om ett civilrättsligt bindande avtal har uppkommit genom att den antagne leverantören fått meddelande om ett tilldelningsbeslut, har som ovan beskrivits, också prövats i tre fall sedan lagändringen 2002. Kammarätten i Göteborg har i två fall och Svea hovrätt har vid ett tillfälle tagit ställning till frågan. Då Högsta domstolen¹⁴¹ och Regeringsrätten¹⁴² inte meddelade prövningstillstånd, respektive avskrev ärendet,¹⁴³ innebär detta att domarna står fast. I de tre domarna slogs fast att ett civilrättsligt bindande avtal har uppstått genom att leverantören i fråga tagit del av tilldelningsbeslutet. Genom Regeringsrättens avskrivningsbeslut som meddelades i februari 2008, avgjordes inte frågan om tilldelningsmeddelandets verkan som accept. Regeringsrådet Nord gjorde däremot rättsläget tydligare i sin utveckling av talan att bindande avtal kan uppstå genom ett tilldelningsbeslut.

Tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan har även diskuterats i doktrin. Ramberg och Ramberg är båda av åsikten att när leverantören får meddelande om att hans anbud antagits har avtal kommit till stånd.¹⁴⁴ Detta uttalande har också legat till grund för de kammarrättsdomar som omnämnts. Även den senaste versionen av lagkommentaren Karnov stöder teorin om tilldelningsbeslutets verkan som en accept. Ur lagkommentaren framgår att det ”torde stå klart att ett anbud som följs av en ren accept kan utgöra ett

¹³⁹ Prop.2001/02:142 s. 74ff.

¹⁴⁰ Prop.2006/07:128 s. 381. Notera också att detta ger uttryck för den åsikt som Ramberg och Ramberg presenterar i sin bok ”Allmän avtalsrätt” och som Kammarätten i Göteborg hänvisar till i sina domar gällande tilldelningsbeslutets verkan som accept.

¹⁴¹ Svea hovrätt, beslut den 15 augusti 2006 i mål Ö 2665-06.

¹⁴² Kammarätten i Göteborgs dom den 16 maj 2005 i mål 1031-05

¹⁴³ Regeringsrättens beslut den 11 februari 2008, i mål nr 2382-06.

¹⁴⁴ Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt (2003) s. 53.

bindande avtal”.¹⁴⁵ Utöver detta var även den tidigare tillsynsmyndigheten, NOU, av åsikten att tilldelningsbeslut kan utgöra en accept.¹⁴⁶ Den nya tillsynsmyndigheten har samma inställning i frågan.

7.2.2.1 Kommentarer

Med tillämpning av avtalsrättsliga normer och grundläggande civilrättsliga principer, anser jag att ett meddelande av ett tilldelningsbeslut (under förutsättning att det uppfyller kraven i avtalslagen) uppfyller alla krav som kan ställas på en accept i avtalsrättslig mening.

Tilldelningsbeslutets verkan som accept kan enligt min uppfattning inte längre anses ifrågasatt. Med stöd av förarbeten, rättspraxis, doktrin och allmänna civilrättsliga principer kan ett meddelande av ett tilldelningsbeslut utgöra en accept i avtalslagens mening. Tilldelningsbeslutet utgör därmed, såvida inte förfrågningsunderlaget fastställt något annat, en ren accept till den vinnande leverantören, men inte ett avslag på övriga leverantörers anbud. Ett tilldelningsbeslut får därmed som allmän princip anses uppfylla kraven på en accept enligt avtalslagen och det får anses klart att ett tilldelningsbeslut kan konstituerar en accept. Att tillkännage ett tilldelningsbeslut med innebörden att man accepterat motpartens anbud kan och skall därmed betraktas som en bindande accept.

Något som skulle kunna tala emot tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan är att de kammarrättsdomar som bekräftar rättsverkan av ett tilldelningsbeslut i stort lägger enbart ett doktrinutlåtande helt och hållet till grund för sin bedömning av tilldelningsbeslutets civilrättsliga verkan. Detta med hänsyn till att doktrin är den sista rättskällan. Utöver detta har frågan inte slutligt prövats i högsta instans i varken allmän- eller förvaltningsdomstol. Detta torde dock snarare tyda på att Regeringsrätten och Högsta domstolen inte meddelade prövningstillstånd eftersom det inte fanns någon anledning att ge ytterligare vägledning i frågan, då förarbetena och kammarrättsdomarna slagit fast tilldelningsbeslutets verkan som accept.

7.2.3 Förutsättningar för uppkomsten av ett civilrättsligt bindande avtal

För att ett tilldelningsbeslut skall kunna medföra att ett avtal ingåtts, måste förutsättningarna för avtalsslutande enligt avtalslagen vara uppfyllda. Detta innebär att en förutsättning för bundenhet mellan parterna är att anbudet är bindande då ett tilldelningsbeslut meddelas samt uppfyller övriga krav enligt avtalslagen. Anbudet eller accepten får inte ha återkallats eller vara orena. Rättshandlingarna måste innehålla tydliga viljeförklaringar det vill säga ac-

¹⁴⁵ Se not 20 till Lag (2007:1091) i Karnov 2007/08:I.

¹⁴⁶ Se bland annat NOU-info, dec-06, Tilldelningsbeslut och civilrättslig bundenhet, s. 9-10, NOU-info, juni- 06 Tilldelningsbeslutets civilrättsliga betydelse s. 11, NOU yttrande nr 2006/0114-29 Upphandlande enhets skyldighet att följa domstols avgörande i mål om överprövning enligt LOU om civilrättsligt bindande avtal föreligger.

cepten måste uttrycka en tydlig vilja att bli bunden av anbudet.¹⁴⁷ En intresseanmälan om att vilja ta del av ett kontrakt konstituerar inte ett anbud i avtalslagens mening och kan inte lägga grunden för ett avtal. För bundenhet krävs, som ovan nämnts, dock inte att båda parterna undertecknat ett kontrakt. Det utgör uteslutande en bekräftelse på ett redan träffat avtal.¹⁴⁸ Ett avtal kan därmed vara civilrättsligt bindande mellan parterna, trots att det ingåtts i strid med upphandlingslagarna. Därmed kan ett tilldelningsbeslut lägga grunden för ett civilrättsligt bindande avtal omfattande motsvarande innehåll i ett förfrågningsunderlag.

7.2.4 Tidpunkt då civilrättsligt bindande avtal uppstår genom meddelande av tilldelningsbeslut

Med tillämpning av huvudregeln i avtalslagen kommer ett avtal till stånd enbart genom en utväxling av anbud och accept.¹⁴⁹ Detta innebär att då ett anbud besvaras med en accept, till exempel i ett till anbudsgivaren ställt tilldelningsbeslut, innebär att avtal uppstått redan med den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut och tillika accept. Avtal inom offentlig upphandling sluts därför genom att en upphandlande myndighet accepterar en leverantörs anbud genom att i ett tilldelningsbeslut förklara att anbudet antas. Mellan parterna är då avtalet bindande och ett civilrättsligt avtal har ingåtts.

Att notera är att myndighetens tilldelningsbeslutet inte i sig kan utgöra en avtalsrättslig accept om det inte har förmedlats till den vinnande leverantören. Det är i stället själva underrättelsen av tilldelningsbeslutet till anbudsgivaren (leverantören) som utgör en accept. Detta torde enligt min uppfattning kunna innebära att även ett muntligt meddelande av tilldelningsbeslutet till den utvalda leverantören, exempelvis via telefon, kan utgöra en accept och därmed lägga grunden för ett avtal i enlighet med avtalslagens bestämmelser om slutande av avtal. Detta oavsett om en skriftlig underrättelse om beslut skett i enlighet i 9 kap. 9 § LOU och LUF.

Avtal mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren uppstår därmed vid den tidpunkt då anbudsgivaren (leverantören) tar del informationen från den upphandlande myndigheten om att hans anbud antagits genom ett tilldelningsbeslut (accepten).¹⁵⁰ Då kan vare sig anbudet eller accepten återkallas. Har anbudsgivaren tagit del av accepten, kan nämligen inte den upphandlande myndigheten återkalla sin accept eftersom avtal slutits i enlighet med avtalslagens huvudregel.

¹⁴⁷ En sådan vilja borde rimligtvis uttryckas tillräckligt tydligt både i leverantörens anbud och i den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut.

¹⁴⁸ Jfr Svea hovrätt, beslut den 15 augusti 2006, mål nr Ö 2665-06.

¹⁴⁹ Under förutsättning att tilldelningsbeslutet utgör en ren accept enligt 1 kap. 6 § AvtL.

¹⁵⁰ Jfr Ramberg och Ramberg (2003) s.55 "leverantören får meddelande om att hans anbud antagits och därmed har avtal kommit till stånd".

7.2.4.1 Kommentar

Eftersom lagstiftaren ansåg det tillräckligt att reglera formerna för avtalslutande genom att tydliggöra att upphandling sluts genom ett skriftligt kontrakt i stället för att införa regler om formalavtal och undanta avtalen från avtalslagens tillämpning, innebär detta att ett avtal kan anses slutet med enbart meddelande av ett tilldelningsbeslut. Det grundläggande syftet med avtalslagen får nämligen inte förvanskas och bedömas på annat sätt för att passa denna lagstiftning och särskilda form av avtalslutande.

7.2.5 Tänkbara situationer då avtal inte kommer till stånd

Det får som ovan framgått anses klarlagt att bindande avtal kan uppstå genom den upphandlande myndighetens meddelande av tilldelningsbeslutet till anbudsgivaren i fråga. Däremot kan det ifrågasättas om detta är fallet i varje situation där en leverantör tar del av den upphandlande myndighetens accept. Givetvis är bundenheten mellan parterna i en upphandling också beroende av att de vanliga förutsättningarna i avtalslagen för bundenhet är uppfyllda.

Det skulle kunna tänkas finnas situationer, som följer av avtalslagens regler, då avtal inte anses uppstå. Till exempel om accepten i viss mån avviker från vad som normalt utgör en ren accept, om tillägg görs till avtalsinnehållet eller om parterna på annat sätt ändrar i överenskommelsens innehåll. Det torde också krävas att anbudsgivaren (leverantören) har fog att sluta sig en genuin acceptvilja hos den upphandlande myndigheten för att avtal skall kunna ingås.

7.2.6 Skillnaden mellan ett upphandlingskontrakt och ett civilrättsligt bindande avtal

Till slutsatsen om att ett tilldelningsbeslut kan utgöra en accept i avtalslagens mening och i sig grundlägga ett avtalsförhållande mellan en upphandlande myndighet och leverantör, måste göras vissa tillägg. Det offentlighetsrättsliga upphandlingskontraktet och dess rättsverkan innebär att det inte föreligger något bindande kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen förrän upphandlingen har avslutats. Detta eftersom kontraktet har andra syften än ett vanligt civilrättsligt avtal. Oavsett att det föreligger ett civilrättsligt avtal så måste en upphandling avslutas för att upphandlingen skall få rättslig verkan.

Enligt vanliga civilrättsliga regler kan alltså ett bindande avtal komma till stånd genom ett meddelande av tilldelningsbeslutet kommer den utvalda leverantören till handa. Men även om det kan konstateras att avtal rörande en upphandling kan slutas på annat sätt än genom ett kontrakt i upphandlingslagarnas mening, har detta avtal inte samma innebörd som ett kontrakt som ingås i enlighet med upphandlingslagarna.

Det skall därför återigen förtydligas att det föreligger en väsentlig skillnad mellan ett kontrakt i upphandlingslagarnas mening och ett civilrättsligt bindande avtal avseende en offentlig upphandling. Det skriftliga kontraktet utgör avslutandet av en upphandling och den yttersta gränsen för hur länge en leverantör kan ansöka om överprövning av en upphandling. Men är inte förutsättningarna för att avsluta en upphandling enligt upphandlingslagarna uppfyllda, är överprövningsmöjligheterna således oändliga. För att en upphandling inte skall kunna ifrågasättas krävs alltså att den avslutas med att båda parterna undertecknar ett skriftligt kontrakt. Kontraktet som sluts i en upphandling får med anledning av ovanstående slutsatser enbart en betydelse för hur länge en överprövning kan göras gällande, men har i sig ingen rättslig verkan.

7.3 Konsekvenser av tilldelningsbeslutets verkan som accept

Det får som ovan framgått anses klargjort att ett avtal om upphandling kan slutas på annat sätt än genom ett upphandlingskontrakt. En upphandlande myndighet som sluter avtal under tiodagarsperioden löper därför risk att på civilrättsliga grunder bli skadeståndsskyldig gentemot den anbudsgivare med vilken avtal slutits, vid det fall att länsrätten förordnar om att upphandlingen skall rättas eller göras om.

Om ett civilrättsligt bindande avtal ingåtts med en part och detta beslut blir föremål för överprövning som innebär att fel part har meddelats tilldelningsbeslut återstår endast möjligheten att antingen häva det ingångna avtalet (och därmed riskera att bli skadeståndsskyldig) eller att förvägra förvaltningsdomstolens dom. Det finns dock enligt nuvarande svensk rätt¹⁵¹ ingen lagstadgad skyldighet att följa allmän förvaltningsdomstols dom oavsett att en förvaltningsdomstol konstaterat att avtal ingåtts utan tillämpning av ett korrekt upphandlingsförfarande och beslutat att upphandlingen därför skall göras om.¹⁵²

¹⁵¹ Det nya rättsmedelsdirektivet öppnar upp för en civilrättslig ogiltighetssanktion. Läs mer i kapitel 7.3.2.

¹⁵² Upphandlande myndigheter har däremot en absolut skyldighet att följa gemenskapens upphandlingsregler eftersom varje upphandling omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling. Läs mer i NOU:s yttrande 2006/0114-29. Eftersom det i skrivande stund inte heller finns några tillgängliga rättsmedel eller möjlighet att ogiltigförklara felaktigt ingångna kontrakt för att komma till rätta med upphandlande myndigheter som inte följer LOU och LUF vill jag hänvisa till EG-domstolens dom i de förenade målen Bockhorn och Braunschweig (Mål C- 20/01 och C- 28/01). Av målen följer att ett kontrakt som ingåtts i strid mot upphandlingslagstiftningen skall upphöra att gälla. Tyskland stämdes för fördragsbrott i de aktuella målen eftersom två stycken kommuner ingått ett tjänstekontrakt gällande A-tjänster om 30 år, utan förevarande upphandlingsförfarande. Kommissionen väckte därefter talan mot Tyskland vid EG-domstolen eftersom Tyskland vägrade att upphäva avtalen med hänsyn till nationell rätt (Mål C-503-04 gällde fråga om Tyskland gjort sig skyldigt till fördragsbrott genom att inte följa domen i de förenade målen C-20/01 och C-28/01). EG-domstolen har genom domarna slagit fast att medlemsstaterna kan vara skyldiga att verka för att ett kontrakt, som ingåtts i strid med upphandlingsreglerna skall upphöra att gälla.

För att undvika att bli bunden av ett meddelande om tilldelningsbeslut återstår för den upphandlande myndigheten att villkora avtalsbundenheten. Villkoret måste utformas så att ett civilrättsligt avtal inte kan komma till stånd innan alla överprövningsmöjligheter är uttömda. Detta kan göras genom att i avtalet uttryckligen ange att avtalsbundenheten förutsätter att ett kontrakt ingåtts och att avtalet blir bindande endast under förutsättning att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan om överprövning, inte förordnar om att upphandlingen skall rättas eller göras om.¹⁵³

En ytterligare möjlighet är att föra in ett krav i lagen på en skrivelse i varje förfrågningsunderlag med samma innebörd. Det skulle alltså kunna tänkas att det ur upphandlingslagarna framgick att en bundenhet mellan parterna var avhängigt att överprövningsmöjligheterna uttömts. Det är i vilket fall angeläget att uppmärksamma situationen eftersom villkorade förfrågningsunderlag är något som tillämpas av alla upphandlade myndigheter. Därutöver är det angeläget med tanke på att staten i vissa fall utgör samma juridiska person som de upphandlade myndigheterna och som då får stå för kostnaderna för felaktigheterna.

7.3.1 Villkorade avtal

Inom avtalsfrihetens ram står det parterna fritt att sinsemellan upprätta egna regler för hur avtalet skall bli bindande till exempel genom att avtala om skriftform. För att den upphandlande myndigheten skall kunna kringgå konsekvenserna av lagändringarna och huvudregeln för avtalsslut enligt avtalslagen krävs det att myndigheten undantar avtalslagens bestämmelser och för in ett förbehåll i avtalet (förfrågningsunderlaget och eventuellt tilldelningsbeslutet). På så sätt kan myndigheter villkora avtalsbundenheten mellan parterna. Därmed blir inte avtalet bindande förrän ett skriftligt kontrakt upprättats som undertecknats av båda parterna. Själva undertecknandet behöver inte ske samtidigt, utan parterna blir bundna var för sig genom respektive underskrift.¹⁵⁴ Upphandlande myndigheter bör villkora partsbundenheten och avtalet fram tills upphandlingen har avslutats på ett lagenligt sätt och överprövningsmöjligheterna är uttömda.

I förbehållet skall tydligt anges att tilldelningsbeslutet inte utgör en accept, vid vilken tidpunkt avtal skall anses slutet och att avtal uppkommer genom ett skriftligt kontrakt (vilket överensstämmer med reglerna i upphandlingslagarna). Förbehållet skall också gälla för båda parter.

I propositionen till gamla LOU rekommenderas att de upphandlande myndigheterna bör skydda sig mot dubbel avtalsbundenhet genom att införa villkorskláusuler i sina kontrakt.¹⁵⁵ Förbehållet kan utformas i syfte att und-

¹⁵³ NOU-info oktober 2003 s. 10.

¹⁵⁴ Adlercreutz, Avtalsrätt I (1995), s. 82f.

¹⁵⁵ Se Prop. 2001/02:142 s. 78 Jfr "För att undvika en civilrättslig bundenhet i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad bör en upphandlande myndighet därför se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom ett kontrakt. För tiden

vika att bundenhet uppstår innan ett kontrakt i upphandlingslagarnas mening kan ingås med bindande verkan.¹⁵⁶ På detta vis undviks också risken för skadeståndsskyldighet. Om en föreskrift inte uppställs i förfrågningsunderlaget är risken mycket stor att den upphandlande myndigheten blir civilrättsligt bunden till den leverantör som mottagit ett accepterande meddelande genom ett tilldelningsbeslut.

Förbehållet bör förslagsvis regleras i både förfrågningsunderlaget samt i tilldelningsbeslutet. Huruvida det är tillräckligt att i tilldelningsbeslutet föra in ett förbehåll och försöka skjuta upp avtalsbundenheten har inte prövats. Ur ett civilrättsligt perspektiv borde dock ett tilldelningsbeslut innehållande ett villkor för bundenhet däremot innebära att tilldelningsbeslutet utgör en oren accept (avslag i förening med ett nytt anbud).¹⁵⁷ Detta skulle resultera i att ett civilrättsligt bindande avtal inte kan uppstå eftersom tilldelningsbeslutet är behäftat med villkor.

Det finns ingen given lösning på hur ett förbehåll skall utformas för att frånga bundenhet.¹⁵⁸ Frågan huruvida ett sådant förbehåll måste anta en skriftlig form för att vara gällande är inte utredd. Det är dock viktigt att tydligt formulera klausulens innebörd eftersom formuleringen av en otydlig klausul i vissa fall kan leda till att bindande avtal anses ha uppstått. Att som upphandlande myndighet enbart uttrycka att man vill avvakta överprövningsfristen¹⁵⁹ och att kontrakt kan ingås om det för den upphandlande myndigheten inte framkommer skäl för överprövning, är inte tillräckligt enligt rättspraxis.¹⁶⁰ Enligt min uppfattning och utifrån ett civilrättsligt perspektiv torde en sådan skrivning kunna tolkas som att det saknas partsvilja och därmed förutsättningar för att ingå ett avtal. Dessutom borde det finnas fog för att begripa att motparten inte vill binda sig. Därutöver torde ett sådant villkor innebära att tilldelningsbeslutet inte utgör en ren accept. Det kan också spekuleras kring om det möjligtvis hos varje upphandlande myndighet finns ett underförstått villkor att inte vilja sluta avtal förrän en upphandling får avslutas.

7.3.2 Utblick- nytt rättsmedelsdirektiv

Som nämndes tidigare i uppsatsen följer här en kortfattad redogörelse för det nya rättsmedelsdirektiv (och de förändringar i ändringsdirektivet som får

fram till upphandlingens avslutande kan myndigheten vidare välja att ingå ett villkorat avtal”, Prop. 2001/02:142 s. 86 och Prop. 2006/07:128 s. 381.

¹⁵⁶ Jfr Ramberg och ramberg, Allmän avtalsrätt (2003) s. 118.

¹⁵⁷ 1 kap. 6 § AvtL.

¹⁵⁸ I NOU:s skrivelser uttrycktes denna skrivelse ”bindande avtal föreligger först när skriftligt avtal (kontrakt) undertecknats av båda parter. Tilldelningsbeslutet skall inte betraktas som en civilrättsligt bindande överenskommelse mellan parterna. Avtal beräknas undertecknas tidigast xx-xx-xx”.

¹⁵⁹ Jfr formuleringen i Svea hovrätts beslut den 15 augusti 2006, i mål Ö 2665-06.

¹⁶⁰ Jfr även skrivelsen i RÅ 2005 ref 17 där skrivelsen inte förhindrade att ett civilrättsligt avtal uppstått. ”Detta kontrakt träder i kraft vid den tidpunkt då upphandlingen får avslutas enligt LOU. Om avtalet inte trätt ikraft xx-xx-xx eller senare tidpunkt som parterna kommer överrens om förfaller avtalet”.

relevans för uppsatsproblematiken) som antogs den 15 november 2007 och publicerades den 20 december 2007. Direktivet måste vara införlivat senast två år från publiceringen. Syftet med de nya rättsmedelsdirektiven är att ytterligare effektivisera tillgängliga rättsmedel i den offentliga upphandlingen. Därmed skall direktiven ytterligare öppna upp för en konkurrensutsatt och öppen upphandlingsmarknad i Europa.¹⁶¹

7.3.2.1 Kortfattad redogörelse

Det förslag som skulle ha störst inverkan på ett tilldelningsbesluts avtalsrättsliga verkan är ett förslag om att ett avtal inte får slutas förrän en tidsfrist löpt ut, en så kallad ”stand still-period”. Vid en första anblick kan den verka mycket lik den tiodagarsfrist som redan finns reglerad i våra upphandlingslagar. Innebörden av förslaget är att det kommer att vara förbjudet att sluta avtal under tidsfristen. Det ska jämföras med den processuella preklusionsfrist som vi har idag, som inte något formellt hinder för att sluta ett civilrättsligt bindande avtal. Innebörden av förslaget skulle alltså vara att om avtal sluts innan tidsfristen löpt ut, så betraktas avtalet automatiskt som ogiltigt.¹⁶²

I rättsmedelsdirektivet ligger bland annat också ett förslag om möjligheten att kunna ogiltigförklara ett avtal som ingåtts i strid med upphandlingslagarna. I svensk rätt saknas idag denna möjlighet. Förslaget innebär att om en upphandlande myndighet bryter mot de regler som möjliggör en effektiv överprövning kommer det eventuellt att införas en möjlighet för förvaltningsdomstol att efter yrkande förklara avtalet ogiltigt. Detta innebär att avtalet som sådant skulle sakna civilrättslig verkan och eventuella prestationer återgå. Från denna bestämmelse skulle det kunna tänkas finnas undantag, berättigade av bland annat skyddsvärda intressen.¹⁶³

Formerna för hur rättsmedelsdirektiven skall införlivas i svensk rätt är oklara, men regeringskansliet utreder hur ett införlivande av direktiven skulle ske.

7.3.2.2 Kommentar

Innebörden av förslaget är att upphandlingskontrakt vid allvarliga regelöverträdelser skall kunna ogiltigförklaras och alltså vara utan civilrättslig verkan. Frågan om ogiltighetsförklarande av redan ingångna avtal är svårt att förena med avtalslagen i dess nuvarande utformning. Anledningen till detta är att rättmedlen inte funnits i avtalslagen tidigare och inte heller följer av vår rättstradition. I tidigare förarbeten har en dylik lösning betraktats som en inte tillfredställande ordning.¹⁶⁴ Därför valde lagstiftaren att införa regler om en

¹⁶¹ För vidare läsning se Christina Ramberg och Helena Rosén Andersson artikel ”Förlorad verkan” av upphandlingskontrakt – en ny civilrättslig ogiltighetsgrund i svensk rätt”.

¹⁶² Rättsmedelsdirektiv 2007/66/EG punkt 4-8.

¹⁶³ Rättsmedelsdirektiv 2007/66/EG punkt 13-28.

¹⁶⁴ Redan i tidigare förarbeten fördes en diskussion kring ogiltighet av felaktigt ingångna kontrakt. Det påpekades vid detta tillfälle att det inte vore i sin ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats skall kunna upphävas i administrativ ordning. I stället valde lagstiftaren alltså att föra en diskussion om att ett kon-

tiodagarsfrist och möjligheten att överpröva ett tilldelningsbeslut utan hinder av att ett civilrättsligt avtal redan ingåtts.

De nya rättsmedelsdirektiven kan komma att få en avgörande roll för frågan om ett tilldelningsbesluts avtalsrättsliga verkan. Förslaget skulle också onekligen innebära en lösning på problemet med civilrättsligt ingångna avtal och framför allt för otillåtna direktupphandlingar och upphandlingskontrakt som blivit gällande, men där upphandlande myndigheter valt att inte följa upphandlingslagarna. Det återstår att se hur rättsmedelsdirektiven kommer att införlivas i svensk rätt, men det kommer säkerligen att ge upphov till många intressanta frågeställningar.

7.4 Sammanfattning

Det var EG-domstolens dom i Alcatel-målet som föranledde ändringar i upphandlingslagstiftningen. Vår nationella rätt anpassades till de EG-rättsliga upphandlingsdirektiven och det infördes en möjlighet att överpröva tilldelningsbeslut. Rättsmedelsdirektiven syftar som beskrivits till att garantera att procedurlagarna åtföljs. Utan en sådan garanti skulle procedurlagarna vara verkningslösa. Följden blev att tidpunkten för meddelande av tilldelningsbeslutet och avtalsslutandet inte kunde sammanfalla eftersom det inte gav reella överprövningsmöjligheter. Lagändringarna ledde i sin tur till att förutsättningarna för att sluta avtal enligt upphandlingslagarna förändrades väsentligt. Oklarheter uppstod gällande när ett avtal sluts inom ramen för offentlig upphandling. Osäkerheten innebar också konsekvenser för gällande överprövningsfrist, skadeståndsfrist samt en rättsosäkerhet för parter och tredje man om när avtal kunde anses slutet.

Lagändringarna medförde även att avtalsslutandet enligt upphandlingslagarna inte längre överrensstämde med avtalslagens bestämmelser om slutande av avtal. Detta gav konsekvensen att en upphandlande myndighet kan vara civilrättsligt bunden av ett avtal, men att överprövningsmöjligheter av tilldelningsbeslutet kvarstår. Om en förvaltningsdomstol väljer att i en dom förelägga en upphandlande myndighet att rätta eller göra om upphandlingen uppkommer problemet att myndigheten skulle vara civilrättsligt bunden gentemot en leverantör och samtidigt ha en upphandlingsrättslig skyldighet att rätta eller göra om upphandlingen. Detta kan i sin tur mynna i att kontrakt skall tecknas med en annan leverantör som vinner anbudsförfarandet i en korrekt genomförd offentlig upphandling. Konsekvensen blir att det första avtalet i så fall måste hävas och att den upphandlade myndigheten i så fall blir skadeståndsskyldig.

Med anledning av att upphandlingslagarna i stort sett enbart innehåller förvaltningsrättsliga procedurregler och inte är tänkta att utgöra ett komplement till avtalslagen, så är det allmänna civilrättsliga regler som tillämpas på avtalsslutande i en offentlig upphandling. Det upphandlingsrättsliga regel-

trakt kan överprövas även om ett civilrättsligt avtal slutits. Prop. 2001/02:142 s. 78 med förarbetets hänvisning till tidigare förarbeten.

verket är inte tänkt att ingripa i avtalsrättens tillämpning. Som en konsekvens av lagändringarna och sättet att ingå avtal enligt upphandlingslagstiftningen går det numera att uttyda en tydlig distinktion mellan en offentlig-rättslig del och en civilrättslig del i regelverket gällande offentlig upphandling. Upphandlingslagarna styr det processuella förfarandet för att ingå kontrakt och avsluta upphandlingen fram till och med den tidpunkt då bindande avtal kan uppstå. Därefter tar avtalslagen och dess allmänna principer vid.

Bristen på samverkan av förvaltningsrättsliga och avtalsrättsliga regler inom området för offentlig upphandling resulterar i att civilrättslig bundenhet kan uppkomma redan innan en offentlig upphandling har avslutats. Trots att frågan om ett tilldelningsbesluts avtalsrättsliga verkan uteslutande utgör en rent civilrättslig frågeställning, får den alltså långtgående upphandlingsrättsliga konsekvenser.

7.5 Slutsats

Med utgångspunkt från att upphandlingslagarna är förvaltningsrättsliga, att avtalslagen skall tillämpas på avtalsslut inom den offentliga upphandlingen, den rättspraxis som utvecklats sedan Alcatel-målet, de uttalanden som gjorts i förarbetena samt den doktrin som finns på området, är min slutsats som följer.

Effekten av att avtalslagen är tillämplig på hur avtal sluts inom upphandling är att allmänna avtalsrättsliga regler ska tillämpas för att avgöra när bundenhet uppstår mellan parterna i en offentlig upphandling. Upphandlingslagarna uttrycker enbart att ett kontrakt som avslutar en upphandling skall vara skriftligt. Kontraktet är vare sig enligt lag eller förarbeten att anse som ett formalavtal. Således föreskriver upphandlingslagarna inte en viss form för avtalet, och har ingen annan verkan än att det utgör den yttersta gränsen för överprövning. Kontraktet har inte någon civilrättslig verkan, dess funktion är i stället att markera när en upphandling är avslutad. Därför finns det inget som hindrar att ett civilrättsligt avtal uppstår genom utväxlande av muntlig och samstämmigt anbud och accept före (eller eventuellt även efter) utgången av anbudens giltighetstid och i ett stadium som föregår undertecknandet av kontraktet och avslutandet av den offentliga upphandlingen.

Tilldelningsbeslutet har verkan som en civilrättsligt bindande accept och ger i sig när det meddelas upphov till ett mellan parterna civilrättsligt bindande avtal. Avtalet kan alltså mycket väl vara civilrättsligt bindande för parterna, även om de inte utgör några "kontrakt" i upphandlingslagarnas mening, och trots att det ingås i strid med upphandlingslagarna. Att ett skriftligt kontrakt inte är undertecknat av båda parterna påverkar alltså inte tilldelningsbeslutets verkan som en avtalsrättslig accept. Avtal om upphandling och avtalsbundenhet parterna emellan uppstår därmed vid meddelandet av tilldelningsbeslutet (accepten) om anbud och accept överrensstämmer. Detta innebär att parterna i en upphandling blir bundna när den upphandlande myndigheten meddelar tilldelningsbeslutet till den anbudsgivare den avser att ingå kontrakt med. Trots att tilldelningsbeslutet ursprungligen inte var tänkt

att utgöra en avtalsrättslig accept så medför avtalslagen att tilldelningsbeslutet kan fungera som en sådan. Detta innebär att bindande avtal kan uppstå genom meddelande av beslutet.

Oavsett om min slutsats står överensstämmelse med upphandlingslagarnas struktur och den formalistiska upphandlingsprocess som de är uppbyggda kring, så är slutsatsen ett oundvikligt faktum. Anledningen till detta är att avtalslagen och dess huvudregel om hur avtal kommer till stånd är tillämplig även på offentlighetsrättsliga avtal. Om det tidigare rådde en rättsosäkerhet gällande ett tilldelningsbesluts verkan som accept och egenskap att grundlägga ett civilrättsligt avtal, så är rättsfrågan genom senare rättspraxis och förarbeten m.m. fullständigt belyst. Det råder enligt mig inte längre någon tvekan om rättsläget avseende när och hur ett civilrättsligt avtal kan slutas inom ramen för den offentliga upphandlingen.

Det finns slutsatsen till trots, förmodligen situationer då avtal inte kan anses ha uppstått parterna emellan genom meddelandet av ett tilldelningsbeslut. Förutsättningarna för när avtal inte kan anses ha uppstått, återstår att utreda. Det bör också tydliggöras under vilka förutsättningar ett tilldelningsbeslut möjligtvis inte skulle kunna tolkas som en avtalsrättsligt förpliktande accept.

8 Avslutande kommentarer

8.1 Samspelet mellan nationell rätt och EG-rätt samt offentlig rätt och civilrätt

Upphandlingslagarna vilar på tre rättsliga fundament. Den offentliga rätten, civilrätten och EG-rätten, och kan inte klassificeras helt under något av dessa rättsområden. Därav befinner sig den offentliga upphandlingen i ett rättsligt gränsland. Avtalsslutandet inom offentlig upphandling medför att både offentligrättsliga och civilrättsliga regler blir tillämpliga. Inom ramen för den offentliga upphandlingen sker en sammanflätning av både offentlig- och civilrättsliga regelverk. Upphandlingslagarnas samspel med övriga tillämpliga lagar, såsom avtalslagen, är inte oproblemiskt.

Upphandlingslagarna, och därmed det bakomliggande offentligrättsliga ramverket, innehåller många procedurbestämmelser som styr avtalsprocessen för offentlig upphandling och som skiljer från avtalslagens bestämmelser. Denna normkonflikt mellan två rättsområden, när civilrätten tillämpas inom det offentligrättsliga området (på offentlig upphandling) och den offentliga agerar inom ett traditionellt civilrättsligt område (inom avtalsrätten) är det lätt att förstå att oklarheter i rättstillämpningen uppstår.

Det faktum att Sverige är medlem i EU och att EG-rätten i högsta grad påverkar utformningen av vår nationella lag, ger upphov till lagkonflikter de olika rättsystemen emellan. I Sverige har vi att utgå från de grundläggande principerna i EG-fördraget, upphandlingsdirektiven och EG-domstolens praxis, vilka sätter ramarna, skapar förutsättningar och begränsar utrymmet för vår upphandlingslagstiftning. EG-rätten påverkar därmed utformningen av vår nationella lag och ger upphov till normkonflikter de olika rättsystemen emellan. Att upphandlingslagarna ursprungligen mynnar från EG-rätt medför också att det uppstår lagtolkningsproblem. Vidare uppstår svårighet att veta vad som utgör gällande rätt eftersom den svenska upphandlingslagstiftningen inte alltid överensstämmer med upphandlingsdirektiven.

8.1.1 Avtalsslutande inom offentlig upphandling i förhållande till avtalslagen

Den offentliga upphandlingen skiljer sig i flera hänseenden från den traditionella formen för avtals ingående. Upphandlingslagarnas bestämmelser gällande ingåendet av kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är strikt formella och processuella, för att garantera att lagarnas syften upprätthålls. Oberoende av att upphandlingslagarna inte är tänkta att reglera den rent avtalsrättsliga relationen mellan parterna och oaktat avtalslagens tillämplighet på den offentliga upphandlingen, innehåller upphandlingslagarna bestämmelser som trots allt stundtals ingriper i avtalslagens tillämpning.

Rättsområdet för offentlig upphandling skiljer sig från avtalsrätten på flera vis. Bland annat inskränker upphandlingslagarna starkt på den i avtalslagen grundläggande principen om avtalsfrihet. Till exempel kan inte en upphandlande myndighet fritt välja vem den vill ingå avtal med, men en leverantör (anbudsgivare) kan få myndighetens beslut om tilldelning av kontrakt överprövat. Offentlig upphandling passar inte heller, som beskrivits ovan, helt in i avtalslagens huvudregel och anbud - och acceptmodell eftersom upphandlingslagarna ger andra förutsättningar för att ett kontrakt skall ingås. Avtalsingåendet skiljer sig ytterligare från avtalslagens regler bland annat genom att ett beslut om vem myndigheten vill ingå avtal med kan upphävas av allmän domstol. Vidare gäller att omförhandlingar av avtal är möjliga enbart i viss begränsning, att ett kontrakt i väldigt få fall kan överlåtas på annan, att en anbudsgivare strikt måste följa angivet förfrågningsunderlag för att vara med i anbudsutvärderingen, samt att ett avtal inte kan vara obegränsat gällande i tid eller omfatta mer än vad som angivits i avtalet. Alla dessa situationer utgör exempel på något som kan konstituera ett handlande i strid med upphandlingslagarna, men som enligt avtalslagen skulle vara okontroversiellt och ett resultat av avtalsfriheten. LOU och LUF inskränker starkt på avtalsfriheten. Inskränkningen har dock ett högre syfte om en öppen upphandlingsmarknad med fri handel och konkurrens.

Sammanfattningsvis finns det många faktorer som bidragit till att rättsläget varit oklart gällande avtalsslutande och när bindande avtal sluts mellan parterna inom offentlig upphandling. Detta i synnerhet med hänsyn till att avtalsslutet enligt upphandlingslagarna efter lagändringarna inte stämmer överens med hur avtal sluts i enligt avtalslagen. Trots att avtalslagen är tillämplig på upphandlingsområdet och att det finns en tydlig uppdelning för när de olika lagarna är tillämpliga, uppstår det situationer där regelverken inte helt överensstämmer med varandra. Det uppstår i princip en normkonflikt mellan rättsområdena, vilken är en följd av EG-rättens företräde.

8.1.2 Civilrätligt- och offentligrättsligt perspektiv

Civilrätten och den offentliga rätten har traditionellt sett varit två åtskilda rättsområden. Trots detta är avtalslagens bestämmelser om avtalsslutande tillämpliga även inom området för offentlig upphandling och därmed inom den offentliga rätten. Den ökade omfattningen av offentlig upphandling innebär att den offentliga rätten (inom rättsområdet för offentlig upphandling) närmar sig civilrätten, där avtal länge har varit ett vanligt styrmedel. Dessa olika rättsområden sammanblandas i allt högre grad inom den offentliga upphandlingen av ekonomiska och konkurrensrättsliga syften. Detta bidrar till att det inom offentlig upphandling inte längre finns en lika tydlig gräns att dra mellan rättsområdena. Gränslandet mellan civilrätt och offentlig rätt håller på att suddas ut inom området för offentlig upphandling.

Käll- och litteraturförteckning

Lagar

Förvaltningslag (1986:223)

Köplag (1990:931)

Kommunallag (1991:900)

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

Lag (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid

Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

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

Sekretesslag (1980:100)

Förordningar och tillkännagivanden

Upphandlingsförordning (1986:266)

Förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning samt två tillkännagivanden

Förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt

Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Tilkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Tilkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Offentligt tryck

Propositioner

Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. (1914)

- Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling
- Prop. 1996/97:153 Ändringar i lag om offentlig upphandling
- Prop. 2001/02:142 del I Ändringar i lagen om offentlig upphandling
Regeringens förslag antogs (bet. 2001/02:FiU12, rskr. 2001/02:324).
- Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandlings och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Del 1 och 2 Regeringens förslag antogs (bet. 2007/08:FiU7, rskr. 2007/08:31)

Statens offentliga utredningar

- SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt
- SOU 2001:31 Mera värde för pengarna
- SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler
- SOU 2006:28 Nya upphandlingsregler 2

Litteratur

- Adlercreutz, Axel *Avtalsrätt I*, uppl. 10, Studentlitteratur, Lund, 1995
- Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement*, Second Edition, Thomson Sweet & Maxwell, 2005
- Forsberg, Niclas *Offentlig upphandling i praktiken*, uppl. 3:1, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004
- Grönfors, Kurt *Avtalslagen*, uppl. 3:1, Norstedts Juridik, Göteborg, 1995

- Hallgren, Thomas,
Hilborn, Ingegärd,
Sandström, Lena, *Kommunala driftsentreprenader – konkurrens
sättning inom äldre- och handikappsomsorg,
skola, fritid, och kultur*, Kommentus förlag,
Stockholm, 2001
- Hentze, Margaretha,
Sylvén, Hans, *Sveriges rikets lag: kommentarer*, Norstedts
juridik, 1998, Stockholm
- Madell, Tom-Erik, *Det allmänna som avtalspart- särskilt avseende
kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens
rättsverkningar*, uppl. 1:1, Norstedts Juridik,
Stockholm, 1998
- Schäder, Göran,
Melin, Mats, *EU:s konstitution, Maktfördelningen mellan den
europeiska unionen, medlemsstaterna och med-
borgarna*, uppl. 6:1, Norstedts Juridik, 2004
Stockholm
- Ramberg, Jan,
Ramberg, Christina, *Avtalsrätten*, uppl. 6, Norstedts Juridik
2004, Stockholm

Artiklar

- Christina Ramberg
Helena Rosén Andersson ”Förlorad verkan” av upphandlingskontrakt – en
ny civilrättslig ogiltighetsgrund i svensk rätt”
Offentliga affärer, 2008-02-06
- Jon Kihlman ”LOU, slutande av avtal och avtalsbundenhet”
Anbudsjournalen, nr 11, 2005
- Jon Kihlman ”LOU och allmän avtalsrätt”, Anbudsjournalen,
nr 7, 2005
- Anna Ulfsdotter Forsell
Kristian Pedersen ”Tilldelningsbeslutet innebär inte att avtal
uppkommit”, Anbudsjournalen, nr 50, 2006
- Jon Kihlman ”Visst kan ett tilldelningsbeslut vara en accept!”.
Anbudsjournalen, nr 1-3, 2007
- Kristian Pedersen
Anna Ulfsdotter Forsell ”Halvlogiskt om tilldelningsbeslutets
avtalsrättsliga verkan”, Anbudsjournalen, nr 5
2007.
- Henrik Seeliger
Anders Nilsson ”Avtalsrätten och LOU – verkan av ett
tilldelningsbeslut”, Anbudsjournalen nr 7, 2007

Helena Rosén
Andersson

”Ett tilldelningsbeslut kan vara en accept och därför medföra att avtal sluts!”,
Anbudsjournalen, nr 8, 2007

Övrigt

Samtal med Hans Sylvén den 6 maj 2008

Karnov 2006/07:I

Karnov 2007/08:I

Nämnden för offentlig upphandling

NOU info december -06 *Tilldelningsbeslut och civilrättslig bundenhet*

NOU info juni- 06 *Tilldelningsbeslutets civilrättsliga betydelse*

NOU yttrande
nr 2003/0176-29 *Yttrande i Regeringsrättens mål nr 998-2003*

NOU yttrande
2006/0114-29 *Upphandlande enhets skyldighet att följa nr domstols avgörande i mål om överprövning enligt LOU om civilrättsligt bindande avtal föreligger*

NOU info-mars 05

NOU info mars -07

EG-rättsligt material

EG-direktiv

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg – och anläggningsarbeten, ändrat genom rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden

tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

Rättsfallsförteckning

Allmän domstol

Högsta domstolen

Högsta domstolen, beslut den 6 december 2007 i mål nr Ö 3770-06.

Hovrätt

Svea Hovrätt, beslut den 18 augusti 2006 i mål nr Ö 2665-06

Förvaltningsdomstol

Regeringsrätt

RÅ 1996 ref 50

RÅ 2005 ref 10

RÅ 2005 ref 17

RÅ 2005 ref. 47.

RÅ 2007 ref. 28

Regeringsrättens beslut, den 11 februari 2008 i mål nr 2382-06

Regeringsrättens beslut, den 6 juli 2005 i mål nr 3420-05 (samt föredragningspromemoria upprättad den 3 mars 2004)

Kammarrätt

Kammarrätten i Göteborg, dom den 8 november 2005 i mål nr 6589-05

Kammarrätten i Göteborg, dom den 16 maj 2005 i mål nr 1031-05

Kammarrätten i Göteborg, dom den 11 februari 2008 i mål nr 5241-07

Domar från Europeiska gemenskapernas domstol

Mål C-81/98, Alcatel Austria m.fl. dom den 28 oktober 1999 i mål (REG 1999,s. I-7671)

Mål C- 76/97, Tögel dom av den 24 september 1998 i mål (REG 1998, s.I-5357)

Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Dom av den 3 december 2001 (REG 2001 s. I-09505)

Mål C-264/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike. Dom meddelad den 24 november 2004 (REG 2005 s. I-08831)

Mål C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti. Dom meddelad den 21 juli 2005. (REG 2005, s. I-0000)

Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Dom meddelad den 27 oktober 2005. (REG 2005, s. I-0000)

Mål C-20/01 och C-28/01, De förenade målen Bockhorn och Braunschweig, dom den 10 april 2003 (REG 2003, s. I-3609)

Mål C-503-04 Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland, dom den 18 juli 2007, (REG s. 2007-0000)

Mål C-6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L, dom den 15 juli 1964. i [1964] ECR 1141

Mål C-106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato/ Simmenthal [1978] ECR 62.

Mål C-360/96, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden mot BFI Holding BV, dom den 10 november 1998 (REG 1998, sid. I-6821)

Mål C-243/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark, dom den 22 juni 1993, (REG 1993 s. I-03353)

Mål C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl., dom den 24 januari 2008.