

Ogiltigförklarande av direktupphandlade avtal

Rättsläget efter en mindre upphandlingsrättslig revolution

Ragnar Petersson

Kandidatuppsats i handelsrätt
Offentlig upphandling
VT2012

Handledare
Catrin Karlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING	11
1.1 Bakgrund.....	11
1.2 Syfte och frågeställningar	12
1.3 Avgränsningar.....	13
1.4 Metod och material	13
2. OFFENTLIG UPPHANDLING.....	17
2.1 De offentliga inköpens omfattning	17
2.2 Syfte med regler om offentlig upphandling	17
2.3 Principer vid offentlig upphandling	18
2.3.1 <i>Principerna om likabehandling och icke-diskriminering</i>	18
2.3.2 <i>Öppenhetsprincipen</i>	18
2.3.3 <i>Proportionalitetsprincipen</i>	18
3. OGILTIGFÖRKLARANDE AV DIREKTUPPHANDLADE AVTAL.....	19
3.1 Rättsmedel innan ändringsdirektivet.....	19
3.1.1 <i>EU-rätt</i>	19
3.1.2 <i>Svensk rätt</i>	19
3.2 Ändringsdirektivet	20
3.2.1 <i>Utformningen</i>	21
3.2.2 <i>Undantag till ogiltigförklarande</i>	21
3.3 Införandet i svensk rätt.....	21
3.3.1 <i>Ogiltighetspåföljdens omfattning</i>	22
3.3.2 <i>Tvingande hänsyn till allmänintresse</i>	23

4. ANNONSERING OCH TILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING.....	25
4.1 Utebliven annonsering	25
4.2 Annonseringsplikt	25
4.3 Tillåten direktupphandling.....	25
4.3.1 Undantag från huvudregeln	25
4.3.2 Tillåten direktupphandling utanför direktivets tillämpningsområde	27
5. RÄTTVERKNINGAR AV OGILTIGFÖRKLARANDE	29
5.1 Uttalanden i förarbetet	29
5.2 Avtalsrättsliga konsekvenser	29
5.3 Skadestånd	30
5.3.1 Skadestånd till kontraherande leverantör	30
5.3.2 Koppling till äldre rättskällor	31
6. ANALYS.....	35
6.1 Gällande rätt.....	35
6.2 Förslag de lege ferenda	37
6.3 Slutsats	39
KÄLLFÖRTECKNING	40

Sammanfattning

För att kunna genomföra ett EU-direktiv introducerades år 2010 möjligheten för allmän förvaltningsdomstol att, efter ansökan om överprövning, ogiltigförklara ett direktupphandlat avtal. Denna möjlighet har tidigare inte existerat i svensk rätt och har därför i rättsvetenskaplig litteratur beskrivits som ”*en mindre upphandlingsrättslig revolution*”. Den svenska lagstiftaren har haft möjligheten att besluta huruvida ett ogiltigförklarande skulle omfatta retroaktiva eller endast framtida avtalsförpliktelser och har valt det första alternativet. Vidare har lagstiftaren valt att inte reglera rättsverkningarna av ett ogiltigförklarande av ett direktupphandlat avtal i lagtext. I denna uppsats utreds dels innebörden av den bestämmelse där möjligheten infördes (d.v.s. 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU) och dels de civilrättsliga rättsverkningarna av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras. Utöver detta förs även en de lege ferenda-diskussion angående införandet av möjligheten att upphäva direktupphandlade avtal i svensk rätt.

Av uppsatsens slutsatser framgår det att innebörden av 16 kap 13§ 1 st. 1p. LOU är klar vad gäller att bestämmelsen innebär en möjlighet att ogiltigförklara direktupphandlade avtal och vilka rekvisit som måste vara uppfyllda för att en direktupphandling ska definieras som otillåten. I utredningen dras också slutsatsen att det är oklart vad som krävs för att uppfylla undantaget tvingande hänsyn till allmänintresse. Vidare dras slutsatsen att de avtalsrättsliga verkningarna vid upphävande av ett otillåtet direktupphandlat avtal där prestationer inte har genomförts endast är att parternas förpliktelser upphävs.

Det står vidare klart att huvudregeln vid ett retroaktivt upphävande är att prestationerna ska återgå. Emellertid dras slutsatserna att rättsläget är oklart vad gäller rättsverkningarna då parterna helt eller delvis utfört prestationer som inte kan återgå. Dessutom är rättsläget oklart vad gäller den kontraherande leverantörens rätt till skadestånd på grund av att ett avtal upphävts. I diskussionen kritiserar utformningen av studerad lagstiftning främst på grund av bristande förutsebarhet vad gäller ogiltigförklarandets rättsverkningar och den kontraherande leverantörers möjlighet att tillerkännas skadestånd på grund av upphävandet.

Summary in English

In 2010 a new opportunity was introduced in the Swedish legal system after an implementation of a directive from the European Union. -After an application for review, this amendment of the public procurement law provides the administrative courts with the ability to annul directly assigned procurement contracts. This opportunity has not previously existed in Swedish Law and has therefore been described in the Swedish jurisprudential literature as “a small revolution for the public procurement law”. The Swedish legislature had the opportunity to decide whether the invalidation should include retroactive or only prospective contractual obligations and decided to pursue the first option. The Swedish legislature has also chosen not to regulate the legal consequences of an annulment in the statutory law.

This essay examines the content of the regulation in which this opportunity was implemented (Chapter 16, § 13 first part, first point, in the Swedish Law on Public Procurement (LOU)). The essay also examines the civil legal consequences of an annulment of this kind. In addition, the author also discusses the formation of the studied rules and how they should be outlined (*de lege ferenda*).

From the essay’s conclusion, it appears that the meaning of Chapter 16, § 13 first part, first point in LOU is clear regarding that the regulation provides an opportunity to cancel direct procurement contracts. It is also clear which of the necessary conditions must be at hand before such contracts shall be defined as irregular. However, the essay concludes that it is uncertain what the requirements are to fulfil the regulation about overriding reasons relating to a general interest, which thus provides an exception from the general rule.

Furthermore, the essay concludes that the legal consequences are clear in situations when a direct procurement contract is being annulled and the parties have not performed any of their obligations. It is also clear that the general rule is that the performances shall be reverted to each part when a contract is being retroactively repealed and the parties have fully or partially fulfilled their obligations. However, the essay concludes that the legal situation is unclear with respect to legal consequences after an annulment if the performances cannot be reverted. Moreover, regarding the contracting provider’s right to award damages, the legal situation is unclear due to the annulment of a contract.

In the discussion, the law studied is being criticized because of the lack of predictability. In particular, this refers to the insecurity about the legal consequences of a retroactive annulation when the parties have fully or partially fulfilled their obligations and also the insecurity about the contracting providers possibility to be granted compensation because of an annulation.

Förkortningar

Art.	Artikel
AvtL.	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Dir.	Direktiv
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KamR	Kammarrätten
KöpL.	Köplagen (1990:331)
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
PECL	Principles of European Contract Law
Prop.	Regeringens proposition
SFS	Svensk författningssamling
SkL.	Skadeståndslagen (1972:207)
SvJT	Svensk Juristtidning
UNIDROIT	International Institute for the unification of Private Law

1. INLEDNING

1.1 Bakgrund

För att uppfylla ett nytt rättsmedelsdirektiv¹ trädde ett antal ändringar i den svenska upphandlingslagen LOU i kraft den 15 juli år 2010. En av de mer betydelsefulla ändringarna var introduktionen av möjligheten för allmän förvaltningsdomstol att efter ansökan om överprövning ogiltigförklara direktupphandlande² avtal.³

Ett direktupphandlat avtal är ett avtal som upphandlats utan föregående annonsering eller konkurrensutsättning.⁴ Otillåtna direktupphandlingar har betecknats som de allvarligaste överträdelsena av gemenskapslagstiftningen som en upphandlande myndighet eller enhet kan begå⁵ och det har tidigare inte funnits någon möjlighet att ogiltigförklara sådana avtal i svensk rätt.⁶

Införandet av möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlade avtal har i rättsvetenskaplig litteratur därför beskrivits som en ”*mindre upphandlingsrättslig revolution*” eftersom det öppnats en möjlighet att på allvar ingripa mot otillåtna direktupphandlingar även efter det att avtal tecknats.⁷

Medlemsstaterna har i sin implementering av ändringsdirektivet fått välja på om ett ogiltigförklarande ska omfatta retroaktiva avtalsförpliktelser eller endast framtida. Många remissinstanser har av praktiska skäl förordat att lagstiftaren skulle välja den senare lösningen med motiveringen att ett retroaktivt upphävande kan ge märkliga konsekvenser.⁸

Emellertid valde den svenske lagstiftaren att ogiltigförklarandet även skulle omfatta retroaktiva avtalsförpliktelser.⁹ Vidare har lagstiftaren bedömt att rättsverkningarna av att ett avtal ogiltigförklaras på grund av att det tillkommit i strid med upphandlingslagstiftningen inte bör regleras i särskild lagtext.¹⁰

¹ 2007/66/EG, det s.k. ”ändringsdirektivet”.

² Beteckningarna ”direktupphandlat avtal” och ”direkttilldelat avtal” används synonymt i hela uppsatsen.

³ Pedersen s. 812.

⁴ Jfr Madell & Björklund s. 580.

⁵ Beaktandesats (13), 2007/66/EG.

⁶ Prop. 2009/10:180 s. 98.

⁷ Pedersen s. 812.

⁸ Prop. 2009/10:180 s. 128f.

⁹ Prop. 2009/10:180 s. 136.

¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 127.

Då möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlade avtal är ny och främmande för den svenska rättsordningen¹¹ uppstår frågan hur rättsläget nu ser ut och om det verkligen skett en mindre upphandlingsrättslig revolution.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen har två övergripande syften. Det första är att *utreda innebörden* av den bestämmelse i LOU som reglerar den nyligen införda möjligheten för allmänna förvaltningsdomstolar att ogiltigförklara direktupphandlade avtal. Inom ramen för detta eftersträvas att utreda vilka rekvisit som måste vara uppfyllda för att avtal ska ogiltigförklaras samt eventuella undantag då ogiltigförklarande inte ska ske.

Det andra övergripande syftet med uppsatsen är att *utreda de civilrättsliga rättsverkningarna* av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras. Dels eftersträvas att utreda de avtalsrättsliga följderna av ett sådant upphävande och dels eftersträvas att utreda vilka möjligheter den leverantör som varit avtalspart i det upphävda avtalet, har att tillerkännas skadestånd av den offentliga parten.

Utöver dessa två övergripande syften ämnas i uppsatsen att föra en *de lege ferenda*-diskussion rörande den svenska lagstiftarens val vid implementeringen av ändringsdirektivet och utformningen av de regler som ska studeras i föreliggande uppsats.

Således ämnas följande två huvudfrågeställningar besvaras:

- Vad är innebörden av 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU?
- Vilka blir de civilrättsliga rättsverkningarna av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras?

Vidare ämnas följande underfrågeställningar besvaras:

- När kan ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras?
- Vad innebär det avtalsrättsligt att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras?
- Vilken rätt har den kontraherande leverantören till skadestånd från den offentliga aktören på grund av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras?

I de lege ferenda-diskussionen ämnas följande fråga diskuteras:

- Har lagstiftaren utformat de nationella reglerna rörande möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlade avtal på ett optimalt sätt, med beaktade av syftet med regler om offentlig upphandling?

¹¹ Norrman m.fl. avsnitt 16:3.

1.3 Avgränsningar

Rörande uppsatsens utredning av annonseringsplikt och möjliga undantag till detta kommer det inte att redogöras för hur en annonsering enligt LOU *rent konkret går till*. Dessa avgränsningar motiveras av utrymmesskäl.

I uppsatsen kommer det inte heller att redogöras för vilka aktörer som har *talerätt* att ansöka om att ett avtal ska ogiltigförklaras. Detta motiveras av utrymmesskäl.

I redogörelsen för civilrättsliga konsekvenser rörande ogiltigförklarande av ett direktupphandlat avtal kommer uppsatsen att utreda den kontraherande leverantörens möjligheter att kräva ersättning från den myndighet eller enhet som ingått avtalet i strid med LOU. Denna redogörelse kommer uteslutande att begränsas till möjligheten att kräva ersättning enligt LOU och till detta regelverk hänförliga förarbeten och praxis. Således kommer det i uppsatsen inte att undersökas huruvida skadestånd kan *åberopas med stöd av exempelvis SkL*. Denna avgränsning motiveras av utrymmesskäl samt att andra uppsatser redan berört detta ämne.

I uppsatsen kommer det vidare inte utredas om rättsverkningarna kan leda till att en *obehörig vinst kan uppstå*. Denna avgränsning motiveras också av utrymmesskäl.

Slutligen är uppsatsen avgränsad till att inte innehålla några *komparativa inslag*. En komparativ studie av hur införandet av ändringsdirektivet och möjligheterna att ogiltigförklara avtal genomförts i andra medlemsstater hade givetvis kunnat ge föreliggande uppsats en intressant infallsvinkel, inte minst till en de lege ferenda-diskussion om huruvida de svenska reglerna utformats på ett optimalt sätt. Avgränsningen motiveras av tidsskäl och att uppsatsen troligen skulle få ett snedvidet fokus utifrån vad uppsatsens två övergripande syften är.

1.4 Metod och material

I uppsatsen används en *rättsdogmatisk* metod genom vilken rättsordningen framställs som ett koherent nätverk av huvudregler och undantag.¹² Vidare innebär det att det görs en tolkning och systematisering av gällande rätt i uppsatsen.¹³ Denna tolkning och systematisering kommer att ta utgångspunkt i de befintliga rättskällorna.¹⁴ I uppsatsen sker i *avsnitt 2.2-5* med hjälp av tolkning och systematisering en beskrivning av gällande rättsregler. I *avsnitt 6.1* beskrivs inte några ytterligare rättskällor utan i stället görs en systematisering och slutavvägning¹⁵ mellan de olika beskrivna rättskällorna för att slutligen inom uppsatsens problemformulering påstå vad gällande rätt är.

I *avsnitt 6.2* framläggs förslag de lege ferenda rörande en alternativ utformning av gällande rätt, något en ”rättsdogmatiker” kan göra som ett kompletterande moment¹⁶. I

¹² Peczenik (2005) s. 249.

¹³ Jfr Peczenik (1995) s. 312.

¹⁴ Lehrberg (1992) s. 38.

¹⁵ Peczenik (2005) s. 261.

¹⁶ Peczenik (1995) s. 313.

detta avsnitt görs en ansats att kritisera utformningen av de rättsregler som systematiseras och tolkas i uppsatsen och dessutom diskuteras förslag till ändringar av den gällande rätten.¹⁷ Det ska poängteras att i detta avsnitt systematiseras och tolkas inte gällande rätt och således används inte den rättsdogmatiska metoden som beskrivits ovan. I *avsnitt 6.3.* görs slutligen en sammanfattande slutsats där de uppställda problemformuleringarna kort besvaras utifrån resultatet i avsnitt 6.1. och 6.2.

Den rättsdogmatiska metoden har kritiserats för att vara en metod i vilken det vid användande är ofrånkomligt att blanda in egna värden och värderingar.¹⁸ I uppsatsen strävas emellertid efter att i möjligaste mån vara deskriptiv i beskrivningen av gällande rätt. Då det emellertid inte är möjligt att vara helt värderingsfri får metoden som används i uppsatsen klassificeras som *deskriptivnormativ*.¹⁹

Utgångspunkt i uppsatsen tas i de befintliga rättskällorna. Med ***befintliga rättskällor*** åsyftas primärt lag, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.²⁰ Dessa rättskällor utgör samma material som domstolar vanligen lägger till grund för sina avgöranden.²¹ Det ska dock poängteras att rättsområdet offentlig upphandling är en hybrid mellan förvaltningsrätt och civilrätt.²² I de delar av uppsatsen som beskriver civilrättsliga regler framförallt *avsnitt 5* kommer även handelsbruk och sedvänja att beaktas då dessa utgör supplerande rättskällor inom den kommersiella rätten.²³

Utformningen av lagtext skiljer sig generellt mellan den offentliga rätten och den privata rätten. Den offentliga rätten är ofta mer detaljreglerad vilket beror på att den reglerar maktutövning på ett helt annat sätt än den privata rätten.²⁴ Detta kan förklaras med att den offentliga rätten innefattar påbud som måste respekteras ifall det demokratiska samhällssystemet ska fungera. Vid eventuell kollision mellan civilrätt och offentlig rätt kommer därför den offentliga rätten som utgångspunkt att ha företräde i uppsatsen.

Vidare bygger stora delar av den lagstiftning som denna utredning studerar på olika EU-direktiv. EU-rättsliga direktiv är inte direkt tillämpliga i svensk rätt utan anger anvisningar till medlemsstaternas nationella normgivare inom vilka avsedda ramar dessa ska agera.²⁵ Dock ska nationell rätt tolkas enligt en *direktivkonform tolkning* så att den rätt som införlivats så långt som möjligt överensstämmer med direktivets ordalydelse och syftet med EU-rätten i övrigt. Då nationella regler i praktiken tolkas i ljuset av direktiven och dess förarbeten (d.v.s. i denna uppsats utgörs detta av preamblen i ett direktiv) av svensk domstol kommer därför dessa rättskällor att studeras i utredningen.²⁶

¹⁷ Peczenik (1995) s. 313.

¹⁸ Jareborg s. 7f.

¹⁹ Peczenick (2005) s. 249f.

²⁰ Bernitz m.fl. s. 28.

²¹ Hellner s. 22., Peczenik (1995) s. 316.

²² Ramberg & Ramberg s. 110.

²³ Bernitz m.fl. s. 29.

²⁴ Strömberg s. 17.

²⁵ C-233/00, p. 75ff, Hettne m.fl. s. 178, Bernitz m.fl. s. 72.

²⁶ Hettne m.fl. s. 189.

Vad gäller EU-domstolens avgöranden är de formellt sett endast bindande i konkreta fall men i praktiken råder prejudikatföljsamhet från de nationella domstolarna. Därför kommer även EU-domstolens praxis att beaktas som rättskälla i den föreliggande utredningen.²⁷ Slutligen är enligt EU-domstolens praxis medlemsstaterna skyldiga att respektera unionsrättens allmänna principer när de tillämpar unionsrätten.²⁸ Med unionsrättens tillämpningsområde avses bland annat situationer som regleras av direktiv. Eftersom den svenska upphandlingsrätten bygger på bakomliggande EU-direktiv kommer därför relevanta unionsrättsliga principer såsom proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen att beaktas i utredningen.²⁹

Av svenska förarbeten kan propositioner enligt professor Madeleine Leijonhufvud med fog betecknas som de generellt viktigaste lagförarbetena.³⁰ Därför kommer uppsatsen särskilt att studera propositionen ”2009/10:180 - Nya rättsmedel på upphandlingsområdet” för att förmedla en klar bild vad den gällande lagtexten i LOU innebär i ljuset av detta förarbete.³¹

Rättsvetenskaplig litteratur kommer att användas flitigt i uppsatsen. I uppsatsen används framförallt sådan litteratur som med dess ålder, bredd och tillförlitlighet samt förmåga att erbjuda bra juridiska lösningar satt prägel på många juristers tänkande.³² Trots att rättsvetenskaplig litteratur saknar auktorativ innebörd bör dess betydelse inte underskattas.³³ Peczenik har skrivit att det är uppenbart och allmänt erkänt att inte ens den mest ansedde författaren har något som helst anspråk på lydnad i den bemärkelse som lagstiftaren åtnjuter.³⁴ I stället vinner författaren anseende genom att prestera skicklig argumentation och de svenska domstolarna brukar i vissa fall beakta den rättsvetenskapliga litteraturen.³⁵

Därför refereras i föreliggande utredning bland annat till Axel Adlercreutz standardverk ”Avtalsrätt I” samt Jan och Christina Rambergs bok ”Allmän Avtalsrätt”. Boken ”Lag om offentlig upphandling – en kommentar”, skriven av Jan-Erik Falk används också i stor omfattning. Vidare har artiklar från viktigare rättsvetenskapliga tidskrifter i Norden såsom Svensk Juristtidning studerats. Slutligen refereras även till material som publicerats i Europarättslig tidskrift vilken har definierats som en specialtidning inom den svenska rättsvetenskapen.³⁶

Möjligheten att ogiltigförklara avtal med stöd av LOU är en relativt ny företeelse i svensk rätt och därför finns inga relevanta prejudikat från HFD. I uppsatsen refereras det till några kammarrättsfall. Då dessa rättsfall inte har något prejudikatvärde kommer de i

²⁷ Bernitz m.fl. s. 64.

²⁸ Hettne m.fl. s. 236.

²⁹ Hettne m.fl. s. 239.

³⁰ Bernitz m.fl. s. 104.

³¹ Jfr Bernitz m.fl. s. 118.

³² Lehrberg (2010) s. 169.

³³ Lehrberg s. 169.

³⁴ Peczenik (1995) s. 260.

³⁵ Peczenik (1995) s. 262.

³⁶ Bernitz m.fl. s. 184.

uppsatsen bara användas för att ses som exempel på hur domstolarna bedömt en viss situation.³⁷ Slutligen redogörs även för statistik från Konkurrensverkets rapportserie i *avsnitt 2.1*. Det bör klargöras att detta material inte utgör rättskällor. Denna statistik fyller i stället funktionen att ge läsaren en bakgrundsförståelse för upphandlingsområdets ekonomiska omfattning.

1.6 Disposition

Avsnitt 2 innehåller en beskrivning av de offentliga inköpsens omfattning, syftet med regler om offentlig upphandling samt vissa EU-rättsliga principer som beaktas inom offentlig upphandling.

Avsnitt 3 innehåller en beskrivning av rättsläget i EU och Sverige innan införandet av ändringsdirektivet. Vidare redogörs det i kapitlet för implementeringen av möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlande avtal. Avsnittet innehåller vidare beskrivningar av rättsregler som berör innebörden av 16 kap 13§ 1 st. 1 p. Slutligen innehåller avsnittet en beskrivning av undantaget tvingande hänsyn till allmänintresse.

Avsnitt 4 innehåller en beskrivning av vad rekvisitet ”utebliven” annonsering innebär vid ogiltigförklarande av direktupphandlade avtal. Vidare innehåller avsnittet en beskrivning av de rättsregler som vid tillämplighet innebär att en direktupphandling är att definiera som tillåten.

Avsnitt 5 innehåller en beskrivning av de rättskällor som berör avtalsrättsliga rättsverkningar vid ett ogiltigförklarande av direktupphandlande avtal. Avsnittet innehåller också en beskrivning av rättskällor som berör en kontraherande leverantörs möjlighet att erhålla skadestånd på grund av att ett direktupphandlat avtal upphävts.

Avsnitt 6 innehåller tre delar. Avsnitt 6.1. innehåller en redogörelse för vad som är gällande rätt inom ramen för uppsatsens problemformuleringar. Avsnitt 6.2. innehåller ett förslag de lege ferenda och avsnitt 6.3. innehåller slutsatser och sammanfattande svar på de frågor som ställts i uppsatsens problemformulering.

³⁷ Bernitz m.fl. 237.

2. OFFENTLIG UPPHANDLING

2.1 De offentliga inköps omfattning

I Sverige och övriga länder inom EU görs årligen offentliga inköp som uppgår till en betydande del av ekonomin.³⁸ De metoder som använts för att uppskatta omfattningen har av Konkurrensverket bedömts som mycket osäkra.³⁹ Emellertid för att exemplifiera en möjlig omfattning kan nämnas att Konkurrensverket år 2010 gjorde en uppskattning av den totala upphandlingspliktiga volymen i Sverige till 510-608 miljarder kronor, det vill säga 15,5-18,5 procent av landets BNP det året.⁴⁰

2.2 Syfte med regler om offentlig upphandling

Syftet med reglerna om offentlig upphandling kan härledas tillbaka till Romfördraget, vilket undertecknades 1957 och utgjorde grunden för Europeiska Ekonomiska Gemenskapen (EEG) vilket sedermera kom att utvecklas till Europeiska unionen (EU).⁴¹ I Romfördraget infördes principerna om fri varurörelse⁴², fri etableringsrätt⁴³ samt den fria rörligheten för tjänster⁴⁴. Dessa principer har genomsyrat och utgjort den ideologiska grunden till de regler om offentlig upphandling som därefter införts i EU-rätten genom ett antal direktiv.⁴⁵ Det primära syftet med reglerna om samordning av offentlig upphandling är därför att upprätthålla den inre marknaden.⁴⁶ Ett annat syfte är att genom öppenhet och förutsägbarhet motverka korrupcion inom offentlig sektor.⁴⁷

Mer explicit syftar reglerna om offentlig upphandling till att garantera att offentliga kontrakt inom EU tilldelas i en rättvis och öppen konkurrens. Målet är att skapa möjligheter för företag i medlemsstaterna att delta i offentliga upphandlingar samt säkerställa att offentliga medel används på bästa sätt. För att säkerställa att medlemsstaterna i EU följer samma principer och för att skapa förutsättningar under konkurrensmissiga förhållanden har offentlig upphandling detaljreglerats på EU-nivå

³⁸ Bergman m.fl. s. 14.

³⁹ Konkurrensverkets rapportserie 2012:13 s. 45.

⁴⁰ Konkurrensverkets rapportserie 2011:1 s. 13.

⁴¹ Falk s. 26.

⁴² Artiklarna 34-36, Romfördraget.

⁴³ Artiklarna 49-50, Romfördraget.

⁴⁴ Artiklarna 56-57, Romfördraget.

⁴⁵ Falk s. 26.

⁴⁶ Slavicek s. 21.

⁴⁷ Ramberg & Ramberg s. 109.

genom olika direktiv som därefter har implementerats i medlemsstaternas nationella rättsordningar.⁴⁸

2.3 Principer vid offentlig upphandling

I svensk lag anges att vid offentlig upphandling ska myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska vid upphandlingar principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.⁴⁹ Dessa principer ska tillämpas genom hela upphandlingsprocessen för att realisera den fria rörligheten av varor och tjänster samt den fria etableringsrätten.⁵⁰ Ovannämnda principer är implementerade från EU-rätten och nedan följer en särskild redogörelse av de principer som kan komma att beröras i uppsatsen.

2.3.1 Principerna om likabehandling och icke-diskriminering

Dessa principer förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som till exempel företag med verksamhet på en viss ort eller i den egna kommunen.⁵¹

2.3.2 Öppenhetsprincipen

EU-domstolen har klargjort att principerna om likabehandling och ickediskriminering medför en skyldighet att lämna insyn i upphandlingsförfarandet. Kravet på öppenhet syftar till att garantera att varje upphandlingsförfarande är öppet för varje tänkbar anbudsgivare⁵². Detta krav innebär också att företag belägna i andra medlemsstater ska ha tillgång till relevanta uppgifter om upphandlingen innan kontraktet har tilldelats med anledningen att detta företag ska ha möjlighet att uttrycka sitt intresse för att teckna kontraktet^{53, 54}.

2.3.3 Proportionalitetsprincipen

Denna princip innebär att det förutsätts att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Uppställda krav vid en offentlig upphandling får därför inte vara onödiga eller oproportionerliga⁵⁵.

⁴⁸ Bergman m.fl. s. 14.

⁴⁹ 1 kap. 9§ LOU.

⁵⁰ Falk s. 46.

⁵¹ Mål C-31/87, Mål C-243/89. Jfr Prop. 2009/10:180 s. 89f.

⁵² Mål C-458/03, p.49, Mål C-324/98 p. 61-62.

⁵³ Mål C-231/03. p. 20.

⁵⁴ Prop. 2009/10:180 s. 90.

⁵⁵ Jfr Mål C-234/03, p. 43 och 55.

3. OGILTIGFÖRKLARANDE AV DIREKTUPPHANDLADE AVTAL

3.1 Rättsmedel innan ändringsdirektivet

3.1.1 EU-rätt

Rättsområdet offentlig upphandling har sedan år 1971 reglerats i olika EU-direktiv.⁵⁶ Det dröjde dock fram till början av 1990-talet innan de första rättsmedelsdirektiven⁵⁷ utfärdades. I dessa rättsmedelsdirektiv reglerades bland annat leverantörers rätt till överprövning av upphandlingsbeslut och möjligheten att väcka talan om skadestånd vid upphandlingar som stridit mot upphandlingsregler.⁵⁸ Dessa rättsmedelsdirektiv har inte inneburit en möjlighet för prövningsorgan i respektive stat att ogiltigförklara kontrakt som strider med upphandlingsregler⁵⁹.

Rättsutvecklingen inom den offentliga upphandlingen har drivits fram av EU-domstolen vilket påverkat innehållet i direktiven.⁶⁰ Möjligheten att ogiltigförklara avtal som ingåtts i strid med upphandlingsregler har behandlats i två domar från dåvarande EG-domstolen meddelade 10 april 2003 och 18 juli 2007 mellan Europeiska gemenskapernas kommission och Förbundsrepubliken Tyskland.⁶¹ I dessa två domar slog EG-domstolen fast att en medlemsstat *kan* vara skyldig att verka för att ett upphandlingskontrakt, som ingåtts i strid med upphandlingsreglerna ska upphöra att gälla⁶². Dessa domar föregick således ändringsdirektivet vilket utfärdades den 11 december 2007.

3.1.2 Svensk rätt

Innan lagändringen av LOU den 15 juli 2010 fanns en möjlighet till överprövning av beslut *under* en upphandlingsprocess. Ansökan om överprövning kunde göras till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlade myndigheten eller enheten hade sin hemvist. En sådan ansökan fick dock inte prövas *efter* den tidpunkt då det fanns ett giltigt avtal om upphandling. I praktiken innebar detta att så fort ett direktupphandlat avtal

⁵⁶ Exempelvis. Rådskdirektiv 71/305, Rådskdirektiv 77/62 EEG, Direktiv 80/767/EEG, Direktiv 88/295/EEG.

⁵⁷ Direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG, "Första resp. andra rättsmedelsdirektivet".

⁵⁸ Falk s. 26f.

⁵⁹ jfr Direktiv 89/667/EEG art 2., Direktiv 92/13/EEG art 2.

⁶⁰ Falk s. 26f.

⁶¹ Förenade målen C-20/01 och C-28/01, mål C-503/04.

⁶² Jfr b.la. punkt 33-42 i mål C-503/04.

slutits kunde dess civilrättsliga giltighet inte upphävas.⁶³ Det rättsmedel som fanns att tillgå för en leverantör som uteslutits ur upphandlingen och på grund av det direktupphandlade avtalet lidit skada var att väcka en skadeståndstalan mot den upphandlade myndigheten eller enheten.⁶⁴

3.1.2.1 Tidigare inställning

I tidigare förarbeten till svenska upphandlingslagar har frågan att införa en möjlighet för domstol att civilrättsligt ogiltigförklara upphandlingskontrakt diskuterats. Det har då konstaterats att ”en ogiltighetsregel vid upphandlingskontrakt skulle utgöra avsteg från vad som normalt gäller”. Vidare har det konstaterats att den grundläggande påföljden vid ogiltighet är en återgång av avtalet. Det har uttryckts att i den mån en avtalad prestation fullgjorts är återgång i praktiken normalt inte möjlig vid tjänsteupphandling och inte heller vid varuupphandling eftersom köparen ofta hunnit förbruka eller på annat sätt använt sig av varan. Därför har det i förarbetet uttryckts att ”ogiltigheten är sålunda en ofta opraktisk påföljd som bör användas med viss försiktighet”.⁶⁵

I ett ännu tidigare förarbete från 1992 har möjligheten att ogiltigförklara ett avtal som ingåtts i strid med upphandlingslagstiftningen också diskuterats. Det har då uttryckts att ”det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats skall kunna upphävas i administrativ ordning”. I förarbetet har i stället konstaterats att den som är missnöjd får gå skadeståndsvägen.⁶⁶

3.2 Ändringsdirektivet

Den 11 december 2007 utfärdade Europaparlamentet och rådet det så kallade ”ändringsdirektivet”⁶⁷. Ett av två övergripande syften med direktivet var att komma till rätta med problemet att upphandlande myndigheter eller enheter skyndade sig att teckna upphandlingskontrakt genom att ingå avtal och stängde på det sättet möjligheten till överprövning (s.k. ”race to signature”).⁶⁸ I ändringsdirektivet redogjordes i beaktandesats 13 för synen på otillåten direkttilldelning enligt följande:

”(13) För att bekämpa otillåten direkttilldelning, som av EG-domstolen har betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller enhet kan begå, bör effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner föreskrivas. Ett avtal som har ingåtts till följd av en otillåten direkttilldelning bör därför i princip anses vara ogiltigt. Ogiltigheten bör inte vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som fattas av ett oberoende prövningsorgan.”

Vidare redogjordes i ändringsdirektivets beaktandesats 14 för varför rättsmedlet att ogiltigförklara avtal var ett lämpligt verktyg för att bekämpa otillåtna direkttilldelningar enligt följande:

⁶³ Prop. 2009/10:180 s. 98.

⁶⁴ Prop. 2009/10:180 s. 99.

⁶⁵ Prop. 2001/02:142 s. 74f.

⁶⁶ Prop. 1992/93:88 s. 101.

⁶⁷ Direktiv 2007/66/EG.

⁶⁸ Prop. 2009/10:180 s. 100.

”(14) Ogiltighet är det effektivaste sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de ekonomiska aktörer som på olagligt sätt har berövats sina konkurrensmöjligheter. Direkttilldelning i den mening som avses i detta direktiv bör omfatta all upphandling där inget föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling har gjorts i Europeiska unionens officiella tidning enligt direktiv 2004/18/EG. Detta motsvarar ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling enligt direktiv 2004/17/EG”

3.2.1 Utformningen

I artikel 2d. i ändringsdirektivet utfärdades att rättsmedlet ogiltighet av offentliga kontrakt skulle införas och regleras i medlemsstaterna. Det framgick i ändringsdirektivets artikel 2d.2. att följderna av att ett avtal anses ogiltigt skulle bestämmas i medlemsstaternas nationella lagstiftning. Det angavs vidare i artikel 2d.2. att medlemsstaterna fick välja på att antingen föreskriva ett *retroaktivt upphörande* av alla avtalskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att endast omfatta de skyldigheter som ännu inte *fullgjorts* (d.v.s. framtida förpliktelser).

I fall medlemsstaterna valde att ogiltigförklarandet endast skulle omfatta framtida förpliktelser framgick det av art. 2d.2. att alternativa sanktioner skulle föreskrivas. Dessa sanktioner skulle enligt ändringsdirektivets artikel 2e.2. vara effektiva, proportionella och avskräckande. De fick utgöras av antingen att den upphandlande myndigheten ålades avgifter eller att avtalstidens längd förkortades.

3.2.2 Undantag till ogiltigförklarande

I ändringsdirektivets artikel 2c.3. gavs medlemsstaterna en möjlighet att föreskriva att avtal som förklarats ogiltiga av oberoende prövningsorgan enligt art. 2d.1a. (d.v.s. direktupphandlade avtal), inte behöver ogiltigförklaras i en viss situation. Det gällde om prövningsorganet fann efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att *tvingande hänsyn till allmänintresse* kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas.

I artikel 2c.3. kungjordes vidare att vad gäller ”tvingande hänsyn till allmänintresse” fick ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls endast betraktas i undantagsfall då ogiltighet skulle leda till oproportionerliga följder.

3.3 Införandet i svensk rätt

Den 2 juni 2010 röstade riksdagen igenom en lagändring som innebar att regeringens förslag i propositionen ”*Prop. 2009/10:180, Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*” antogs.⁶⁹ Lagändringen trädde i kraft den 15 juli 2010.

Bestämmelsen angående möjlighet att ogiltigförklara direktupphandlade avtal infördes i dåvarande 16 kap 15§ 1 st. LOU. Den återfinns efter en senare lagändring⁷⁰ under

⁶⁹ Rskr. 2009/10:310.

⁷⁰ SFS 2011:130, Lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

rubriken ”*överprövning av ett avtals giltighet*” i 16 kap 13§ 1 st. Denna bestämmelse överensstämmer med 16 kap 15§ 1 st. LOU⁷¹ och lyder enligt följande:

”Rätten ska besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1p. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5§, 14 kap. 5§ eller 15 kap 4§.”

Undantaget för tvingande hänsyn till allmänintresset infördes i dåvarande 16 kap 16§ LOU och har efter en lagförändring bytt plats till 16 kap 14§ LOU som överensstämmer med den tidigare 16 kap 16§ LOU.⁷² och har följande lydelse:

”Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13§ är uppfyllda.”

Nedan följer en redogörelse av förarbetet till dessa regler.

3.3.1 Ogiltighetspåföljdens omfattning

I valet mellan att ett ogiltigförklarande skulle omfatta ett retroaktivt upphörande av alla avtalsförpliktelser eller endast framtida föreslog regeringen det första alternativet.⁷³ Flera remissinstanser ställde sig kritiska till detta förslag och framförde att ogiltighet som medför en återgång av redan genomförda prestationer är en udda och märklig regel i den svenska rättsordningen.⁷⁴

Regeringen motiverade förslaget med att ett retroaktivt upphörande torde ha större *preventiv effekt* på upphandlande myndigheter och enheter än om ogiltigheten begränsades till att omfatta endast de skyldigheter som ännu inte fullgjorts.

Dessutom menade regeringen att de leverantörer som inte fått teckna ett specifikt kontrakt borde ha ett större intresse av att föra en talan om ogiltighet om det första alternativet valdes. Anledningen var enligt regeringen att ett bifall till talan då skulle innebära en möjlighet att vid en förnyad upphandling tilldelas hela det ursprungliga kontraktet och inte bara de delar som inte redan fullgjorts.⁷⁵ Slutligen föreslog regeringen att *ingen alternativ sanktion* utöver ogiltighetstalan skulle påföras en upphandlande myndighet eller enhet.⁷⁶

⁷¹ Prop. 2010/11:150 s. 328, s. 466.

⁷² Prop. 2010/11:150 s. 466.

⁷³ Prop. 2009/10:180 s. 136.

⁷⁴ Prop. 2009/10:180 s. 128.

⁷⁵ Prop. 2009/10:180 s. 136.

⁷⁶ Prop. 2009/10:180 s. 137.

3.3.2 Tvingande hänsyn till allmänintresse

Regeringen föreslog i enlighet med ändringsdirektivet att om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten besluta att avtal ska bestå även om förutsättningarna för ett ogiltigförklarande är uppfyllda.⁷⁷ Vilka intressen som ska inrymmas under rekvisitet ”*allmänintresse*” definierades inte i propositionen.

Exempel gavs på vad som definierats som allmänintressen inom andra EU-rättsliga områden dock uttrycktes inte explicit att dessa skulle anses vara allmänintressen enligt denna bestämmelse.⁷⁸

Regeringen gav dock viss ledning i hur begreppet ska tolkas. Det föreslogs att begränsad vikt ska läggas vid ekonomiska intressen och att intressen med direkt koppling till avtalet i fråga inte ska utgöra tvingande hänsyn till allmänintresse.⁷⁹ Vidare föreslog regeringen att domstolarna ska göra en skälig avvägning mellan allmänintresset och en leverantörs intresse av att få ett ingånget avtal ogiltigförklarat i syfte att en ny upphandling ska företas.⁸⁰ Regeringen skrev vidare att undantagsbestämmelsen ska tillämpas *restriktivt* och att endast exceptionella omständigheter kan medföra att ett avtal får bestå.⁸¹

Regeringen bedömde vidare att det inte ska vara möjligt att låta en del av ett avtal bestå med hänsyn till intresset även om denna del kan anses uppfylla undantaget. En sådan lösning ansågs medföra ytterligare komplexitet i regelverk och enskilda prövningar.⁸² Utöver dessa anvisningar *överlämnade regeringen till rättskiparen* i de allmänna förvaltningsdomstolarna att avgöra utifrån omständigheterna i varje enskilt mål om ett ”allmänintresse” kan anses föreligga.⁸³

I ett mål i kammarrätten i Göteborg⁸⁴ år 2011 har undantaget om tvingande hänsyn till allmänintresse ansetts föreligga. Det rörde sig om ett uppdragsavtal upphandlat av länstrafiken som omfattande bland annat beställningscentral, planeringsverksamhet för sjuk-och färdtjänstresor samt tidsupplysningar. KamR konstaterade att det rörde sig om en otillåten direkttilldelning men att exceptionella omständigheter förelåg som motiverade att avtalet fick bestå. Anledningen var att tjänsterna påverkade människors liv och hälsa och att det till viss del var svaga i samhället som skulle drabbas om tjänsterna inte kunde utföras.

⁷⁷ Prop. 2009/10:180 s. 137.

⁷⁸ Prop. 2009/10:180 s. 138, s. 362.

⁷⁹ Prop. 2009/10:180 s. 362.

⁸⁰ Prop. 2009/10:180 s. 362.

⁸¹ Prop. 2009/10:180 s. 139.

⁸² Prop. 2009/10:180 s. 139.

⁸³ Prop. 2009/10:180 s. 139.

⁸⁴ KamR 5819-11.

4. ANNONSERING OCH TILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING

4.1 Utebliven annonsering

Utebliven annonsering är ett centralt rekvisit som måste föreligga för att en allmän förvaltningsdomstol ska kunna ogiltigförklara ett direkttilldelat avtal. Detta framgår av 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU. I bestämmelsen anges att annonsering ska ha skett i enlighet med 7 kap. 1 eller 2§, 13 kap. 2 eller 5§, 14 kap. 5§ eller 15 kap 4§ LOU. Nedan följer en redogörelse av dessa bestämmelsers innehåll.

4.2 Annonseringsplikt

Utgångspunkten vad gäller annonsering är att det ska göras av samtliga upphandlingar om det inte finns uttryckligt stöd för undantag från annonseringsplikten. Detta framgår av 7 kap 1§ LOU där denna huvudregel återfinns.⁸⁵ Bestämmelsen 7 kap 2§ LOU utgör en kompletterande regel till huvudregeln och innebär att om förhandsannonsering har skett, får den tid då upphandlande myndighet eller enhet ska ta in anbud förkortas.

De övriga bestämmelser som 16 kap 13§ 1 st. 1p. LOU hänvisar till reglerar att annonsering ska ske vid upphandling av byggkoncessioner (13 kap 5§ LOU), vid projektävlingar på tjänsteområdet (14 kap 5§ LOU) samt vid vissa fall som helt eller delvis faller utanför direktivets tillämpningsområde (15 kap 4§ LOU). Notera att bestämmelser om hur annonseringen ska gå till kan variera mellan dessa olika bestämmelser.

4.3 Tillåten direktupphandling

4.3.1 Undantag från huvudregeln

Enligt 7 kap 1§ LOU ska annonsering ske om inte annat följer av undantagsreglerna i 4 kap 5-8§§. Dessa regler är uttömmande och ska tolkas restriktivt.⁸⁶

4.3.1.1 Första grupp av undantag

I 4 kap 5§ LOU anges ett antal fall då upphandlingsförfaranden är tillåtna utan att annonsering behöver göras. I den första punkten anges tre av dessa omständigheter. Det rör sig då om en upphandling som *föregåtts av en ordinär upphandling* i vilken det antingen inte lämnats några anbudsansökningar, inte lämnats några anbud, alternativt inte lämnats några anbud som bedömts vara lämpliga. Förutsatt att de ursprungliga

⁸⁵ Falk s. 272.

⁸⁶ C-340/02, p. 37 och 38, C-20/01, p. 58; Falk s. 170.

kontraktsvillkoren inte ändras väsentligt får då den upphandlande myndigheten tilldela ett kontrakt utan ytterligare annonsering.⁸⁷

Vidare får en upphandlande myndighet eller enhet genomföra en upphandling utan annonsering om den *endast kan* tilldelas en viss leverantör på grund av *tekniska skäl, konstnärliga skäl eller på grund av en ensamrätt*, t.ex. patent, mönsterskydd eller liknande. Detta framgår av 4 kap 5§ 2 p. LOU som ska tolkas strängt.⁸⁸

En tilldelning av ett kontrakt är vidare enligt 4 kap 5§ 3 p. LOU tillåtet utan att det föregåtts av annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, med *synnerlig brådska*, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och vilka gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett förfarande som innefattar annonsering. Utöver dessa rekvisit får dessutom de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten⁸⁹.

I ett fall i kammarrätten i Jönköping⁹⁰ har en direkttilldelning genomförd av Migrationsverket ansetts uppfylla dessa rekvisit. Myndigheten hade direktupphandlat ett antal boenden för nyanlända asylsökanden. KamR uttalade att myndigheten gjort tillräckliga prognoser och att verksamheten att ta emot asylsökande snabbt kan växa eller minska i omfattning samt att detta berodde på faktorer som migrationsverket inte kunnat råda över.

I ett annat fall i kammarrätten i Göteborg⁹¹ har en direkttilldelning inte ansetts uppfylla rekvisiten i 4 kap 5§ 3 p. LOU. I fallet hade den upphandlingspliktiga kommunen fått ett sent meddelande att den upphandlande leverantören av snöröjningstjänster inte skulle kunna fullfölja det upphandlade kontraktet. Kommunen direkttilldelade då ett kontrakt till en leverantör som tillhandahöll fyra stycken fullt vinterutrustade fyrhjulingar med spridare och plog. KamR ansåg att kommunen inte visat att denna tjänst skulle ha den betydelse för kommunen att det var absolut nödvändigt för kommunen att direkttilldela kontraktet.

4.3.1.2 Tillåten direkttilldelning till ”kvalificerade leverantörer”

I 4 kap 6§ LOU finns ett annat undantag från annonseringsplikten. Det rör sig om situationer då ett antal anbudsgivare i ett föregående öppet eller selektivt förfarande alternativt i en konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller vissa formella krav men ändå inte kan godtas. Den upphandlingspliktiga enheten får då bjuda in dessa anbudsgivare om de uppfyller vissa krav (s.k. kvalificerade leverantörer) och då genomföra en förhandling utan annonsering.⁹²

⁸⁷ Falk s. 172.

⁸⁸ Falk s. 174.

⁸⁹ Jfr C-385/02, p. 26.

⁹⁰ KamR 2972-11.

⁹¹ KamR 3759-11. Det s.k. ”Minigräv-fallet”.

⁹² Falk s. 176f.

4.3.1.3 Tillåten direkttilldelning vid varuupphandling

I 4 kap 7§ LOU finns ett antal undantag till huvudregeln om annonsering vid tilldelning av varukontrakt. Det första undantaget (1p.) gäller upphandling av varor som framställts endast för *forsknings och utvecklings-ändamål*. Undantaget är bara tillämpligt under vissa förutsättningar, bland annat får tilldelningen inte försämra möjligheterna till konkurrens vid framtida kontraktstilldelningar.⁹³ Det andra undantaget (2p.) rör *kompletterande varuleveranser* av varor som uppfyller tre alternativa krav samt levereras av en leverantör som ursprungligen blivit kontrakterad i ett förfarande med annonsering. Det tredje undantaget (3p.) rör en myndighet eller enhet som köper varor vilka noteras och omsätts på en *råvarumarknad* (råvarubörs). Det är enligt Falk troligen möjligt för en myndighet att med stöd av detta undantag upphandla el via en elbörs, utan föregående annonsering.⁹⁴ Det fjärde undantaget (4p.) innebär att annonseringsplikt inte föreligger om varor köps av en leverantör som *slutligt avslutar sin affärsverksamhet* (exempelvis trätt i likvidation eller försatts i konkurs).⁹⁵

4.3.1.4 Tillåten direkttilldelning vid byggentreprenad eller tjänst

I 4 kap 8§ LOU anges ett antal undantag från annonseringsplikten i samband med byggentreprenad eller tjänster. Gemensamt för dessa direkttilldelningar är att det rör sig om tilläggstjänster som bygger på tidigare upphandlande kontrakt som upphandlats på ett korrekt sätt.⁹⁶

4.3.2 Tillåten direktupphandling utanför direktivets tillämpningsområde

I 15 kap LOU behandlas upphandling som helt eller delvis faller utanför ”direktivets”⁹⁷ tillämpningsområden.⁹⁸ Enligt 1 kap 2§ 2 st. LOU är 15 kap exempelvis tillämpligt vid offentlig upphandling av b-tjänster, andra kontrakt vars värde inte överstiger gällande tröskelvärden, viss upphandling på försvarsområdet och upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.⁹⁹ Enligt 15 kap 3§ 2 st. LOU får en *direktupphandling ske* (d.v.s. tillåten direktupphandling) om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av ett tröskelvärde som anges enligt 3 kap 1§ LOU.

⁹³ Falk s. 180.

⁹⁴ Falk s. 182.

⁹⁵ Falk s. 182.

⁹⁶ Falk s. 184.

⁹⁷ Med ”direktivet” avses i lagtexten dir. 2004/18/EG.

⁹⁸ Prop. 2009/10:180 s. 96.

⁹⁹ Prop. 2009/10:180 s. 96.

5. RÄTTSVVERKNINGAR AV OGILTIGFÖRKLARANDE

5.1 Uttalanden i förarbetet

Regeringen har i proposition 2009/10:180 uttalat sig angående avtalsrättsliga följder av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras. Av förarbetet framgår det att rättsföljden av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras är att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller då för båda avtalsparter. Om förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis har uppfyllts är huvudregeln enligt förarbetet att prestationerna ska gå till vardera parten åter.¹⁰⁰

Vidare har i förarbetet uttalats att om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att förmögenhetsläget ska återställas till hur det var innan det ogiltiga avtalet slöts. Dessutom framgår det att om varor som levererats redan har förbrukats eller om tjänster har utförts **”kan”** parterna få utge ersättning för den nytta de har haft av varandras prestationer. Slutligen har regeringen uttalat sig att i sådana situationer **”får ersättning”** utlämnas för de prestationer som redan har utförts, medan ersättning för framtida prestationer inte får lämnas.¹⁰¹

Några av remissinstanserna har angett att rättsföljderna av att ett avtal förklaras ogiltigt enligt ovan bör framgå av lagtexten. Regeringen har dock gjort bedömningen att rättsverkningarna av att ett avtal förklarats ogiltigt inte bör regleras särskilt i lag utan endast gett den vägledning som angetts ovan.¹⁰²

5.2 Avtalsrättsliga konsekvenser

Professorerna Jan och Christina Ramberg har i *”Allmän avtalsrätt”* skrivit generellt om rättsverkningar på grund av rättshandlingars ogiltighet. Inledningsvis konstaterar de att det inte framgår av AvtL vilka rättsverkningarna på grund av ogiltighet av ett avtal är. De skriver vidare att vid ogiltighet av ömsesidigt förpliktande avtal då prestationerna ännu inte påbörjats blir de avtalsrättsliga verkningarna att parterna befrias från att prestera och således händer i praktiken ingenting.¹⁰³ Även professor emeritus Axel Adlercreutz är av denna åsikt och konstaterar att i den mån prestation ännu inte har skett, kan vid ogiltighet av ett avtal avvecklingen ske enkelt. Adlercreutz skriver vidare att då utbyte av prestationer har skett uppkommer vid ett ogiltigförklarande mer komplicerade frågor. Exempel på frågor kan vara hur ersättning för ”nödiga” och ”nyttiga” kostnader

¹⁰⁰ Prop. 2009/10:180 s. 360f.

¹⁰¹ Prop. 2009/10:180 s. 360f.

¹⁰² Prop. 2009/10:180 s. 127f.

¹⁰³ Ramberg & Ramberg s. 79.

beträffande avtalsobjektet eller för dettas värdeminskning ska uppskattas när sakprestation efter en tid ska återgå på grund av ogiltighet.¹⁰⁴

Professorerna Ramberg har konstaterat att den allmänna avtalsrättsliga principen om ogiltighet är att fullgjorda förpliktelser skall återgå (restitution). De hänvisar att denna princip kommer till uttryck i PECL 4:1 15 och UNIDROIT Principles Art. 3.17 samt att eventuell analogi kan göras till KöpL § 64 om återgång vid hävning. Därutöver menar professorerna Ramberg att det kan med stöd av NJA 2008 s. 392 avgöras i vilken utsträckning respektive part även ska utge *ersättning för vad denne kunnat tillgodogöra sig* av den andra partens situation under tiden före återgången samt i vad mån denne har rätt till ersättning för nedlagda kostnader¹⁰⁵. De skriver vidare att vid denna bedömning kan en intresseavvägning göras motsvarande den som sker vid hävning enligt KöpL § 65. En sådan intresseavvägning innebär att köparen ska ge ut den avkastning denna haft av varan samt betala skälig ersättning för den nytta denna har haft av varan. Säljaren ska i sin tur lämna tillbaka betalningen samt betala ränta från den dag då denna tog emot betalningen.¹⁰⁶

I skrivande stund har endast ett fall av otillåten direktupphandling ogiltigförklarats i svensk kammarrätt¹⁰⁷. Detta fall avgjordes i kammarrätten i Göteborg den 27 oktober 2011 och har tidigare berörts i uppsatsen. Bakgrunden i fallet var att ett direktupphandlat avtal rörande snöröjningstjänster hade ingåtts för en viss period. Den upphandlingspliktiga kommunen och tjänsteleverantören utbytte tjänster enligt avtalet. Efter att avtalet löpt ut och en ny upphandling om motsvarande tjänster påbörjats ansökte en annan leverantör om överprövning rörande det utgångna avtalets giltighet.

Kommunen anförde att KamR var förhindrade att pröva bolagets yrkande om ogiltighetsförklaring ”eftersom rättsförhållande som inte föreligger inte kan bringas att upphöra”. KamR har emellertid i sin dom ogiltigförklarat detta avtal retroaktivt. Exempel på vad de civilrättsliga rättsverkningarna av detta blev finns emellertid inte då ingen av parterna i det upphävda avtalet väckt talan i allmän domstol.

5.3 Skadestånd

5.3.1 Skadestånd till kontraherande leverantör

I prop. 2009/10:180 diskuterades huruvida skadestånd skulle kunna utgå till en leverantör som slutit ett direktupphandlat avtal, vilket sedermera ogiltigförklarats.¹⁰⁸ Regeringen uttryckte att det var ”rimligt” att en leverantör skulle ha möjlighet att erhålla skadestånd om denna lidit skada på grund av att en offentlig aktör begått ett fel som medfört att ett avtal ogiltigförklarats.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Adlercreutz s. 242.

¹⁰⁵ Hänvisning till NJA 2008 s. 392.

¹⁰⁶ Ramberg & Ramberg s. 79.

¹⁰⁷ KamR. 3759-11 (det s.k. ”Minigräv-fallet”).

¹⁰⁸ Prop. 2009/10:180 s. 225.

¹⁰⁹ Prop. 2009/10:180 s. 226.

Vidare uttryckte regeringen att det vid införandet av de nya bestämmelserna om ogiltighet kunde uppkomma nya situationer då en skadeståndstalan kunde bli aktuell. I förarbetet uttalades att det kunde röra sig om situationer då en leverantör börjat fullgöra ett ingånget avtal och för att kunna uppfylla sina förpliktelser ådragit sig kostnader. Exempelvis nämnde regeringen att en sådan situation kan uppkomma då den kontraherande leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med en uppsägningstid, oberoende av om leverantörens avtal med den offentliga aktören ogiltigförklaras. Ett annat exempel som regeringen nämnde var att den kontraherande leverantören kan ha ådragit sig kostnader för avtal som ingåtts med underleverantörer.¹¹⁰

I propositionen uttalade regeringen inget om hur sådana situationer skulle lösas utan skrev att ”i vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen”.¹¹¹

Regeringen uttalade vidare att den dåvarande skadeståndsbestämmelsen i 16 kap 5§ LOU¹¹² var tillämplig även i en situation då en leverantör krävde skadestånd från en offentlig aktör på grund av att ett avtal ogiltigförklarats.¹¹³ Den tidigare 16 kap 5§ LOU, vilken diskuterats ovan motsvaras i skrivande stund av i 16 kap 20§ 1 st. LOU och har följande lydelse:

”En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.”

5.3.2 Koppling till äldre rättskällor

Av 16 kap 20§ 2 st. LOU framgår det att ersättning kan utdömas till anbudssökande och anbudsgivande enligt det negativa kontraktsintresset. Detta stycke infördes år 2010 vid samma lagreform som möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlande avtal. I förarbetet uttryckte regeringen att stycket motsvarande rådande praxis från HD.¹¹⁴

Innan införandet av detta stycke har endast en bestämmelse med samma lydelse som nuvarande 16 kap 20§ 1 st. LOU existerat. I förarbetet till denna bestämmelse har det uttryckts rörande ersättning att med ”uppkommen skada” skulle förstås inta bara onödiga kostnader utan även ersättning enligt det positiva kontraktsintresset.¹¹⁵ Det kan noteras att detta förarbete inte rörde en leverantörs möjlighet att få ersättning för att ett avtal ogiltigförklarats på grund av att den upphandlingspliktiga leverantören genomfört en otillåten direktupphandling.

I ett HD-avgörande från år 2000¹¹⁶ hade en leverantör inte möjlighet att lämna anbud på grund av att det skett en direktupphandling. Leverantören fick således inte teckna kontrakt med den offentliga aktören. HD tog i fallet ställning till frågan hur ersättningens

¹¹⁰ Prop. 2009/10:180 s. 226.

¹¹¹ Prop. 2009/10:180 s. 226.

¹¹² Vilken numera motsvaras av 16 kap 20§ LOU.

¹¹³ Prop. 2009/10:180 s. 226.

¹¹⁴ Prop. 2009/10:180 s. 224.

¹¹⁵ Prop. 1992/93:88 s. 102f.

¹¹⁶ NJA 2000 s. 712.

storlek på ett eventuellt skadestånd skulle bestämmas. HD uttryckte då att ”goda skäl kan anföras för att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp”.

I ett HD-avgörande från år 2007¹¹⁷ slog HD fast att skadeståndet skulle vara strikt och inte beroende av en lagöverträdelsens karaktär. HD synes därför genom detta avgörande slagit fast att överträdelsens karaktär inte ska beaktas vid uträkning av skadeståndsbelopp.¹¹⁸ I ett senare förarbete¹¹⁹ har det konstaterats att skadeståndsansvaret är strikt när en överträdelse konstaterats.

HD har vidare i samma avgörande¹²⁰ uttalat att en beställare kan bestrida krav om ersättning för det positiva kontraktsintresset om beställaren kan visa det vara sannolikt att en annan anbudsgivare än den som för skadeståndstalan skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna i LOU följts. HD har vidare rörande direktupphandlingar uttalat sig att ”för att inte skyldigheten att infordra anbud ska urholkas, bör leverantörer som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat anbud och som då skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet kunna få skadestånd”. HD framhöll att skadestånd i ett sådant fall kan behöva uppgå till mer än nedlagda kostnader.¹²¹

Vid införandet av möjligheten att *ogiltigförklara direktupphandlande* avtal i LOU har det i förarbetet uttryckts att rättsfallen NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349 ”bör” kunna ge vägledning, även för bedömning av nytillkomna fall i vilka den kontraherande leverantören begär ersättning av den offentliga aktören, på grund av ogiltigförklarande av avtal. Vidare uttrycktes att det då sker en skälighetsbedömning rörande den kontraherande leverantörens möjlighet att erhålla skadestånd. Vidare har det framgått att vid en sådan skälighetsbedömning bör frågan om den kontraherande leverantören varit i god eller ond tro i förhållande till den offentliga aktörens regelöverträdelse beaktas.¹²²

Professor emeritus Jan Hellner och professor Marcus Radetzki har konstaterat att tidigare bestämmelsen 16 kap 5§ LOU¹²³ inte nämnt hur ett skadestånd ska beräknas utan att de vägledande fallen för detta varit NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349.

Kristian Pedersen¹²⁴ har skrivit att det är en öppen fråga vilka kostnader en leverantör kan få ersättning för då denna lider skada till följd av att ett avtal ogiltigförklarats. Pedersen har vidare skrivit att förarbetena inte ger något svar på detta utan att uppgiften har överlåtits till rättstillämpningen.¹²⁵ Rörande om leverantören varit i ond tro har Kristian Pedersen uttryckt att det normalt inte är möjligt att vara i god tro om gällande rätt. Därför

¹¹⁷ NJA 2007 s. 349.

¹¹⁸ Falk s. 524.

¹¹⁹ Prop. 2006/07:128 s. 445

¹²⁰ NJA 2007 s. 349.

¹²¹ Falk s. 524.

¹²² Prop. 2009/10:180 s. 226.

¹²³ Vilken nu motsvaras av 16 kap 20§ 1 st. LOU.

¹²⁴ Advokat och delägare, Advokatbyrån Delphi, Stockholm.

¹²⁵ Pedersen s. 817.

har Pedersen uttryckt att ond tro endast kan hävdas rörande faktiska omständigheter. Ett exempel han har angett är att en leverantör sannolikt skulle kunna hävda god tro om att den upphandlande myndigheten lämnat information som gett leverantören anledning att tro att omständigheterna varit på ett sådant sätt att grund för rättstillämpning av något undantagsförfarande utan annonsering förelåg. Slutligen har Pedersen konstaterat att många praktiskt betydelsefulla frågor vad gäller en kontraherande leverantörens möjlighet att erhålla skadestånd har överlåtits till rättstillämparen att avgöra. Pedersen har skrivit att exempel på sådana frågor är under vilka förutsättningar och med vilket belopp som en leverantör kan erhålla skadestånd till följd av att ett avtal ogiltigförklarats.¹²⁶

¹²⁶ Pedersen s. 818.

6. ANALYS

6.1 Gällande rätt

Det kan efter genomförandet av utredningen av gällande rättsregler inledningsvis konstateras att innebörden av 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU är klar så till vida att regeln innebär en möjlighet för domstolar att ogiltigförklara direktupphandlande avtal i en omfattning som innebär ett upphörande av såväl retroaktiva som framtida avtalsförpliktelser. Vidare får det också anses stå klart med stöd av lydelsen i 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU att **"utebliven annonsering"** är ett grundläggande rekvisit som måste vara uppfyllt för att ett direktupphandlat avtal ska kunna ogiltigförklaras enligt bestämmelsen.

Det finns ett antal undantag då en direktupphandling inte ska ogiltigförklaras enligt 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU utan i stället ses som **"tillåtna"**. Av utredningen har det framgått att majoriteten av dessa undantag har den gemensamma nämnaren att det måste röra sig om direktupphandlingar som på något sätt föregåtts av ett upphandlingsförfarande som överensstämmer med kraven i LOU. Det finns dock två undantag som sticker ut i detta hänseende. Det första undantaget är att direktupphandling ska anses tillåten om det varit av absolut nödvändighet att tilldela ett kontrakt, med synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och vilka gör det omöjligt att hålla tidsfristerna för ett förfarande som innefattar annonsering samt tillåten direktupphandling. Det andra undantaget är då en direktupphandling går in under 15 kap och har ett kontraktsvärde vilket högst uppgår till ett visst tröskelvärde.

Så långt är det klart vad gällande rätt är och när ett direktupphandlat avtal kan ogiltigförklaras. Vad gäller möjligheten att låta ett **"otillåtet"** direktupphandlat avtal bestå på grund av undantaget **"tvingande hänsyn till allmänintresse"** framgår det av utredningen av gällande rättsregler att rättsläget i denna fråga är oklart. Anledningen till detta är att begreppet "allmänintresse" inte har definierats i propositionen utan vad som ska inrymmas i begreppet har överlämnats till rättstillämparen att avgöra.

Vidare har rättsregler utretts för att avgöra de civilrättsliga rättsverkningarna av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras. Utifrån stöd i förarbete och rättsvetenskaplig litteratur framgår det att vid upphävande av ett direktupphandlat avtal som endast avser **framtida avtalsförpliktelser** blir de avtalsrättsliga rättsverkningarna endast att förpliktelserna bortfaller för båda parter. Enligt uttalanden i förarbete blir vidare rättsverkningarna då ett direktupphandlat avtal *ogiltigförklaras retroaktivt* att prestationerna ska gå till vardera parten åter. Så långt är gällande rätt tydlig.

Rättsläget är emellertid oklart vad gäller de avtalsrättsliga verkningarna då ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras retroaktivt och prestationerna inte kan gå till vardera parten åter. Med stöd av förarbete **"kan"** det finnas en möjlighet att parterna får utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer. Vidare **"får"** ersättning

utlämnas i sådana situationer. Mer än så anges inte i förarbetet vilket gör att gällande rätt inte i denna situation inte kan utläsas utifrån förarbetet.

Utifrån uttalande från professorerna Ramberg och med stöd av rättsfallet NJA 2008 s. 392 går det att argumentera för att respektive part ska utge ersättning för vad denne kunnat tillgodogöra sig av den andra partens situation under tiden före återgången samt att det ska avgöras i vad mån denna har rätt till ersättning för nedlagda kostnader. Det går också att argumentera för att en analogi ska göras på KöpL § 65 vilket innebär att köparen ska ge ut den avkastning denna haft av varan samt betala skälig ersättning för den nytta den haft av varan. Säljaren ska i så fall i sin tur lämna tillbaka betalningen samt betala ränta från den dag då denna tog emot betalningen.

Ingen av dessa rättskällor ger emellertid klart stöd för att kunna bedöma *de civilrättsliga rättsverkningarna* i en sådan situation. Därför får *rättsläget betecknas som oklart* vad gäller de avtalsrättsliga rättsverkningarna då ett direktupphandlat avtal upphävs retroaktivt och parterna har utfört prestationer som inte kan återgå.

Slutligen har rättsregler utretts för att avgöra vilken rätt den kontraherande leverantören har till skadestånd från den offentliga aktören på grund av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklarats. Det kan inledningsvis konstateras med stöd av förarbete att 16 kap 20§ 1 st. LOU är tillämplig även i dessa situationer, vilket bör räcka för att konstatera att skadestånd *kan* utgå.

Av tidigare förarbete framgår det att ersättning för uppkommen skada ska omfatta det *positiva kontraktsintresset*. Detta borde stödja att gällande rätt är att en leverantör kan erhålla ersättning enligt det positiva kontraktsintresset eftersom det är kontrakt som upphävs. Detta förarbete var dock ämnat för andra situationer.

Emellertid får rättsläget anses oklart rörande vilka möjligheter en leverantör har att erkännas ett sådant skadestånd eftersom det i förarbete uttalats att HD:s tidigare praxis *"bör"* kunna ge vägledning vid en bedömning av en leverantörs rätt till skadestånd på grund av att ett avtal ogiltigförklarats. Av tidigare praxis följer det nämligen att HD ska göra en skälighetsbedömning där hänsyn ska tas till nedlagda kostnader och ett skäligt belopp med beaktande av utsikter till vinst. Sålunda är det dels inte klart enligt vilket kontraktsintresse den skadelidande kan begära ersättning vidare är det oklart hur skälighetsbedömningen kommer att ske.

Vidare kan det baserat på uttalanden i NJA 2007 s. 349 finnas anledning att resonera kring vilken möjlighet leverantören skulle haft att få ett kontrakt vid ett förfarande i enlighet med LOU eftersom HD uttryckt att en beställare kan bestrida krav om ersättning för det positiva kontraktsintresset om beställaren kan visa det vara sannolikt att en annan anbudsgivare skulle ha fått kontrakt om bestämmelsen i LOU följts.

Utifrån förarbete bör det i alla fall stå klart att en leverantör som varit i ond tro inte har större utsikter för att lyckas med en skadeståndstalan. Emellertid får rättsläget anses oklart rörande under vilka förutsättningar och med vilket belopp en leverantör kan erhålla skadestånd till följd av att ett avtal ogiltigförklarats.

6.2 Förslag de lege ferenda

Det kan ifrågasättas om lagstiftaren valt den optimala lösningen för att angripa problemet med direktupphandling och framförallt om förslaget implementerats på ett optimalt sätt utifrån upphandlingsrättens syfte.

Regeringen har motiverat sitt förslag att ett upphävande ska omfatta retroaktiv ogiltighet och inte bara framtida förpliktelser med två argument. *Det första argumentet* är att en retroaktiv ogiltighet torde enligt regeringen ha större *preventiv effekt* på upphandlande myndigheter. Jag ställer mig kritisk till bärkraften i detta argument med beaktande av reglernas nuvarande utformning. Anledningen till denna kritiska inställning beror på att rättsläget är högst oklart vad gäller rättsverkningarna vid ett retroaktivt ogiltigförklarande av ett direktuphandlat avtal där parterna har utfört prestationer som inte kan återgå. Därför kan det också i dessa situationer anses oklart huruvida de offentliga aktörerna verkligen ”straffas” av rättsmedlet. Den alternativa regleringen som regeringen kunde välja på att framtida avtalsförpliktelser upphävs och att den upphandlande myndigheten får betala obligatorisk upphandlingsskadeavgift innebär i jämförelse ett mer konkret ”straff” för de offentliga aktörerna.

Det andra argumentet regeringen framförde i sin motivering till varför införandet av möjlighet till ett retroaktivt upphävande föredrogs framför endast upphävande av framtida förpliktelser var att övriga leverantörer som inte blivit tilldelade avtalet borde ha större intresse att ansöka om överprövning av ogiltighet. Detta argument är förvisso logiskt då de andra leverantörerna i så fall har mer att vinna på en sådan ansökan då de kan tilldelas hela det ursprungliga kontraktet.

Dock kan den nuvarande lösningen riskera med beaktande av dess utformning och i dess rättsliga kontext att bli kontraproduktiv i förhållande till upphandlingsrättens syfte. Anledningen till detta är att myndigheten kan komma att betala dubbel ersättning för samma prestation eftersom den dels kan behöva ersätta den myndighet som utfört en prestation vilken inte kan återgå och dels ersätta den ”nya” leverantören som tilldelats hela avtalet. Det ter sig då svårt att argumentera för att offentliga medel används på bästa sätt och därigenom kan lösningen bli kontraproduktiv.

Lagstiftaren har i enlighet med direktivet valt att införa en ”säkerhetsventil” i form av undantaget tvingande hänsyn till allmänintresse, vilket kan göra att ett otillåtet direktuphandlat avtal får bestå. Den svenska lagstiftaren har valt att inte definiera vad ett allmänintresse är och det är därför oförutsägbart när detta undantag är applicerbart. Konsekvenserna av detta faktum behöver inte med nödvändighet vara negativa.

Exempelvis kan det tänkas att de upphandlingspliktiga aktörerna på grund av osäkerheten eftersträvar att till det yttersta följa LOU:s regler och ser undantaget som en absolut sista utväg. Detta skulle i så fall gynna lagstiftarens mål att bekämpa otillåtna direktupphandlingar. Emellertid går det också att tänka sig att en situation skapas där de upphandlingspliktiga myndigheterna och enheterna strävar så hårt att inte genomföra otillåtna direktupphandlingar så att något intresse som skulle kunna ha *definierats som ett allmänintresse* sätts åt sidan till förmån för att uppfylla kraven i LOU. Vid ett sådant

scenario borde det kunna ifrågasättas om den grundläggande proportionalitetsprincipen uppfylls.

Av avsnitt 6.1. i denna uppsats framgår det att rättsläget är oklart vad gäller de avtalsrättsliga följderna efter ett retroaktivt ogiltigförklarande av ett direktupphandlat avtal där prestationerna inte kan återgå. Vidare har det i avsnitt 6.1. konstaterats att rättsläget också är oklart i vilken mån en leverantör som varit avtalspart i ett upphandlat avtal kan tillerkännas skadeståndersättning av den upphandlingspliktiga aktören. Jag anser att detta är problematiskt. Att lagstiftaren inte valt att ge aktörerna mer förutsebarhet i hur en domstol kan tänkas döma i dessa frågor kan leda till att syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna motverkas. Det kan tänkas att det på grund av detta uppkommer en potentiell risk för ökad försiktighet bland leverantörer att ingå avtal med upphandlingspliktiga myndigheter och enheter eftersom det i nuläget råder stor osäkerhet vad som händer om ett sådant avtal ogiltigförklaras.

I synnerhet bland de leverantörer som befinner sig i gråzonen, det vill säga i situationer som kan tänkas vara tillåtna direktupphandlingar men lika gärna skulle kunna vara otillåtna direktupphandlingar, menar jag att det kan finnas en risk för ökad försiktighet och avstående att ingå avtal med offentliga aktörer. Vid ett sådant scenario motverkas en öppen och rättvis konkurrens och därigenom syftet med reglerna om offentlig upphandling.

Å andra sidan bör det poängteras att även vid ett sådant scenario kan man tänka sig att nettoeffekten blir positiv om antalet otillåtna direktupphandlingar minskar. Det går också att tänka sig att leverantörer blir mer noggranna att kontrollera att myndigheterna har gjort ett korrekt upphandlande och sätter på så vis press på dem.

Det är troligen omöjligt att förutse alla möjliga följder som kan uppstå vid införandet av ett så pass främmande verktyg som möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlande avtal i svensk rätt. För att dock minimera risken för negativa konsekvenser och i stället öka chanserna för att syftet med offentlig upphandling ska uppnås anser jag att lagstiftaren borde reglerat de rättsverkningar som i nuläget är oklara i *lagtext*. Detta gäller de civilrättsliga rättsverkningarna då ett direktupphandlat avtal upphävs retroaktivt och prestationer inte kan återgå samt de kontraherande leverantörernas möjligheter att tillerkännas skadestånd på grund av ett sådant upphävande.

6.3 Slutsats

Utifrån (avsnitt 6.1.) kan det konstateras att innebörden av 16 kap 13§ 1 st. 1p. LOU är klar vad gäller att det numera finns en möjlighet i svensk rätt att ogiltigförklara direktupphandlande avtal och att detta upphävande omfattar såväl retroaktiva som framtida avtalsförpliktelser. För att 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU vidare ska kunna tillämpas står det klart att det krävs att en direktupphandling klassificeras som otillåten. Det finns en möjlighet till att 16 kap 13§ 1 st. 1 p. LOU inte blir tillämplig om undantaget tvingande hänsyn till allmänintresse är tillämplig. Innebörden av detta undantag är oklart.

Utifrån (avsnitt 6.1) kan det vidare konstateras att de civilrättsliga rättsverkningarna när ett direktupphandlat avtal ogiltigförklaras, är endast att förpliktelser upphävs om det rör ett avtal där parterna inte utfört några förpliktelser och i annat fall går förpliktelser tillbaka om det är möjligt. Rättsläget är oklart rörande vad de avtalsrättsliga verkningarna blir om ett direktupphandlat avtal upphävs retroaktivt och prestationerna inte kan återgå. Slutligen står det klart att en kontraherande leverantör har en möjlighet att erhålla skadestånd från den offentliga aktören på grund av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklarats. Det är dock oklart under vilka förutsättningar och med vilket belopp.

I avsnitt 6.2 har det diskuterats de lege ferenda och i diskussionen har jag kommit fram till att de nationella reglerna rörande möjligheten att ogiltigförklara direktupphandlande avtal inte är utformat på ett optimalt sätt för att uppnå syftet med regler om offentlig upphandling. Förslag till de lege ferenda är att det uttrycks i lag vilka de civilrättsliga verkningarna är, då ett avtal förklaras retroaktivt ogiltigt och prestationerna inte kan återgå samt att regleringen sker, rörande vilka möjligheter en kontraherande leverantör har att erhålla skadestånd på grund av att ett direktupphandlat avtal ogiltigförklarats.

KÄLLFÖRTECKNING

Offentligt tryck

Europeiska unionen

Direktiv 2007/66/EG, *Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 – om ändring av rådets direktiv 98/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling ("Ändringsdirektivet")*.

Direktiv 2004/18/EG, *Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster*.

Direktiv 92/13/EEG, *Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfarande tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (Rättsmedelsdirektiv II)*.

Direktiv 89/665/EEG, *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 (Rättsmedelsdirektiv I)*.

Sverige

Prop. 2010/11:150, *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet*.

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*.

Rskr. 2009/10:310, 2 juni 2010.

Prop. 2001/02:142, *Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.*

Prop. 1992/93:88, *Om offentlig upphandling*.

Litteratur

- Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, 13:e upplagan, 2011, Juristförlaget i Lund.
- Bergman, Mats; Indén, Tobias, Lundberg, Sofia; Madell, Tom, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, 2011, Studentlitteratur AB.
- Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt – juristens källmaterial och arbetsmetoder*, tionde upplagan, 2008, Norstedts Juridik AB.
- Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, 2011, Jure Förlag AB.
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – studier i förmögenhetsrätt*, 2001, Jure.
- Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, åttonde upplagan, 2010, Norstedts juridik.
- Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, 2011, Norstedts Juridik AB.
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1.
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, sjätte upplagan, I.B.A. Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, 2010.
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, fjärde upplagan, Iustus förlag, 1992.
- Madell, Tom; Björklund, Daniel, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, SvJT, 2008 s. 578.
- Norrman, Pernilla; De Jonge, Malin; Palm, Ulf, *Offentlig upphandling – En handbok*, Supplement 22, januari 2012, Norstedts Juridik.
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249.
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem*, 1974, Almqvist & Wiksell.
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, Norstedts Juridik AB.
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, Europarättslig tidskrift, nr 4, 2010.
- Ramberg, Christina; Ramberg, Jan, *Allmän avtalsrätt*, åttonde upplagan, 2009, Norstedts Juridik AB.
- Slavicek, Michael, *Upphandlingens olika ansikten*, Europarättslig tidskrift, nr 1, 2002.
- Strömberg, Håkan; Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 24:e upplagan, 2008, Liber AB.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2008 s. 392.

NJA 2007 s. 349.

NJA 2000 s. 712.

Kammarrätt

Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari, 2012, mål nr. 2972-11.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december, 2011, mål nr. 5819-11.

Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 oktober, 2011, mål nr. 3759-11.

Förteckning över rättsfall som omnämns men inte berörs närmare i uppsatsen

Fall från EU-domstolen

Mål C-503/04, Domstolens dom (andra avdelningen) den 18 juli 2007, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Mål C-234/03, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 27 oktober 2005. Contse A, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud).

Mål C-458/03, Domstolens dom (första avdelningen) den 13 oktober 2005, Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brizen och Stadtwerke Brixen AG.

Mål C-231/03, Domstolens dom (stora avdelningen) den 21 juli 2005. Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti.

Mål C-340/02, Domstolens dom (första avdelningen) den 14 oktober 2004. Europeiska kommissionen mot Franska republiken.

Mål C-385/02, Domstolens dom (andra avdelningen) den 14 september 2004, Europeiska kommissionen mot Italienska republiken.

Mål C-233/00, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 26 juni 2003, Europeiska kommissionen mot Franska republiken.

Mål C-20/01 och C-28/01, Domstolens dom (femte avdelningen) den 10 april 2003. Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Mål C-324/98, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 7 december 2000. Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, i närvaro av: Herold Business Data AG.

Mål C-243/89, Domstolens dom den 22 juni 1993. Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark.

Mål C-31/87, Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 20 september 1988. Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten.

Övriga publikationer

Konkurrensverkets rapportserie 2012:3, *"Siffror och fakta om offentlig upphandling"*, http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2012-3.pdf, information hämtad 2012-05-02.

Konkurrensverkets rapportserie 2011:1, *"Siffror och fakta om offentlig upphandling"*, http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2011-1.pdf, Information hämtad 2012-05-02.