



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Linnea Skarle

Att utesluta eller icke utesluta, det är
frågan

Om upphandlande enheters handlingsmöjligheter vid misstanke
om att ett upphandlingsförfarande föregåtts av en anbudskartell

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Konkurrensrätt, upphandlingsrätt

VT 2012

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Frågeställning och syfte	6
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
2 UTRYMMET FÖR SAMARBETE MELLAN KONKURRENTER	11
2.1 Konkurrensrättens kartellförbud	11
2.2 Artikel 101 FEUF	13
2.2.1 Samhandelskriteriet och kravet på märkbar effekt	14
2.2.2 Begreppsfloran i artikel 101.1 FEUF	16
2.2.2.1 Begreppet ”konkurrensbegränsande element”	16
2.2.2.2 Begreppet ”avtal”	17
2.2.2.3 Begreppet ”mellan företag”	18
2.2.2.4 Begreppet ”beslut av företagssammanslutningar”	19
2.2.2.5 Begreppet ”samordnade förfaranden”	19
2.3 Samarbetsmöjligheter enligt LOU	21
2.3.1 Gemensamma anbud	21
2.3.2 Andra företags kapacitet	22
2.4 Anbudskarteller	23
2.4.1 Förekomsten av anbudskarteller	23
2.4.1.1 Rör-kartellen	23
2.4.1.2 Asfaltkartellen	24
2.4.1.3 Den påstådda däckkartellen	24
2.4.2 Konkurrensverket – den ansvariga tillsynsmyndigheten	25
3 DEN UPPHANDLANDE ENHETENS HANDLINGSLTERNATIV VID MISSTANKE OM ATT EN UPPHANDLING FÖREGÅTT AV ETT OTILLÅTET SAMARBETE	27
3.1 Uteslutande av leverantör	27

3.1.1	Obligatoriskt uteslutande	27
3.1.2	Fakultativt uteslutande	29
3.1.2.1	Uteslutningsgrunder hänförliga till leverantörens ekonomiska situation	30
3.1.2.2	Uteslutningsgrunder hänförliga till leverantörens beteende	30
3.1.3	Lämpligheten i att utesluta en leverantör med hänvisning till misstanke om deltagande i en anbudskartell	32
3.2	Avbrytande av en offentlig upphandling	33
3.2.1	Godtagbara grunder för att avbryta en upphandling	34
3.2.1.1	Bristfällig konkurrens	34
3.2.1.2	Väsentliga brister eller ändringar i förfrågningsunderlaget	35
3.2.1.3	Olämpligt höga priser alternativt överskriden budget	36
3.2.1.4	Ändrade förutsättningar	36
3.2.1.5	Lagändringar	37
3.2.1.6	Avsaknad av giltiga anbud	37
3.2.2	Icke-godtagbara grunder för att avbryta en upphandling	38
3.2.3	Lämpligheten i att avbryta en upphandling med hänvisning till misstanke om deltagande i en anbudskartell	39
4	ÖVERPRÖVINGS- OCH SKADESTÅNDSINSTITUTET	41
4.1	Rätten till överprövning	41
4.1.1	Överprövning av ett uteslutande	42
4.1.2	Överprövning av ett avbrytande	43
4.1.3	Talerätt	44
4.1.3.1	Talerätt vid överprövning av en upphandling	44
4.1.3.2	Talerätt vid överprövning av förvaltningsrättens dom i ett upphandlingsmål	45
4.2	Rätten till skadestånd	47
4.2.1	Skadeståndets rättsutveckling i praxis	47
4.2.2	Skyldighet att begränsa uppkommen skada	50
5	AVSLUTANDE DISKUSSION	51
5.1	Beröringspunkter mellan kartellförbudet och LOU	51
5.2	Att utesluta eller att avbryta?	52
5.2.1	Generella för- och nackdelar med att utesluta respektive att avbryta	52
5.2.2	Misstankens omfattning	54
5.2.3	Skadeståndsskyldighetens räckvidd	55
5.3	Avslutande reflektioner	57
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	58
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

As the public sector increases the sourcing of goods and services from the market place rather than providing them in-house, the risk for collusive behaviour in the form of bidding cartels increases. To prevent such illegal collaboration, public procurement law are supplemented with competition law. The role of the public procurement law is to regulate the environment where cartels may emerge, while the competition law provides the necessary tools for taking disciplinary measures against the companies involved in such illegal behaviour. The competitions law's prohibition of cartels also provides a limit for the level of collaboration permitted under the public procurement rules for the submission of joint tenders.

In a case where a contracting authority suspects a public procurement process to be preceded by collusion they are expected to inform the Competition Authority. The Authority will thereafter decide whether the alleged breach of the competition law should be subject to a further investigation. This paper will investigate whether a contracting authority has the right to exclude a tenderer under the public procurement law or the right to cancel a procurement process provided for in case law by referring to a suspicion of an impending bidding cartel. To be able to exercise the right to exclude a tenderer, a ground for exclusion provided for in the public procurement law is required, while a cancellation of a process requires an objective reason hereto. Neither of these has been subject for the court. However, it has been established that lack of competition or a high price are regarded as objective reasons for cancelling a process.

In cases where the contracting authority cannot rely on the right to cancel a procurement process referring to lack of competition or high price, the only option is to cancel or exclude on the grounds of the suspicion of a bidding cartel. However, this is related to a level of risk-taking, since an incorrect exclusion or cancellation may lead to liability in form of damages. Providing a universal answer, to whether an exclusion or cancellation is to prefer in this situation is impossible, since it is dependent on the circumstances in the particular case

Sammanfattning

I takt med att det offentliga i allt större utsträckning väljer att köpa in varor och tjänster från marknaden ökar också risken för anbudskarteller. I arbete med att förhindra och beivra uppkomsten av dessa otillåtna samarbeten kompletteras upphandlingslagstiftningen av konkurrensrätten. Den förstnämnda kan i detta hänseende sägas reglera den miljö vari vilken anbudskarteller uppkommer medan den sistnämnda tillhandahåller de verktyg som krävs för att beivra beteendet. Konkurrensrättens kartellförbud sätter även den yttersta ramen för de samarbetsmöjligheter som upphandlingslagstiftningen tillhandahåller i form av möjligheten att lämna gemensamma anbud respektive möjligheten att åberopa ett annat företags kapacitet.

Vid misstanke om att en upphandling föregåtts av otillåtet samarbete förväntas den upphandlande enheten informera Konkurrensverket härom, som i sin tur beslutar huruvida det påstådda konkurrensbrottet ska utredas vidare. Huruvida den upphandlande enheten med hänsyn till misstanken om en förestående kartell här utöver kan förlita sig på rätten att utesluta en leverantör eller rätten att avbryta en upphandling, ämnar denna uppsats utreda. Att utesluta kräver stöd i en i lagen angiven uteslutningsgrund medan ett avbrytande förutsätter att ett sakligt skäl härtill kan presenteras. Då varken möjligheten att utesluta eller möjligheten att avbryta kommit att prövas med hänvisning till misstanken om ett otillåtet kartellsamarbete råder en viss osäkerhet kring dess tillämplighet i denna situation. Klarlagt är emellertid att ett avbrytande med hänvisning till ett redan beprövade sakliga skäl såsom bristfällig konkurrens alternativt högt pris är fullt möjligt. Detta kan förefalla som det minst riskfyllda alternativet för en upphandlande enheten, men förutsätter givetvis att det är tal om bristfällig konkurrens och högt pris i den mening som praxis avser.

Då de redan beprövade sakliga skälen för att avbryta emellertid inte alltid är för handen, är den upphandlande stundtals utelämnad till att avbryta respektive utesluta med hänvisning till själva misstanken om kartellsamarbetet. Att förfara på så vis är emellertid förenat med vissa risker, då såväl ett felaktigt uteslutande som ett felaktigt avbrytande kan ligga till grund för att berättigade skadeståndsanspråk riktas mot den upphandlande enheten. Att ge något allmängiltigt svar på frågan vilket av dessa alternativ som är säkrast i detta avseende är omöjligt, då valet av åtgärd är avhängigt omständigheterna i det enskilda fallet.

Förord

Efter dryg fyra års juridikstudier vid Lunds universitet samt ett halvårs masterstudier vid den juridiska fakulteten i Maastricht är så tiden inne för mig att lämna in mitt avslutande examensarbete.

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Henrik Norinder för all den hjälp och det stöd som jag fått under författandet av denna uppsats. Ett stort tack riktas även till Anders, som i samband med att ha korrekturläst uppsatsen kommit med värdefulla synpunkter. Avslutningsvis vill jag även tacka min pojkvän Måns, min familj och mina vänner som alla funnits där för mig under denna intensiva skrivperiod.

Lund den 28 september 2012,

Linnea Skarle

Förkortningar

EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen (före detta Regeringsrätten)
KL	Konkurrenslag (2008:579)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inomområdena vatten energi, transporter och posttjänster
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
RPS	Rikspolisstyrelsen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Rättsmedelsdirektivet	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
Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den offentliga sektorn i Sverige beräknas årligen köpa in varor och tjänster från marknaden för ett betydande belopp och utgör i många fall den i särklass största kunden. För år 2010 uppskattades värde av samtliga upphandlingar uppgå till ca 500 miljarder kronor.¹ Av denna summa beräknas drygt en tredjedel av varje skattekrona gå tillbaka till näringslivet, varför stat, kommun och landsting blivit mycket attraktiva kunder inte bara för företag inom landets gränser, utan även för företag etablerade utomlands.²

I syfte att förverkliga det unionsrättsliga målet om en välfungerande inre marknad präglad av en fri och rättvis konkurrens är det offentliga, vid köp av varor och tjänster från marknaden, underkastade ett detaljerat direktivbaserat regelsystem vilket i svensk rätt implementerats genom bland annat lag (2007:1091) om offentlig upphandling. Även om upphandlingsreglerna således står i nära släktskap med bestämmelser om otillåtet statsstöd, konkurrensrätt och annan lagstiftning som rör marknadens funktion utgör den offentliga upphandlingen ett eget rättsområde med inslag av både civilrätt och förvaltningsrätt. Att klassificera offentlig upphandling som ”ren” förvaltningsrätt alternativt en särskild avtalsrätt för offentlig sektor är således missvisande. Rättsområdet kan istället beskrivas som ”kommersiell förvaltningsrätt”, då det reglerar hur det offentliga i vid bemärkelse ska agera vid kommersiella transaktioner.³

Regleringen av den offentliga upphandlingen är ett rättsområde vars betydelse har ökat i takt med att stat, kommuner och landsting i allt högre utsträckning väljer att tillgodose sina behov genom externa leverantörer och inte som innan genom egen regi. Liksom i övriga sammanhang är de potentiella leverantörerna vid en offentlig upphandling hänvisade till att konkurrera med pris och kvalitet. I sin strävan mot att göra än bättre affärer förekommer dock även otillåtna arbetsmetoder såsom korruption och kartellsamarbeten.⁴ Denna uppsats kommer att fokusera på den sistnämnda, vars främsta egenskap är att sätta konkurrensen ur spel och därigenom äventyra själva syftet med upphandlingslagstiftningen. För det offentliga innebär anbudskarteller i regel högre priser men även kvaliteten på de varor och tjänster som upphandlas riskerar att försämrans. Detta drabbar i slutändan

¹ Se Commission working document, *Public procurement indicators 2010*, Bryssel, den 4 november 2011

² Uppdragsforskningsrapport 2009:9 Karteller och korruption, utförd av det brottsförebyggande rådet, s. 16.

³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 22.

⁴ Uppdragsforskningsrapport 2009:9 Karteller och korruption, utförd av det brottsförebyggande rådet, s. 8 och 16.

skattebetalarkollektivet.⁵ Den upphandlande enheten bör med anledning härav vara observant på avvikelser i upphandlingsförfarandet, eftersom detta kan vara tecken på ett förestående kartellsamarbete.

1.2 Frågeställning och syfte

Det huvudsakliga syftet med denna uppsats är att utreda och redogöra för de handlingsalternativ som står en upphandlande enhet till buds vid misstanke om att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete – en så kallad anbudskartell. Således kommer det konkurrensrättsliga kartellförbudet såväl som möjligheten till samarbete enligt upphandlingslagstiftningen att redogöras för. Förhållandet dessa två rättsområden emellan kommer även att beröras.

Som inledningsvis nämndes har upphandlingslagstiftningens betydelse ökat i takt med att det offentliga i allt högre utsträckning än innan väljer att tillgodose uppkomna behov genom inköp av varor och tjänster från marknaden. I arbetet med att upptäcka och förebygga förekomsten av anbudskarteller läggs ett stort ansvar på de upphandlande enheterna. De förväntas vara uppmärksamma på tecken som kan tyda på att leverantörerna samarbetat med varandra och sedan vidare rapportera detta till Konkurrensverket – den nationella tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling. Huruvida och i vilken utsträckning den upphandlande enheten vid detta misstankestadium kan vidta mer konkreta åtgärder som att utesluta leverantörer alternativt att avbryta upphandlingen råder det i dagsläget en viss osäkerhet om. Uppsatsen ämnar därför utreda detta närmare, liksom de konsekvenser som kan följa av att misstanken om otillåtet samarbete visats sig obefogad.

Följande frågeställningar ska besvaras:

- Hur förhåller sig konkurrensrättens kartellförbud till upphandlingslagstiftningen – finns det några beröringspunkter?
- Vilka handlingsmöjligheter står en upphandlande enhet till buds vid misstanke om att en upphandling föregåtts av en anbudskartell och vilka risker är förenade med dessa alternativ?

⁵ Konkurrensverkets folder *Ärlighet ska löna sig! Hur du upptäcker och tipsar om anbudskarteller vid offentliga upphandlingar*

1.3 Avgränsning

Anbudskarteller, eller för den delen misstanken om en förestående anbudskartell aktualiserar både upphandlings- och konkurrenslagstiftningen. Den förstnämnda redogör för den miljö i vilka otillåtet samarbete av detta slag uppkommer, den sistnämnda reglerar hur detta otillåtna beteende ska beivras. Ämnet för uppsatsen är således brett och det har allt eftersom arbetet fortskridit blivit nödvändigt att göra flertalet avgränsningar, vilka nedan kommer att redogöras för.

Uppsatsen förutsätter att läsaren besitter en grundläggande kunskap inom upphandlingsrätt, vilket innefattar såväl upphandlingsprocessen, de olika förfarandetyperna som finns att tillgå liksom de styrande EU-rättsliga principerna som genomsyrar hela upphandlingsförfarandet. Likaså förutsätts läsaren ha en grundläggande kunskap om EU-rätten i den meningen att han/hon förväntas äga kännedom om unionsrättens olika lagstiftningsakter, skillnaden dem emellan samt hur EU-rätten förhåller sig till nationell rätt. Med anledning härav utesluts från detta arbete ett allmän upphandlingsrättsligt liksom unionsrättsligt introduktionsavsnitt. Fokus kommer istället att ligga på det konkurrensträttsliga kartellförbudet samt på de specifika upphandlingsbestämmelser som kan aktualiseras vid misstanke om att en upphandling föregåtts av en anbudskartell – dvs. uteslutning av leverantör, avbrytande av en upphandling och det rättsmedel i form av överprövning och skadestånd som kan följa härav. För den som inte behärskar grunderna i det upphandlingsrättsliga och/eller EU-rättsliga regelsystemet eller som önskar få mer vetskap om detta hänvisas till allmänna upphandlingsrättsliga och EU-rättsliga verk.⁶

Uppsatsen är begränsad till att endast omfatta lag (2007:1091) om offentlig upphandling, härafter benämnd LOU – dvs. upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Upphandling inom områdena vatten, energi, försvar och säkerhet m.m. utesluts från vidare behandling, då de faller utanför LOU:s tillämpningsområde. Uppsatsen tar vidare sin utgångspunkt i att upphandlingen är av sådan storlek att den betingar ett värde överstigande det så kallade tröskelvärdet.

Vad beträffar den inledande presentationen av konkurrensträttens kartellförbud så är framställningen begränsad till att endast redogöra för det EU-rättsliga förbudet mot otillåtet samarbete och inte den nationella regleringen. Denna avgränsning får anses motiverad då den senare utgör en kopia av den förra – de krav och begrepp som återfinns i artikel 101 FEUF återfinns således även i den nationella regleringen och har i regel samma innebörd. Uppsatsen är i detta avseende även begränsad till att endast redogöra för artikel 101.1 FEUF. Möjligheten att undanta samarbeten från

⁶ Se exempelvis Bergman m.fl., *Offentlig upphandling*, Pedersen, *Upphandlingens grunder*, Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt* och Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*.

kartellförbudet med stöd av artikel 101.3 FEUF utelämnas från vidare behandling.

Ytterligare en avgränsning, motiverad av utrymmesskäl, står att finna i det avsnitt som redogör för de handlingsmöjligheter som står den upphandlande enheten till buds vid misstanke om att upphandlingen föregåtts av otillåtet samarbete. Detta då uppsatsen endast kommer att redogöra för de handlingsalternativ som finns tillgängliga innan avtal mellan den upphandlande enheten och den vinnande leverantören slutits. Eventuella civilrättsliga effekter som en misstanke om en förestående anbudskartell kan ha på ett redan bindande avtal utesluts således från denna uppsats. Därmed inte sagt att denna aspekt inte är av intresse. Denna avgränsning kommer naturligt nog även upprätthållas i redogörelsen för enskilda leverantörers möjlighet att begära överprövning samt rätt till skadestånd.

1.4 Metod och material

Vid författandet av denna uppsats har en rättsdogmatisk metod tillämpats, även kallad traditionell juridisk metod. Av Jareborg beskrivs rättsdogmatiken kortfattat som en rekonstruktion av ett gällande rättssystem – en rekonstruktion av gällande rätt. Metoden innefattar ett krav på att behärska rättskällevärdet, den juridiska argumentationen, den juridiska begreppsbyggnaden och systematiken m.m.⁷ Hydén beskriver den juridiska metoden i mångt och mycket som en problem- eller konfliktslösningsmetod där man tolkar en rättsregels innebörd i det enskilda fallet, vilket förutsätter kunskap om regelns generella innebörd liksom förmågan att översätta detta till de konsekvenser som regeln ska medföra i det enskilda fallet.⁸ Kunskap om såväl den generella innebörden såsom innebörden i det enskilda fallet förutsätter studier utifrån rättskällevärdet, som är mycket central för denna metod. Rättskällevärdet innefattar enligt gängse mening studier av lag, förarbeten, praxis och doktrin och rangordnas i nyss nämnda ordning.⁹ Den rättsdogmatiska metoden kan således säga syfta till att fastställa, tolka och systematisera innehållet av rättsregler med hjälp av olika rättskällor.¹⁰

Då uppsatsämnet i hög grad är präglad av unionsrätten ska uppmärksammas om att den EU-rättsliga rättskällevärdet till viss del skiljer sig åt från den svenska. Kännetecknande för EU-rätten är att de oskrivna rättskällorna, med vilket avses praxis och allmänna rättsprinciper tillmäts större betydelse medan förarbeten, yttranden från generaladvokaten och doktrin utgör rättskällor av mindre dignitet. Någon större skillnad beträffande praxis kan förvisso tyckas svår att se, då avgöranden från de högsta instanserna även i den svenska rättskällevärdet tillmäts stor betydelse. Emellertid så ska detta förstås utifrån de olika rättssystemens karaktärer. Den skandinaviska och

⁷ Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4.

⁸ Hydén, *Rättsregler – en introduktion till juridiken*, s. 15 f.

⁹ Sandgren, *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, 1995/96 nr 3, s. 727.

¹⁰ Hollander, Borgström, *Rättsvetenskapliga metoder*, s. 131 f.

kontinentaleuropeiska rätten utgår mestadels från att gällande rätt är nedskrivnen, medan den i EU:s rättsordning till stor del återfinns i praxis.¹¹ Utifrån detta perspektiv kan praxis sägas inta en mer central roll i den unionsrättsliga rättskälleläran än vad den gör i den svenska.

Vid författandet av denna uppsats har främst lag, praxis och doktrin kommit att användas. Förarbetena har intagit en mera tillbakadragen ställning, med anledning av rättsområdets nära koppling till EU-rätten. Därmed inte sagt att de till fullo uteslutits. Av den litteratur som kommit att användas vid författandet av denna uppsats kan särskilt nämnas de lagkommentarer till LOU som författats av Falk respektive Nord, vilka givit mig en ovärderlig djupgående kunskap om innebörden av de bestämmelser som kan aktualiseras i samband med misstanke om att en upphandling föregåtts av en anbudskartell, liksom om de rättsmedel såsom överprövning och skadestånd som kan följa härav. Vad gäller praxis så har min ambition varit att i så hög utsträckning som möjligt begagna mig av avgöranden från de högsta instanserna, då dessa har en prejudicerande verkan. I viss mån har emellertid underrättsavgöranden kommit att användas då frågan inte prövats i högre instans eller då underrättens resonemang varit av särskilt intresse.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med att redogöra för i vilket utsträckning som samarbeten mellan konkurrenter är tillåtna enligt konkurrenslagstiftningen. Förhållandet mellan det EU-rättsliga och nationella kartellförbudet i artikel 101 FEUF respektive 2 kap. 2 § Konkurrenslagen (2008:579) berörs, varefter en redogörelse för kartellförbudets omfattning utifrån ett EU-rättsligt perspektiv följer. Detta följs av en redogörelse för de undantagssituationer där samarbete mellan leverantörer är tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen. Framställningen kommer i detta hänseende att beröra möjligheten att lämna gemensamma anbud liksom möjligheten att åberopa ett annat företags kapacitet, men även förhållandet mellan dessa bestämmelser och det konkurrensrättsliga kartellförbudet kommer att avhandlas. För att konkretisera den hitintills teoretiskt präglade framställningen följer därefter en redogörelse för anbudskarteller i stort. Dels visas genom en kortfattad presentation av tre rättsfall förekomsten av dem, dels redogörs för Konkurrensverkets roll i form av tillsynsmyndighet för både offentlig upphandling och konkurrensfrågor.

I uppsatsens andra del redogörs noggrant för de olika handlingsmöjligheter som står en upphandlande enhet till buds vid misstanke om att en upphandling föregåtts av otillåtet samarbete – möjligheten att utesluta en leverantör samt möjligheten att avbryta en upphandling. I anslutning till denna framställning kommer även lämpligheten i att förfara på respektive sätt att belysas. Att ta upp denna diskussion i anslutning till redogörelsen för

¹¹ Hettne, Otken Eriksson, *EU-rättslig metod*, s. 23 f.

de två handlingsalternativen och inte först i det avslutande diskussionsavsnittet får anses motiverat, då det underlättar för läsaren.

Det är emellertid inte helt riskfritt för den upphandlande enheten att utesluta en leverantör alternativt att avbryta en upphandling. Saknas det stöd i en i lagen angiven uteslutningsgrund respektive ett av domstolen godtagbart skäl kan såväl överprövnings- som skadeståndsinstitutet komma att aktualiseras. Innebörden av dessa rättsmedel i upphandlingsmål liksom vem som är taleberättigad kommer uppsatsens tredje del att redogöra för. Som framställningen kommer att visa är både talerätten och skadeståndsskyldigheten till stor del reglerad i praxis.

Avslutningsvis förs i uppsatsen en diskussion där möjligheten att utesluta respektive avbryta ställs mot varandra. Jag ämnar klargöra vilket av dessa två handlingsalternativ som enligt mig är det mest fördelaktiga för en upphandlande enhet att begagna sig av, vid misstanke om att en upphandling föregåtts av en anbudskartell samt skälen därtill. Det kommer visa sig att något allmängiltigt svar är svårt att finna, då valet av åtgärd i mångt och mycket är avhängigt omständigheterna i det enskilda fallet. I denna avslutande diskussion kommer även den hovrättsdom från 2011, som i juni i år meddelades prövningstillstånd av HD, ges ett förhållandevis stort utrymme. Detta eftersom den utmanar den tidigare allmänt vedertagna uppfattningen om skadeståndsskyldighetens räckvidd.

2 Utrymmet för samarbete mellan konkurrenter

Som inledningsvis nämnts syftar denna uppsats dels till att utreda huruvida det finns några beröringspunkter mellan konkurrensrättens kartellförbud och upphandlingslagstiftningen, dels till att redogöra för de handlingsmöjligheter som står en upphandlande enhet till buds vid misstanke om att en eller flera anbudsgivare är involverade i en anbudskartell. Under denna rubrik kommer fokus att ligga på det förstnämnda.

Konkurrens- och upphandlingslagstiftningen utgör två olika rättsområden, vars övergripande syften delvis sammanfaller. Vid misstanke om en förestående anbudskartell aktualiseras dels upphandlingslagstiftningen, då denna reglerar den miljö vari det otillåtna samarbetet uppkommit, dels konkurrenslagstiftningen då denna tillhandahåller de verktyg som krävs för att beivra kartellsamarbetet. Det två rättsområdenas inbördes relation till varandra kan således, i detta avseende, beskrivas som konfliktfri, då konkurrensrätten i det närmaste kan sägas komplettera upphandlingslagstiftningen.

Nedan följer en redogörelse för innebörden av det konkurrensrättsliga kartellförbudet, liksom möjligheten för leverantörer att samarbeta enligt LOU. För att konkretisera rättsområdets beröringspunkter följer därefter en redogörelse för praxis på området, varefter Konkurrensverkets roll i form av tillsynsmyndighet presenteras.

2.1 Konkurrensrättens kartellförbud

Med begreppet kartell åsyftas en överenskommelse mellan annars konkurrerande företag om att avstå från konkurrens.¹² Beroende på vad överenskommelsen avser, kan kartellen komma att benämnas olika. I fall där företagen träffat en prisöverenskommelse har vi följaktligen med en priskartell att göra medan i fall där företagen i förväg överenskommit om vem som ska vinna en upphandling har med en anbudskartell att göra. Genom att anbudskarteller förutbestämmer vinnaren i en upphandling, är det även vanligt att de har inslag av prisreglering alternativt marknadsuppdelning.¹³

Ett förbud mot kartellsamarbete återfinns såväl på det unionsrättsliga som på det nationella planet. Den första EU-rättsliga fördragsbestämmelsen

¹² Bergström, *Juridikens termer*, s. 95

¹³ Uppdragsforskningsrapport 2009:9 Karteller och korrupktion, utförd av det brottsförebyggande rådet, s. 20.

avseende förbud mot konkurrensbegränsande avtal introducerades 1957. Bestämmelsen som än idag är gällande och till innehållet oförändrad återfinns i artikel 101 FEUF. Tillsammans med förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF utgör kartellförbudet basen för ett omfattande regelsystem med kompletterande rättsakter och en rik rättspraxis.¹⁴ Det nationella kartellförbudet återfinns i 2 kap. 2 § konkurrenslagen (2008:579), härafter benämnd KL. Överträdelser av det konkurrensrättsliga kartellförbudet utgör i lagens mening inte en kriminell handling utan en olaglig sådan. Agerandet beivras med ett utdömande av administrativa sanktionsavgifter, vars storlek varierar beroende en mängd faktorer varvid exempelvis den roll som företaget spelat i kartellen beaktas.¹⁵

Det nationella och det unionsrättsliga kartellförbudet äger i Sverige parallell tillämpning. I enlighet med den normhierarki som råder måste det svenska kartellförbudet ses och tolkas mot bakgrund av den europeiska konkurrensrätten, vilket utgör en förutsättning för att principen om parallell tillämpning ska fungera.¹⁶ Av förarbetena framgår att det nationella kartellförbudet eftersträvar en materiell rättslikhet med artikel 101 FEUF.¹⁷ Utrymmet för avvikelser är således ytterst begränsat och har medfört att 2 kap. 2 § KL i materiellt hänseende utgör en kopia av det unionsrättsliga kartellförbudet.¹⁸ Härav följer att det i praktiken inte torde uppstå några större skillnader i tillämpningen, beroende på vilket regelsystem som aktualiseras i det enskilda fallet. Därmed inte sagt att regelsystemen till fullo är harmoniserade. KL saknar exempelvis en motsvarighet till EU-rättens övergripande integrationsmål, då vi allt sedan 1800-talet haft en gemensam marknad inom Sverige. Likaså skiljer sig de nationella processuella och administrativa reglerna sig till viss del åt, då KL i detta avseende framför allt bygger på svensk förvaltnings- samt processrätt.¹⁹

Vad som emellertid kan te sig problematiskt med konkurrensrättens parallellism är under vilka förutsättningar som det ena rättssystemet ska väljas framför det andra. Av central betydelse för denna bedömning är det så kallade samhandelskriteriet, vilket något förenklat innebär att i de fall konkurrensbegränsningen påverkar samhandeln märkbart, får den nationella konkurrenslagstiftningen stå tillbaka till förmån för den EU-rättsliga regleringen. Motsatsvis gäller att KL äger tillämpning i fall där samhandeln inte påverkas i tillräcklig grad. I den situation där konkurrensbegränsningen har effekt på både den nationella marknaden och samhandeln äger båda regelsystemen tillämplighet. Unionsrätten skyddar i detta fall den mellanstatliga konkurrensen medan KL skyddar den inomstatliga konkurrensen. Tillämpningen av nationell lag, när det unionsrättsliga

¹⁴ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, s. 62.

¹⁵ Se riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003, EUT 2006 C 210/02 för mer information om vilka faktorer som ska beaktas.

¹⁶ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, s. 68 och 90.

¹⁷ Prop. 1992/93:56 s. 21 och prop. 2007/08:135 s. 70.

¹⁸ Carlsson m.fl., *Konkurrenslagen – en kommentar*, s. 436 f.

¹⁹ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, s. 90 f.

kartellförbudet äger tillämpning, får i enlighet med *Walt Wilhelm*²⁰ inte på något vis få störa en fullständig och enhetlig tillämpning av unionsrätten eller effekten av de åtgärder som vidtas för att upprätthålla denna.²¹

De EU-rättsliga konkurrensreglerna kan åberopas inför svenska domstolar i enlighet med artikel 6 i förordning 1/2003²². Även konkurrensverket är behörig att tillämpa artikel 101 FEUF, vilket medges i artikel 5 i förordning 1/2003. Denna rätt är emellertid inte utan begränsning, vilket klargjorts i *Tele2 Polska*²³, där en nationell konkurrensmyndighet inte ansågs behörig att fatta beslut i vilket det konstateras att det inte förelåg en överträdelse av den unionsrättsliga konkurrensregleringen.²⁴ Detta motiverades av att en sådan extensiv behörighet skulle äventyra en enhetlig tillämpning av artikel 101 FEUF samt undergräva kommissionens behörighet att avgöra huruvida artikel 101 FEUF äger tillämpning i det enskilda fallet.²⁵

Följande framställning kommer ägnas åt kartellförbudets allmänna teoretiska innebörd, dess begreppsflora och dess inverkan på möjligheten till att lämna gemensamma anbud enligt LOU. Då det, som inledningsvis nämnts, i hög utsträckning råder materiell rättslikhet mellan 2 kap. 2 § KL och artikel 101 FEUF, undantaget vissa processuella aspekter, har jag valt att begränsa framställningen till att endast behandla det unionsrättsliga kartellförbudet.

2.2 Artikel 101 FEUF

Det unionsrättsliga kartellförbudet vilar på principen att varje ekonomisk aktör självständigt avgöra den strategi som denne avser tillämpa på den gemensamma marknaden.²⁶ Dess syfte är att skydda den inre marknaden, främja konsumenternas välfärd och bidra till en effektiv resursfördelning.²⁷ Bestämmelsen är omfattande och kommer av utrymmesskäl inte återges i denna uppsats.

²⁰ Domstolens dom 14/68, *Walt Wilhelm mot Bundeskartellamt*, 13 januari 1969, [1969] REG I- 00379.

²¹ Domstolens dom 14/68, *Walt Wilhelm mot Bundeskartellamt*, 13 januari 1969, [1969] REG I- 00379, p. 9.

²² Rådets förordning (EG) 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

²³ Domstolens dom C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów mot Tele2 Polska sp. z o.o., nu Netia SA*, ("Tele2 Polska"), 3 maj 2011, ännu ej publicerat i ECR.

²⁴ Domstolens dom C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów mot Tele2 Polska sp. z o.o., nu Netia SA*, ("Tele2 Polska"), 3 maj 2011, p. 30.

²⁵ Domstolens dom C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów mot Tele2 Polska sp. z o.o., nu Netia SA*, ("Tele2 Polska"), 3 maj 2011, p. 27-29.

²⁶ Se exempelvis domstolens dom C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, 6 juli 1999, [1999] ECR I-04125, p. 116.

²⁷ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 33 och kommissionens tillkännagivande för tillämpningen av artikel 81.3 fördraget, (2004/C 101/08), p. 13.

Artikel 101 FEUF har direkt effekt både i förhållande till det allmänna och enskilda.²⁸ Som framgår av lagtextens ordalydelse är variationen av avtal som ryms under bestämmelsen stor. Allt ifrån hemliga karteller vars syfte är att begränsa konkurrensen till avtal mellan leverantörer som inte syftar till, men likväl har en konkurrensbegränsande effekt, omfattas.²⁹ I praxis har det klargjorts att bestämmelsen omfattar såväl vertikala som horisontella förfaranden.³⁰ Fokus ligger dock på den sistnämnda, då vertikala förfaranden i hög utsträckning anses främja konkurrensen och i den meningen är oproblematiska ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.³¹ Den fortsatta framställningen kommer att fokusera på de kriterier och krav som uppställs för att artikel 101 FEUF ska äga tillämpning.

2.2.1 Samhandelskriteriet och kravet på märkbar effekt

Samhandelskriteriet är som inledningsvis nämndes, avgörande för vilken jurisdiktion som i det enskilda fallet ska anses tillämplig. Är kriteriet uppfyllt ska de EU-rättsliga reglerna tillämpas, liksom den nationella lagstiftningen äger tillämpning när så inte är fallet. I de fall ett otillåtet samarbete berör fler än en medlemsstat föreligger det en stark presumtion för att samhandeln är påverkad.³² Även i de fall en konkurrensbegränsning är begränsad till ett medlemslands territorium kan dess återverkningar vara påtagliga utom landet, varför samhandelskriteriet kan anses uppfyllt även i denna situation. Som exempel kan här nämnas domstolens dom i *Vereeniging van Cementhandlaren*³³, där ett kartellsamarbete som endast avsåg den nederländska marknaden var ägnat att försvåra importkonkurrens från Belgien, varför de EU-rättsliga reglerna ägde tillämpning.

Samhandelskriteriet har av EU-domstolen tolkats extensivt och anses innefatta konkurrensbegränsningar som på grundval av objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter som med tillräcklig grad av sannolikhet kan förutses direkt, indirekt, faktiskt eller potentiellt kunna påverka handelsutbytet mellan medlemstater.³⁴ Den närmare innebörden av de begrepp som domstolen här använder sig av har redogjorts för i detalj i kommissionens riktlinjer om begreppet påverkan på handeln³⁵, till vilket hänvisas den som önskar en mer djupgående kunskap om samhandelskriteriet.

²⁸ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, s. 69.

²⁹ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 34.

³⁰ Se exempelvis domstolens dom 56/65, *La Société Technique Minère mot Maschinenbau Ulm GmbH*, 30 juni 1966, [1966] REG I/00251.

³¹ Lidgard, *Competition Classics*, s. 58.

³² Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, s. 70 f.

³³ Domstolens dom 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, 17 oktober 1972, [1972] ECR 00977.

³⁴ Förstainstansrättens dom T-62/98, *Volkswagen mot kommissionen*, 6 juli 2000, [2000] ECR II-02707, p. 179.

³⁵ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 I fördraget, EUT C101, 2004, s. 81.

För att artikel 101 FEUF ska äga tillämpning krävs utöver vad som anges i samhandelskriteriet även att det kvantitativa kravet på märkbarhet är uppfyllt. Avtal och förfaranden som endast påverkar marknaden i obetydlig omfattning faller således utanför den unionsrättsliga jurisdiktionen.³⁶ Huruvida effekten anses märkbar är avhängigt omständigheterna i det enskilda fallet. I denna bedömning ska särskilt beaktas de involverade företagens marknadsposition, dess betydelse på den relevanta produktmarknaden samt om avtalets eller förfarandets art är av sådan karaktär att det till sin art kan påverka samhandeln. Som tumregel gäller att ju starkare ställning de berörda företagen intar på marknaden, desto mer sannolikt är det att avtalet eller förfarandet anses kunna påverka samhandeln i sådan utsträckning att gemenskapsrätten äger tillämpning.³⁷

En mer konkret innebörd av kravet på märkbarhet står att finna i riktlinjer utfärdade av kommissionen, av vilka det bland annat framgår att märkbar effekt kan mätas såväl i absoluta termer (omsättning) som i relativa termer (marknadsandel).³⁸ Det har emellertid inte ansetts möjligt att fastställa generella kvantitativa regler för när handeln mellan medlemsländer påverkas märkbart. Riktlinjerna redogör istället för de situationer där handeln medlemsstater emellan normalt inte anses påverkas märkbart – det vill säga en så kallad negativ avgränsning.³⁹ I den så kallade NAAT-regeln (the non-appreciable affection of trade-rule) klargörs att avtal mellan företag vars gemensamma marknadsandel inte överstiger fem procent på någon av de relevanta marknaderna inom unionen och vars gemensamma årliga omsättning inte överskrider 40 miljoner euro, i princip inte kan påverka handeln mellan medlemsstater märkbart.⁴⁰ Denna presumtion innebär emellertid inte att avtal som överskrider dessa gränsvärden per automatik anses påverka marknaden märkbart – en sådan påverkan måste påvisas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.⁴¹

Att samhandeln anses märkbart påverkad och att artikel 101 FEUF således äger tillämpning innebär inte nödvändigtvis att artikel 101 FEUF ska tillämpas i det enskilda fallet. Förutsatt att avtalet inte märkbart påverkar konkurrensen så kan en tillämpning av artikel 101 FEUF uteslutas. Vilka kriterier som ska beaktas i denna bedömning kommer inte att redogöras för i denna uppsats utan, utan läsaren hänvisas i detta avseende till *de minimis*-tillkännagivandet⁴².

³⁶ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C101, 2004, s. 81, p. 44.

³⁷ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C101, 2004, s. 81, p. 16 och 44-45.

³⁸ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C101, 2004, s. 81, p. 47.

³⁹ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C101, 2004, s. 81, p. 50.

⁴⁰ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C101, 2004, s. 81, p. 52.

⁴¹ Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln I artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT C101, 2004, s. 81, p. 51.

⁴² Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget, ("de minimis"), (2001/C 368/07)

2.2.2 Begreppsfloran i artikel 101.1 FEUF

Av texten i artikel 101.1 FEUF framgår att dess tillämpningsområde är vidsträckt. För att avgöra hur långt det sträcker sig krävs emellertid en förståelse för innebörden av de begrepp som används i artikeln, vilket nedan kommer redogöras för.

2.2.2.1 Begreppet ”konkurrensbegränsande element”

Artikel 101.1 FEUF förbjuder samarbete mellan företag som snedvrider eller begränsar konkurrensen. Huruvida ett avtal är konkurrensbegränsande eller ej avgörs mot bakgrund av den faktiska konkurrenssituation som råder om avtalet och dess påstådda begränsningar inte funnits. Hänsyn måste vid denna bedömning tas till den sannolika inverkan på konkurrensen mellan varumärken och konkurrensen inom varumärken, eftersom artikel 101.1 FEUF förbjuder begränsningar av båda dessa slag.⁴³ Det ska även uppmärksammas att artikel 101.1 FEUF gör skillnad på de avtal vars syfte är konkurrensbegränsande och de som har till resultat att begränsa den, vilket ska beaktas i bedömningen.⁴⁴ Skillnaden på dessa två typer av avtal är viktig, då man vid ett avtal som syftar till att begränsa konkurrensen inte behöver ta hänsyn till dess konkreta effekter på marknaden, då det presumeras vara av sådan art att det i sig kan leda till att detta syfte uppnås. Denna presumtion grundar sig på att konkurrensbegränsningar generellt sett är allvarliga och på erfarenheter, som visat att ett konkurrensbegränsande syfte sannolikt ger negativa återverkningar på marknaden och således äventyrar förverkligandet av en väl fungerande inre marknad, som unionen med sin konkurrenslagstiftning eftersträvar. Som exempel på begränsningar som syftar att begränsa konkurrensen kan nämnas fastställande av priser och uppdelning av marknader, då dessa minskar produktion och höjer priserna.⁴⁵

För att i det enskilda fallet avgöra huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte måste ett antal objektiva faktorer beaktas, särskilt avtalets innehåll och dess objektiva syften. I vissa fall kan det även krävas att det sammanhang där avtalet är tänkt att tillämpas och parternas beteenden på marknaden tas i beaktande. I de fall det är klarlagt att avtalet inte har till syfte att begränsa konkurrensen, måste det undersökas om det likväl har en sådan verkan. Till skillnad mot avtal med ett konkurrensbegränsande syfte, föreligger här ingen presumtion för en negativ påverkan på konkurrensen. Istället måste en sådan påverkan på den faktiska eller potentiella konkurrensen påvisas i den omfattningen att negativa effekter på priser, produktion, kvalitet m.m. med en rimlig grad av sannolikhet väntas nå marknaden. Vidare måste dessa negativa effekter vara märkbara. Huruvida negativa effekter på konkurrensen är sannolika bedöms

⁴³ Kommissionens tillkännagivande för tillämpningen av artikel 81.3 fördraget, (2004/C 101/08), p. 17.

⁴⁴ Kommissionens tillkännagivande för tillämpningen av artikel 81.3 fördraget, (2004/C 101/08), p. 19.

⁴⁵ Kommissionens tillkännagivande för tillämpningen av artikel 81.3 fördraget, (2004/C 101/08), p. 20-21.

i förhållande till den marknadsstyrka som parterna var för sig besitter, eller den de tillsammans får.⁴⁶

2.2.2.2 Begreppet "avtal"

Av artikel 101.1 FEUF framgår att avtal vars syfte eller effekt är att begränsa konkurrensen på den inre marknaden är förbjudna. Då begreppet "avtal" textuellt kan tolkas olika, ska under denna rubrik redogöras för den EU-rättsliga tolkning avseende detta begrepp, vilken utkristalliserats i praxis.

Begreppet "avtal" ges i den unionsrättsliga konkurrensrätten en vid innebörd. Allt från civilrättsligt bindande skrivna avtal till avtal i mer lösliga former såsom exempelvis muntliga avtal eller tysta eller underförstådda överenskommelser omfattas.⁴⁷ Så även avtal som ur ett juridiskt perspektiv inte är bindande.⁴⁸ Som huvudregel gäller att begreppet "avtal" förutsätter att minst två parter är inblandade, vilka från varandra är fristående. Således faller koncerninterna avtal, där båda parter ytterst kontrolleras av ett och samma moderbolag utanför artikel 101 FEUF.⁴⁹ Ensidiga åtaganden kan dock i undantagsfall omfattas, förutsatt att det finns en gemensam vilja. Som exempel kan här nämnas den situation där en part anpassar sig till krav som ställs av motpart, under hot om att annars inte få varor levererade.⁵⁰ I praxis har denna fråga kommit att behandlas i *Bayer mot kommissionen*⁵¹, där läkemedelsföretaget Bayer hotade med att upphöra med leveranser till parallelexporterande grossister i Frankrike och Spanien, i syfte att hindra parallellimport till Storbritannien. I kommissionens beslut⁵² som i domen överklagades, fastslogs att grossisterna genom att upphöra med parallellexporten till Storbritannien och genom sina fortsatta förbindelser med Bayer godtagit exportförbudet och att detta konstituerade ett avtal mellan parterna. Förstainstansrätten undanröjde dock detta beslut med motiveringen att Bayer agerat ensidigt och att det saknades bevis för att parterna hade en gemensam vilja att upprätthålla exportförbudet. Det föreföll snarare så att grossisterna i Frankrike och Spanien givit uttryck för en önskan att bedriva en fortsatt parallellexport till Storbritannien.⁵³

⁴⁶ Kommissionens tillkännagivande för tillämpningen av artikel 81.3 fördraget, (2004/C 101/08), p. 22 och 24-25.

⁴⁷ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 37.

⁴⁸ Lidgard, *Competition Classics*, s. 56.

⁴⁹ Se exempelvis domstolens dom C-15/74, *Centrafarm mot Sterling Drug*, 31 oktober 1974, [1974] REG II-00367, p. 41.

⁵⁰ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 38.

⁵¹ Förstainstansrättens dom T-41/96, *Bayer mot kommissionen*, 26 oktober 2000, [2000] ECR II-03383.

⁵² Kommissionens beslut 96/478, *ADALAT*, 10 januari 1996, EGT 1996 nr. L 201 s. 1.

⁵³ Förstainstansrättens dom T-41/96, *Bayer mot kommissionen*, 26 oktober 2000, [2000] ECR II-03383, p. 153 och 172-173.

2.2.2.3 Begreppet ”mellan företag”

En förutsättning för att artikel 101.1 FEUF ska vara tillämplig är att avtalet involverar två eller fler företag. Vad som avses med termen ”företag” ska därför under denna rubrik redogöras för.

I frågor rörande fri etableringsrätt används den definition av ”företag” som återfinns i artikel 54 FEUF som omfattar bolag som enligt civil- eller handelslagstiftning, kooperativa sammanslutningar samt andra offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, förutsatt att de drivs i vinstsyfte. Denna definition kan ge viss ledning även inom konkurrensrätten, som emellertid tillämpar en än vidare definition vilken utvecklats i praxis.⁵⁴ I *Höfner*⁵⁵ uttalade domstolen termen ”företag” inom konkurrensrätten avser varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering.⁵⁶ Även enskilda som bedriver ekonomisk verksamhet såsom artister och professionella idrottare omfattas således av begreppet. Till skillnad mot den definition som tillhandahålls i artikel 54 FEUF uppställs inte något krav på vinstsyfte, utan tillräckligt är att en ekonomisk verksamhet bedrivs.⁵⁷

Den konkurrensrättsliga definitionen av företag är emellertid behäftad med vissa brister. I den situation när ett avtal har ingåtts mellan ett moder- och dotterbolag kan det exempelvis vara svårt att avgöra huruvida man i konkurrensrättslig mening har med ett företag att göra eller om moder- och dotterbolag, trots ägarförhållandena, ska ses som två individuella företag. I *ICI*⁵⁸ uttalade domstolen att enbart den omständigheten att dotterbolaget är en särskild juridisk person, inte är tillräckligt för att för att utesluta att dess uppträdande ska tillskrivas moderbolaget. Saknar dotterbolaget självbestämmanderätt vad beträffar sitt agerande på marknaden är artikel 101 FEUF inte tillämplig på förhållandet mellan moder- och dotterbolaget, eftersom dessa utgör en ekonomisk enhet och således inte uppfyller kravet på att två företag ska vara involverade.⁵⁹ I *Commercial Solvents*⁶⁰ utvecklade domstolen sitt resonemang rörande ekonomiska enheter, och klargjorde att det inte enbart är ägarförhållandena som är avgörande i denna bedömning, utan även den kontroll som faktiskt utövats.⁶¹

⁵⁴ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 41.

⁵⁵ Domstolens dom C-41/90, *Höfner m.fl.*, 23 april 1991, [1991] REG I-00135.

⁵⁶ Domstolens dom C-41/90, *Höfner m.fl.*, 23 april 1991, [1991] REG I-00135, p. 21.

⁵⁷ Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 342.

⁵⁸ Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, (”ICI”), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025.

⁵⁹ Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, (”ICI”), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025, p. 132-134.

⁶⁰ Domstolens dom i de förenade målen 6/73 och 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, (”Commercial Solvents”), [1974] REG II-00229.

⁶¹ Domstolens dom i de förenade målen 6/73 och 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, (”Commercial Solvents”), [1974] REG II-00229, p. 37-41.

Sammanfattningsvis kan konstateras att företagsbegreppet inom konkurrensrätten är vidsträckt och innefattar allt från vinstdrivande företag till icke-vinstdrivande organisationer, förutsatt att dessa bedriver en ekonomisk verksamhet. Detta innebär att även verksamheter i offentlig regi kan utgöra ett ”företag” i konkurrensrättslig mening, liksom privatpersoner, förutsatt att de bedriver en ekonomisk verksamhet.⁶² Huruvida företaget finansieras med offentliga eller privata medel är inte av betydelse i denna bedömning.⁶³

2.2.2.4 Begreppet ”beslut av företagssammanslutningar”

Artikel 101 FEUF äger även tillämpning på beslut av företagssammanslutningar. Detta omfattar bland annat rekommendationer och beslut fattade av en branschorganisation, vilka kan fungera som en täckmantel för kartellsamarbeten.⁶⁴ För att en enskild medlem ska kunna undgå ansvar för ett beslut fattat av en branschorganisation krävs enligt praxis att denne motsatt sig förslaget, samt i ett senare skede även avstått från att implementera beslutet.⁶⁵ En medlem som inte aktivt drivit på ett beslut om otillåtet samarbete, men som heller inte aktivt motsatt sig detta samt senare anpassat sina ageranden efter beslutet i fråga, går således inte fri från ansvar.

Att även rekommendationer av branschföreningar omfattas av begreppet klagjordes i kommissionens beslut *FENEX*⁶⁶. Den nederländska speditorsorganisationen FENEX hade gentemot sina medlemmar tillhandahållit dokument innehållande speditionstariffer. Enligt FENEX ägde det unionsrättsliga kartellförbudet inte tillämpning på detta, då tarifferna endast utgjorde rekommendationer och av den anledningen inte omfattades av begreppet ”beslut av företagssammanslutningar”. Kommissionen ansåg emellertid att tarifferna som utarbetats och spridits skulle tolkas som ett uttryck för organisationens avsikt att samordna medlemmarnas förfarande på marknaden, och att rekommendationen därmed omfattades av begreppet ”beslut av företagssammanslutningar”.⁶⁷

2.2.2.5 Begreppet ”samordnade förfaranden”

Artikel 101.1 FEUF omfattar även så kallade samordnade förfaranden, med vilket avses samarbeten mellan företag av mer informell karaktär.⁶⁸

⁶² Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 43.

⁶³ Förstainstansrättens dom T-128/98, *Aéroports de Paris mot kommissionen*, 12 december 2000, [2000] ECR II- 03929, p. 108.

⁶⁴ Bernitz, Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 345.

⁶⁵ Förstainstansrättens dom T-7/89, *Hercules Chemicals mot kommissionen*, 17 december 1991, [1991] REG II-00083, p. 232.

⁶⁶ Kommissionens beslut 96/438/EC, *FENEX*, 5 juni 1996, EUT L181/28

⁶⁷ Kommissionens beslut 96/438/EC, *FENEX*, 5 juni 1996, EUT L181/28, p. 32-42.

⁶⁸ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 40.

Domstolen har i *Wood Pulp II*⁶⁹ uttalat att man med samordnat förfarande avser en form av samordning som inte gått så långt att ett avtal i egentlig mening slutits, men att företagen ändå medvetet byter ut de risker som konkurrensen innebär mot ett praktiskt samarbete.⁷⁰ Konkreta dokument som styrker det otillåtna samarbete saknas således, varför indicier istället spelar en avgörande roll i bedömningen, vilket med fördel illustreras av *ICI*⁷¹. I detta mål hade de tio största färgämnesproducenterna inom EU samtidigt eller i ett nära tidssamband genomfört likformiga prishöjningar vid tre tillfällen, vilket togs upp till prövning i EU-domstolen. Domstolen påpekade att samordnade förfaranden till sin natur saknar vissa element som kännetecknar ett avtal, men att existensen av ett samordnande likväl går att påvisa genom att exempelvis analysera aktörernas ageranden på marknaden. Även om ett parallellt uppträdande i sig inte kan likställas med ett samordnat förfarande, utgör det dock ett starkt indicium för detta, då det med hänsyn till varorna, företagens storlek och antal och omfattningen av marknaden i fråga leder till onormala konkurrensvillkor.⁷² I målet uteslöt domstolen att det rörde sig om spontana prishöjningar, eftersom dessa borde uppvisat större skillnader. Det faktum att prishöjningarna ägt rum i princip samtidigt eller med en anmärkningsvärd kort fördröjning talade även det för att samråd ägt rum färgproducenterna emellan. Beträffande den sista prishöjningen, där företagen tillkännagivit avsikten att höja priset i förväg uttalade domstolen att man genom detta agerande undanröjt den osäkerhet som är förknippad med ett självständigt agerande på marknaden. Utifrån de indicier som av kommissionen framlagts, konstaterade domstolen att det rörde sig om ett samordnat förfarande och att artikel 101 FEUF således ägde tillämpning.⁷³

Indiciebevisning är dock inte helt oproblematisk. I *Wood Pulp II*⁷⁴, där situationen till stor del liknade den i *ICI*⁷⁵, ansåg domstolen att kommissionen inte styrkt att ett samordnat förfarande var för handen. Detta eftersom andra tänkbara förklaringar till aktörernas enhetliga ageranden fanns att tillgå. Det parallella beteendet kunde i detta fall på ett tillfredställande sätt förklaras utifrån pappersmassemarknadens oligopolistiska tendenser i kombination med de särskilda förhållanden som

⁶⁹ Domstolens dom i de förenade målen C-89/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 och C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111.

⁷⁰ Domstolens dom i de förenade målen c-89/85, c-114/85, c-116/85, c-117/85, c-125/85 och c-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111, p. 63.

⁷¹ Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, ("ICI"), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025.

⁷² Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, ("ICI"), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025, p. 64 -66.

⁷³ Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, ("ICI"), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025, p. 108-112, 119.

⁷⁴ Domstolens dom i de förenade målen c-89/85, c-114/85, c-116/85, c-117/85, c-125/85 och c-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111.

⁷⁵ Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, ("ICI"), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025.

stundtals rådit på marknaden.⁷⁶ Domstolen ansåg därmed inte att kommissionen visat att det var tal om ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Utifrån *Wood Pulp II*⁷⁷ kan slutas att kommissionen vid misstanke om samordnat förfarande har en relativt omfattande bevisböda.⁷⁸ Eftersom det ligger i de samordnade förfarandens natur att konkreta bevis såsom avtal och dylikt saknas, är kommissionen hänvisad till indiciebevisning. Ett parallellt beteende utgör i regel ett starkt bevis på att en samordning ägt rum, såtillvida det inte finns någon annan rimlig förklaring till detta – såsom att marknaden är av en oligopolistisk karaktär och att marknadsaktörerna endast på ett intelligent sätt anpassat sig efter konkurrenternas ageranden.⁷⁹

2.3 Samarbetsmöjligheter enligt LOU

Kartellförbudets tillämplighet är som ovan redogjorts för vidträckt. Möjligheten till samarbete konkurrenter emellan är emellertid inte exklusivt reglerat av konkurrensrätten, utan även i upphandlingslagstiftningen återfinns bestämmelser kring detta. Hur dessa förhåller sig till det konkurrensrättsliga kartellförbudet, dess innebörd samt i vilka situationer bestämmelserna aktualiseras ämnar redogöras för nedan. Att begränsa denna framställning till att endast behandla upphandlingslagstiftningens möjligheter till samarbete utifrån ett EU-rättsligt perspektiv likt den föregående presentationen av kartellförbudet, blir dock mindre lyckosamt, då det till LOU bakomliggande direktivet inte befattar sig med denna fråga. Framställningen kommer således att behandla den reglering som återfinns i LOU.

2.3.1 Gemensamma anbud

Enligt 1 kap. 11 § LOU har grupper av leverantörer rätt att beroende på anbuds förfarande ansöka om att få lämna anbud (selektiv eller förhandlat förfarande) respektive att lämna anbud (öppet förfarande) – så kallade gemensamma anbud. Bestämmelsen avser att tillförsäkra att konkurrens upprätthålls även i större upphandlingar, där små- och medelstora bolag utan denna samarbetsmöjlighet skulle ha svårt att delta, då de inte ensamma besitter den kapacitet som den upphandlande enheten efterfrågar. Bestämmelsen omfattar även samarbete mellan större företag i form av

⁷⁶ Domstolens dom i de förenade målen c-89/85, c-114/85, c-116/85, c- 117/85, c-125/85 och c-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111, p. 126.

⁷⁷ Domstolens dom i de förenade målen c-89/85, c-114/85, c-116/85, c- 117/85, c-125/85 och c-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111

⁷⁸ Lidgard, *Competition Classics*, s. 125.

⁷⁹ Domstolens dom i de förenade målen c-89/85, c-114/85, c-116/85, c- 117/85, c-125/85 och c-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111, p. 71.

konsortium, vilket är vanligt förekommande vid genomförandet av stora infrastrukturprojekt såsom exempelvis byggandet av Öresundsbron och tunnelbygget genom hallandsåsen.⁸⁰

Rätten att lämna gemensamma anbud är emellertid inte oinskränkt, utan måste ses mot bakgrund av det konkurrensrättsliga kartellförbudet. I praktiken innebär detta att ett gemensamt anbud från leverantörer som var för sig är kapabla att lämna ett anbud inte godtas. Däremot har gemensamma anbud accepterats i de fall där upphandlingen avsett flertalet olika produkter och där anbudsgivaren inte själv har besittit förmågan att tillgodose samtliga av dessa identifierade behov, förutsatt att det inte funnits möjlighet att inkomma med anbud i delar.⁸¹

Förhållandet mellan gemensamma anbud och kartellförbudet har i fråga om större infrastrukturprojekt kommit att belysas i praxis. Bland annat kan här nämnas Öresundsbronmålet⁸², där två företag som på förhand inte fått sitt tilltänkta samarbete avseende cementleveranser godkänt av Konkurrensverket, valde att driva ärendet vidare till Marknadsdomstolen. Med hänvisning till att samarbetet framstod som det enda realistiska alternativet för att de två företagen på ett meningsfullt sätt skulle kunna delta i upphandlingen, godkände domstolen samarbetet. I denna bedömning beaktades även faktorer som att cementleveransernas omfattning saknade tidigare motstycke i Sverige och att de krav som ställdes på företagen avseende ekonomiska risker och åtaganden således var mycket speciella. Det bör påpekas att möjligheten för företag att på förhand ansöka om godkännande av ett samarbete numer inte existerar. I enlighet med förordning 1/2003⁸³ är detta idag en bedömning som de inblandade parterna själv måste göra.⁸⁴

2.3.2 Andra företags kapacitet

Utöver möjligheten att lämna gemensamma anbud kan mindre företag även begagna sig av 11 kap. 12 § LOU för att kunna delta i större upphandlingar. Bestämmelsen möjliggör för företag, som inte förfogar även ett så brett spektrum av ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga resurser som upphandlingen kräver, att åberopa denna kapacitet hos andra företag.

För att med framgång åberopa bestämmelsen i en upphandling krävs att leverantören kan visa att denne kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Detta görs med fördel genom ett

⁸⁰ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 69.

⁸¹ Legnerfält, *År kontakter mellan konkurrenter tillåtna i upphandlingar*, del I, MedTech Magazine nr 1/2007, s. 33.

⁸² MD 1997:15.

⁸³ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002, om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

⁸⁴ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002, om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, artikel 1 samt preambelöversvägande 3-4.

åtagande från de företag, vars kapacitet åberopas men kan även ske på andra sätt. En avsiktsförklaring som inte är juridiskt bindande är dock inte tillräckligt.⁸⁵ Av unionsrättslig praxis framgår att ett åtagande av ovan nämnt slag inte krävs i den situation som ett moderbolag åberopar sitt dotterbolags resurser.⁸⁶

Möjligheten att åberopa andra företags kapacitet står även öppen för grupper av leverantörer. Utöver gruppens samlade resurser kan även externa företags resurser åberopas, förutsatt att åtaganden som styrker detta kan visas.⁸⁷

2.4 Anbudskarteller

Ovan har redogjorts för innebörden av det unionsrättsliga kartellförbudet samt och i vilken utsträckning LOU tillåter samarbete mellan konkurrenter. I samband med detta har även förhållandet mellan de två rättsområdena berörts. För att konkretisera den hitintills teoretiskt präglade framställningen, kommer under denna rubrik att redogöra för tre rättsfall rörande anbudskarteller. Framställningen är tänkt att ge läsaren en förståelse för att kartellsamarbete inte till fullo förhindras genom att samhället klassificerat beteendet som lagstridigt. I anslutning till denna presentation av praxis kommer även den betydelsefulla roll som Konkurrensverket intar vid oegentligheter i upphandlingsförfaranden redogöras för.

2.4.1 Förekomsten av anbudskarteller

Att med en exakt siffra ange antalet anbudskarteller som idag existerar i Sverige respektive EU är givetvis omöjligt. Det ligger i sakens natur att ett samarbete av detta slag sker i det fördolda, då de deltagande företagen riskerar dryga böter vid upptäckt. Emellertid är det inte alltid som detta lyckas. De senaste decennierna har ett antal anbudskarteller blivit föremål för en rättslig prövning, då dess existens av någon anledning blivit känd för marknaden. Nedan följer en kortfattad presentation av tre av dessa mål – ett från EU-domstolen, ett från Marknadsdomstolen och ett som ännu inte prövats i sak, men som förväntas komma upp till prövning inom en snar framtid.

2.4.1.1 Rör-kartellen⁸⁸

I slutet av 90-talet genomfördes på initiativ av kommissionen flertalet gryningsråder i olika medlemsländer, hos företag verksamma inom branschen för isolerade rör. Inspektionerna påvisade ett otillåtet

⁸⁵ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 336.

⁸⁶ Domstolens dom C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV mot Belgiska staten*, 14 april 1994, [1994] ECR I-01289, p. 18.

⁸⁷ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 337.

⁸⁸ Förstainstansrättens dom T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri Ltd v Commission*, den 20 mars 2002, [2002] ECR II-01881.

kartellsamarbete där företagen bland annat delat upp nationella marknader, träffat prisöverenskommelser och manipulerat anbudsförfaranden.

Kartellen, som innefattade totalt tio bolag med sin primära verksamhet i norra Europa, hade en tvådelad organisationsstruktur bestående av en direktörsklubb och flertalet kontaktgrupper. Den förstnämnda hade det övergripande ansvaret för implementeringen av överenskommelserna, medan de lokala kontaktgrupperna ansvarade för fördelning av enskilda projekt liksom samordning av de i förväg uppgjorda anbudsförfarandena. För att skydda sig mot den enda viktiga utomstående konkurrenten vidtogs samordnade åtgärder för att hindra detta företags kommersiella verksamhet och skada dess affärer. I de fall som konkurrenten likväl tilldelades upphandlingskontrakt utarbetades en strategi vilket innefattade hot, utfästelse om att få ingå i kartellen, försök att locka över nyckelpersoner m.m.

De deltagande företagen kom att straffas med dryga böter, varav det högsta beloppet sattes till hela 65 000 000 euro.

2.4.1.2 Asfaltkartellen⁸⁹

Den 28 maj 2009 meddelade Marknadsdomstolen dom i det hittills största konkurrensmålet i Sverige – den så kallade asfaltkartellen. Fem asfaltföretag, däribland NCC, Peab Asfalt och Vägverket Produktion dömdes till rekordhöga böter för att under åren 1998-2001 ha delat upp marknaden för beläggningsarbeten, anläggningsarbeten, produktion och försäljning, liksom att sinsemellan träffat överenskommelser avseende priser. För NCC som ansågs ha haft en ledande och central roll sattes konkurrensskadeavgiften till hela 200 miljoner kronor.

Asfaltkartellen, som uppdagades efter att tre personer som tidigare varit anställda på NCC berättat om det otillåtna samarbetet för Konkurrensverket, drabbade i första hand kommuner och det statliga Vägverket, som genom åren fått betala kraftiga överpriser. Det kan förefalla anmärkningsvärt att Vägverket Produktion, som vid tiden för målet utgjorde en integrerad del av myndigheten Vägverket, även om den drevs i företagsliknande former deltog, då anbudskartellen främst drabbade dess egen huvudman. Detta visar emellertid att förekomsten av anbudskarteller inte är begränsade till endast vissa typer av miljöer eller sammanhang.

2.4.1.3 Den påstådda däckkartellen⁹⁰

2010 ansökte Konkurrensverket om stämning å Däckia och Euromaster med yrkande om de två företagen ska betala konkurrensskadeavgift för deltagandet i en anbudskartell avseende två upphandling av däck och däckservice år 2005.⁹¹ Enligt Konkurrensverket har de båda företagen trots

⁸⁹ MD 2009:11.

⁹⁰ Ansökan om stämning av den 24 november 2012, dnr 605/2010.

⁹¹ Ansökan om stämning av den 24 november 2012, dnr 605/2010.

att de haft kapacitet att lämna egna anbud i upphandlingarna, valt att lämna gemensamma anbud genom den Svenska Däckföreningen, i vilken båda är medlemmar.

I målet har ett av företagen hävdat att talan om konkurrensskadeavgiften är preskriberad, varför en prövning i sak ännu inte kommit till stånd. Detta är dock att vänta inom den närmaste tiden, då marknadsdomstolen i en dom från augusti 2012 fastställde tingsrättens mellandom vari preskriptionstiden förklarades bruten.⁹²

2.4.2 Konkurrensverket – den ansvariga tillsynsmyndigheten

Konkurrensverket är av regeringen utsedd att ansvara för både konkurrensfrågor och den offentliga upphandlingen. Myndigheten ska bland annat verka för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer – en uppgift som delvis tillgodoses genom de befogenheter som givits Konkurrensverket i egenskap av tillsynsmyndighet enligt 18 kap. LOU.⁹³ Myndighetens tillsynsverksamhet är prioriterad och ska särskild uppmärksamma regelöverträdelse av större magnitud eller av principiellt intresse.⁹⁴

I arbetet med att avslöja och minska förekomsten av anbudskarteller spelar de upphandlande enheterna en viktig roll. Vid misstanke om oegentligheter av detta slag uppmuntras de kontakta Konkurrensverket, som i sin tur beslutar om ärendet ska utredas vidare.⁹⁵ Bland annat kan tillsynsmyndigheten, beroende på om misstankens beskaffenhet, besluta om att företa oannonserade gryningsräder i de misstänkta företagens lokaler, för att på detta vis samla ytterligare bevis om konkurrensbrottets existens.⁹⁶ För att ge de upphandlande enheterna stöd och vägledning i arbetet med att upptäcka anbudskarteller har myndigheten låtit utarbeta en folder, vari tecken som indikerar existensen av ett kartellsamarbete uppräknas och beskrivs.⁹⁷ Foldern är utformad som en checklista och listar tolv misstänkta omständigheter – bland annat kan här nämnas faktorer såsom misstänkt högt eller likartat pris, misstänkt få inkomna anbud eller misstänkt gemensamt anbud. Huruvida den upphandlande enheten, efter att ha informerat

⁹² MD 2012:9 och Stockholm tingsrätt mellandom av den 17 oktober 2011, mål nr T18896-10.

⁹³ 1-3 §§ förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

⁹⁴ Regeringsbeslut 2011-12-22, *Regleringsbrev för budgetåret 2012 avseende*

Konkurrensverket inom utgiftsområde 24 Näringsliv, s. 3 och Konkurrensverkets policy för prioritering av konkurrens- och upphandlingsfrågor.

⁹⁵ Konkurrensverkets policy för prioritering av konkurrens- och upphandlingsfrågor,

⁹⁶ Legnerfält, *Är kontakter med konkurrenter tillåtna i upphandlingar?*, del II, MedTech Magazine nr 2/2007, s. 27.

⁹⁷ Konkurrensverkets folder *Ärlighet ska löna sig! Hur du upptäcker och tipsar om anbudskarteller vid offentliga upphandlingar*.

tillsynsmyndigheten om dess misstanke, kan vidta åtgärder av mer konkret slag kommer redogöras för i följande avsnitt.

3 Den upphandlande enhetens handlingsalternativ vid misstanke om att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete

Den upphandlande enheten förväntas, liksom föregående avsnitt redogjort för, kontakta Konkurrensverket vid tecken på en förestående anbudskartell. I avvaktan på att tillsynsmyndigheten beslutar om ärendet ska utredas vidare råder i dagsläget en ovisshet kring huruvida den upphandlande enheten kan begagna sig av rätten att utesluta en leverantör respektive rätten att avbryta en upphandling, vilka vanligtvis äger tillämpning i den situation där oegentligheter i upphandlingsförfarande avslöjas. I det följande kommer tillämpligheten av dessa två handlingsalternativ vid misstanke om ett kartellsamarbete att utredas, varefter brister och förtjänster med att förfara på respektive sätt diskuteras – en diskussion som uppsatsens avslutande avsnitt återknyter till.

3.1 Uteslutande av leverantör

Att möjligheten att utesluta en leverantör existerar framgår både av LOU och det till lagen bakomliggande upphandlingsdirektivet^{98,99}. Då direktivet inte anger villkoren för när ett uteslutande ska respektive får ske, kommer följande framställning grunda sig på den rätt att utesluta en leverantör som tillhandahålls i 10 kap. LOU, som i detta avseende är mer detaljerat. I kapitlet återfinns såväl obligatoriska som fakultativa diskvalificeringsgrunder, vilka nedan kommer att behandlas under varsin rubrik.

3.1.1 Obligatoriskt uteslutande

Enligt 10 kap. 1 § LOU är en upphandlande enhet skyldig att utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling om enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för deltagande i kriminella organisationer, bestickning, bedrägeri riktat mot EU:s finansiella intressen eller penningtvätt. Brotten som definieras i enlighet med EU-

⁹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

⁹⁹ Se artikel 45 i direktiv 2004/18/EG och 10 kap. 1-2 §§ LOU.

rättsliga bestämmelser skiljer sig således åt från eventuella motsvarigheter i brottsbalken (1962:700).¹⁰⁰

Tvärtemot vad lagrummet vid en första anblick kan tyckas implicera, föreligger inte någon generell undersökningsplikt för den upphandlande enheten att efterforska förekomsten av dessa uteslutningsgrunder hos deltagande leverantörer. En sådan utredning aktualiseras först om den upphandlande enheten på ett mer eller mindre slumpartat sätt får kännedom om att en leverantör kan tänkas ha brutit mot dessa krav, exempelvis via media eller dylikt. Det ligger i den upphandlande enhetens intresse att en sådan utredning blir korrekt, då den annars riskerar att bli skadeståndsansvarig. Den ifrågasatta leverantören kan, efter att den upphandlande enheten visat att en grundad anledning till uteslutning föreligger, ges tillfälle att motbevisa denna slutsats i enlighet med 10 kap. 1 § 3 st. LOU.¹⁰¹ Detta görs förslagsvis genom ett uppvisande av ett kriminalregisterutdrag eller dylikt.¹⁰²

I de fall leverantören är en juridisk person gäller enligt 10 kap. 1 § 2 st. LOU att ett uteslutande får ske om dess företrädare dömts för något av de relevanta brotten. Vem som ska anses vara företrädare för en leverantör är avhängigt omständigheterna i det enskilda fallet. En person som varit, men inte längre är företrädare för en leverantör, kan inte bli föremål för kontroll i ett upphandlingsärende. Denna kontroll ska istället vara vigd åt de personer som är företrädare vid tidpunkten för anbudsgivningen. En lagakraftvunnen dom mot en tidigare företrädare kan således inte ligga till grund för att utesluta leverantören från att delta i en upphandling.¹⁰³ I begreppet ”företrädare” ingår enligt upphandlingsdirektivet utöver företagschefer även andra personer som givits behörighet att företräda anbudsgivaren eller anbudssökanden.¹⁰⁴ Det är således möjligt att en verkställande direktör eller en avdelningschef kan betraktas som en företrädare i detta sammanhang, förutsatt att de haft en viss grad av inflytande.¹⁰⁵ Enligt regeringen kan även en företrädare för ett moderbolag, som rent faktiskt även företräder dotterbolaget, aktualiseras för kontroll i en upphandling som hänför sig till dotterbolaget.¹⁰⁶

Om det finns särskilda skäl, får den upphandlande enheten i undantagsfall avstå från att utesluta en leverantör trots att en obligatorisk uteslutningsgrund är för handen. Så kan exempelvis vara fallet om brottet i fråga varit av ringa art eller om en lång tid förflutit sedan brottet ägde rum.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 109.

¹⁰¹ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 288 och 297.

¹⁰² Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 109.

¹⁰³ Prop. 2006/07:128, s. 226.

¹⁰⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, artikel 45 p. 1.

¹⁰⁵ Bergman m.fl., *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris*, s. 145.

¹⁰⁶ Prop. 2006/07:128, s. 226 f.

¹⁰⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 110.

3.1.2 Fakultativt uteslutande

Enligt 10 kap. 2 § LOU kan en upphandlande enhet, under vissa angivna förutsättningar, välja att utesluta en leverantör. Detta utgör således, till skillnad mot de obligatoriska uteslutningsgrunderna, en valmöjlighet och inte ett åliggande för den upphandlande enheten. Situationerna där fakultativ uteslutning kan aktualiseras är många och inkluderar allt från de fall där leverantören är försatt i konkurs eller under likvidation, är föremål för tvångsförvaltning eller ackord, har inställt sina betalningar eller belagts med näringsförbud, genom en lagakraftvunnen dom dömts för brott avseende yrkesverksamheten, eller avslutningsvis gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, misskött sina åliggande avseende socialförsäkringsavgifter eller underlåtit att lämna begärda upplysningar. Uteslutningsgrunderna i detta lagrum delas med fördel upp i två kategorier, varav den första är hänförligt till leverantörens finansiella ställning, medan den andra hänför sig till leverantörens beteende. I likhet med vad som gäller för de obligatoriska uteslutningsgrunderna får i de fall leverantören är en juridisk person, fel hänförliga till företrädaren beaktas vilket framgår av 10 kap. 2 § 2 st. LOU.

Tillämpningen av de fakultativa diskvalificeringsgrunderna är inte föremål för någon begränsning i tid. Det får dock anses klarlagt att de inte kan åberopas i oändlighet, liksom att diskvalifikationsgrunderna inte ska användas för att straffa enskilda leverantörer.¹⁰⁸ Rimligheten i att utesluta en leverantör med stöd av paragrafen ska prövas mot den bakgrund som råder i det enskilda fallet. Har leverantören i fråga varit involverad i en förbjuden anbudskartell, kan exempelvis parametrar som konkurrensbrottets verkningar, tiden för kartellens existens och huruvida samma personkrets som deltagit i konkurrensbrottet har kvar sina positioner beaktas. Ju längre tid som passerat mellan konkurrensbrottet och den aktuella upphandlingen, desto svårare torde det bli för den upphandlande enheten att med hänvisning till detta brott utesluta leverantören.¹⁰⁹

Huruvida en tillämpning av de fakultativa uteslutningsgrunderna måste utannonseras för att den upphandlande enheten ska kunna tillämpa dem är beroende av på vilket sätt de är tänkta att tillämpas. I det fall där de ses som ett medel för att begränsa antalet anbudsgivare i ett selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering i enlighet med 11 kap. 3 § LOU, ska en sådan annonsering ske enligt upphandlingsdirektivets fjortionde preambelövervägande. I annat fall är det tillräckligt med en mer allmän hänvisning till de grunder som anges i artikel 45 i upphandlingsdirektivet, vilken motsvarar 10 kap. 1 - 2 §§ LOU. Av annonsen behöver således endast framgå vilka diskvalifikationsgrunder som den upphandlande enheten avser att tillämpa. I förfrågningsunderlaget däremot måste i detalj anges hur dessa grunder är tänkt att tillämpas, då principen om transparens ska respekteras under hela upphandlingsprocessen.¹¹⁰

¹⁰⁸ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 301.

¹⁰⁹ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 300.

¹¹⁰ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 300 f.

3.1.2.1 Uteslutningsgrunder hänförliga till leverantörens ekonomiska situation

Liksom inledningsvis nämndes kan de fakultativa uteslutningsgrunderna delas upp i två kategorier, varav de som hänför sig till leverantörens ekonomiska situation kommer att avhandlas under denna rubrik.

Fyra av de totalt sex fakultativa uteslutningsgrunderna är att hänföra till leverantörens finansiella ställning.¹¹¹ De avser allt från de fall där leverantören är försatt i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller ackord, har ställt in sina betalningar eller belagts med näringsförbud till den situation där leverantören genom en lagakraftvunnen dom blivit dömt för brott avseende yrkesutövningen m.m. Den upphandlande enheten får i enlighet med 10 kap. 2 § 3 st. LOU begära att leverantören i fråga visar att något missförhållande av det slag som ovan presenterats inte föreligger. Detta görs förslagsvis genom ett ingivande av skattebevis, balansräkning, kreditupplysning, bankutlåtande eller dylikt alternativt genom att visa att man är registrerad i ett EES-lands officiella förteckning över godkända leverantörer.¹¹² För att minska leverantörernas administrativa börda, hålls den upphandlande enheten ansvarig för att uppgifter avseende erlagda skatter och socialförsäkringsavgifter utlämnas från behörig myndighet.¹¹³ Möjligheten för den upphandlande enheten att åberopa bristande betalning av skatter och avgifter som grund till uteslutning är begränsad i det avseendet att den inte går att tillämpa efter det att betalning erlagts.¹¹⁴

Beträffande den uteslutningsgrund där leverantören genom en lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen (3 p.) har i HFD 2010 ref. 79 klargjorts att grunden ska ses i ljuset av att det, främst ur ett konkurrensperspektiv, ansetts vara av vikt att endast seriösa leverantörer tilldelas upphandlingskontrakt. Vidare uttalar domstolen att kravet på att domen vunnit laga kraft i praktiken medför att brottet i fråga kan ligga flera år tillbaka i tiden. Denna tidsutdräkt i sig utgör emellertid inte motiv för att avstå att utesluta med hänvisning till proportionalitetsprincipen. Vid en sådan avvägning måste nämligen samtliga relevanta omständigheter beaktas, varav brottets art liksom den tid som förflutit endast utgör två utav flera faktorer som ska tas i beaktande.

3.1.2.2 Uteslutningsgrunder hänförliga till leverantörens beteende

De två fakultativa uteslutningsgrunder som är att hänföra till leverantörens beteende är dels den situation där leverantören gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (4 p.), dels de fall där leverantören lämnat bristfälliga alternativt felaktiga uppgifter (6 p.). Till skillnad mot vad som gäller de grunder som är hänförliga till företagets ekonomiska ställning, är

¹¹¹ Se 10 kap. 2§ 1 st. p. 1,2,3,5.

¹¹² Norman m.fl., *Offentlig upphandling – en handbok*, s. 10:2.

¹¹³ Prop. 2009/10: 180, s. 276.

¹¹⁴ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 302.

bevisbördan i detta fall den omvända. Följaktligen är det den upphandlande enheten, som måste påvisa att ett fel av uteslutningsgrundande karaktär är för handen.¹¹⁵

Vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är något oklart. Yrkesfusk liksom lagbrott, förutsatt att detta sker i yrkesutövningen torde omfattas.¹¹⁶ I upphandlingsdirektivets fyrtiotredje preambelövervägande konkretiseras innebörden något, vari överträdelse av miljölagstiftning och konkurrenslagstiftning, bristande efterlevnad av likabehandling i arbetslivet och brister i likabehandling av kvinnor och män avseende anställning, utbildning och befordran omnämns. Kammarrätten i Stockholm har i en dom från 2011 avseende osanna fakturor, prövat huruvida en icke-lagakraftvunnen dom hänförligt till en anbudsgivares systerbolag är att betrakta som ett allvarligt fel i leverantörens yrkesutövning.¹¹⁷ Eftersom anbudsgivaren i målet åberopat en åtagandegaranti från systerbolaget, samt att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget klargjort att anbudsgivare och eventuella underleverantörer riskerade att uteslutas om kraven i 10 kap. 2 § LOU inte uppfylldes, ansågs den upphandlande enheten ha rätt att även kontrollera systerbolaget. Kammarrätten motiverade detta med att det var fråga om ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen att ett uteslutande rimligtvis kunde meddelas.

Vad beträffar möjligheten att utesluta en leverantör med hänvisning till att uppgifterna som lämnats är bristfälliga alternativt felaktiga så avser denna uteslutningsgrund att implementera upphandlingsdirektivets artikel 45. 2 g). Den omfattar således information avseende anbudsgivaren respektive anbudssökandens personliga ställning, behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk status, teknisk status, kvalitetsstandarder, standarder för miljöledning, uppgifter i kompletterade handlingar samt uppgifter i officiella förteckningar. Diskvalificeringsgrunden är således betydligt bredare än vad som framgår av själva lagtexten i 10 kap. 2 § 1 st. 6 p. LOU.¹¹⁸ Det ska emellertid påpekas att uteslutningsgrunden inte till fullo är av fakultativ karaktär, eftersom likabehandlingsprincipen kräver att vissa av dessa uppgifter är obligatoriska för samtliga deltagare.¹¹⁹

I bedömningen av vad som anses vara ett allvarligt fel i yrkesutövningen respektive felaktig uppgift ska givetvis beaktas omständigheterna i det enskilda fallet. I fråga om allvarliga fel i yrkesutövningen torde exempelvis det faktum att leverantören vidtagit åtgärder för att undvika upprepning kunna tillmätas betydelse. På samma vis torde den omständighet att en felaktig uppgift lämnats av slarv respektive i uppsåt påverka bedömningen. I det förstnämnda fallet torde uteslutning endast kunna aktualiseras i det enskilda fallet, medan den omständigheten att felaktiga uppgifter lämnats

¹¹⁵ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 302.

¹¹⁶ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 299.

¹¹⁷ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 7 oktober 2011 mål nr 4809-11.

¹¹⁸ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 300.

¹¹⁹ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 300.

uppsåtliga, torde kunna ge återverkningar i efterföljande upphandlingsförfaranden. Att den oriktiga uppgiften lämnats av leverantörens verkställande direktör eller bolagsman borde rimligtvis också kunna medföra att diskvalificeringstiden blir längre, förutsatt att denna inte avsatts.¹²⁰

3.1.3 Lämpligheten i att utesluta en leverantör med hänvisning till misstanke om deltagande i en anbudskartell

Utifrån vad som ovan sagts, är det uppenbart att en misstanke om att en leverantör deltagit i en anbudskartell inte kan uteslutas med stöd i de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1 § LOU, då dessa förutsätter en lagakraftvunnen dom avseende brottslighet av ekonomisk art. För det första finns vid misstankestadiet naturligt nog inte en lagakraftvunnen dom avseende det påstådda konkurrensbrottet. För det andra förefaller ett sådant konkurrensbrott inte vara av sådan ekonomisk art som den specificerade brottskatalogen i 10 kap. 1 § LOU avser.

Vad beträffar de fakultativa diskvalifikationsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU och deras tillämplighet i händelse av en misstänkt anbudskartell, förefaller utsikterna vara något bättre. Flertalet av de grunder som anges i lagrummet förutsätter inte en lagakraftvunnen dom till skillnad mot de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Därutöver är vissa av grunderna inte lika tydligt definierade som i 10 kap. 1 § LOU, vilket kan tala för att de kan tillämpas mer extensivt. Framför allt är det uteslutningsgrunden avseende allvarliga fel i yrkesutövningen som aktualiseras vid misstanke om ett förestående kartellsamarbete, då det i upphandlingsdirektivets fyrtyotredje preambelöverbäggande framgär att grunden avser att omfatta bland annat övertredelser av konkurrenslagstiftningen. Huruvida denna diskvalifikationsgrund omfattar även misstanke om ett förestående konkurrensbrott eller är begränsad till den situation där konkurrensbrottet är klarlagt genom dom är emellertid oklart. Viss ledning kan i detta avseende hämtas från den kammarrättsdom¹²¹, vari det i vart fall klargjorts att det inte uppställs något krav på att en dom avseende osanna fakturor måste ha vunnit laga kraft. Huruvida man utifrån denna dom kan dra en generell slutsats att det inte uppställs krav på ett lagakraftvunnet avgörande är emellertid osäkert.

Sammanfattningsvis kan således sägas att ett uteslutande av en leverantör som misstänks vara delaktig i en anbudskartell inte är helt oproblematisks. Den upphandlande enheten är vad gäller möjligheten till uteslutning, utelämnad till de fakultativa diskvalifikationsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU, och mer specifikt till grunden som avser allvarliga fel i yrkesutövningen. Då det varken av lagtext eller av praxis framgär om en misstanke om ett

¹²⁰ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 302.

¹²¹ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 7 oktober 2011 mål nr 4809-11.

konkurrensbrott är tillräckligt för att denna grund ska anses tillämplig, bör en upphandlande enhet iakttäta stor försiktighet, då ett uteslutande på felaktig grund kan resultera i ersättningskrav i form av skadestånd från leverantörerna.

3.2 Avbrytande av en offentlig upphandling

Rätten för en upphandlande enhet att avbryta en upphandling framgår inte av lagtexten i LOU utan baseras i sin helhet på den praxis som utvecklats på upphandlingsområdet. I *Fracasso*¹²² framhöll EU-domstolen att rätten att avbryta en upphandling inte är förbehållen undantagsfall eller situationer där det finns tungt vägande skäl.¹²³ Det föreligger således ingen skyldighet för den upphandlande enheten att avsluta ett upphandlingsförfarande genom att ingå avtal med en leverantör. Processen kan likaväl avslutas genom att den upphandlande enheten väljer att avbryta upphandlingen. Ett avbrytande förutsätter emellertid att den upphandlande enheten informerar anbudsgivarna om skälen därtill.¹²⁴

Rätten att avbryta en upphandling är tämligen vidsträckt, men inte helt utan begränsningar. I anslutning till ett avbrytande är den upphandlande enheten skyldig att presentera ett sakligt skäl därtill. Vad som utgör sakligt respektive osakligt skäl är delvis oklart, då praxis som finns att tillgå på området är långt ifrån heltäckande. Klarlagt är emellertid att ett avbrytande aldrig får ske i strid med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, såsom exempelvis likabehandlingsprincipen. Följaktligen är det inte möjligt att avbryta en upphandling med motiveringen att ”fel” leverantör lämnat det bästa budet.¹²⁵

Rätten att avbryta en upphandling kom i Sverige att initialt anses falla utom rättsmedelsdirektivets¹²⁶ tillämpningsområde.¹²⁷ De möjligheter till överprövning, rättelse, avbrytande av olaglig upphandling eller skadestånd, som direktivet tillhandahåller, fanns således inte att tillgå vid ett beslut att

¹²² Domstolens dom C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, (”Fracasso”), 16 september 1999, [1999] REG I-5697.

¹²³ Domstolens dom C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, (”Fracasso”), 16 september 1999, [1999] REG I-5697, p. 25.

¹²⁴ Domstolens dom C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH och Stadt Wien*, (”HI”), 18 juni 2002, [2002] ECR I-5553, p. 41 och domstolens beslut C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy och Imatran kaupunki*, (”Kauppatalo Hansel”), 16 oktober 2003, [2003] ECR I-12139, p. 30.

¹²⁵ Bergström m.fl., *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris*, s. 204.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ Se exempelvis NJA 2001 s. 3 och RÅ 2001 ref. 8.

avbryta en upphandling.¹²⁸ Denna tolkning visade sig emellertid vara felaktig i samband med att den unionsrättsliga praxisen på området kom att utvecklas. I *HI*¹²⁹, uttalades av EU-domstolen att en upphandlande enhet förvisso har rätt att avbryta ett upphandlingsförfarande, men att ett sådant beslut att återkalla en anbudsinfordran omfattas av tillämpningsområdet för de rättsmedel som tillhandahålls i rättsmedelsdirektivet och således kan överprövas. Detta eftersom målet med direktivet annars riskerar att äventyras.¹³⁰ Överprövnings- respektive skadeståndsinstitutet kommer att närmare att redogöras för i uppsatsens fjärde avsnitt.

3.2.1 Godtagbara grunder för att avbryta en upphandling

Under denna rubrik följer en utförlig presentation av de grunder som enligt EU-domstolen ansetts utgöra sakliga respektive osakliga skäl till att avbryta, samt för den rättsutveckling som i detta hänseende ägt rum på nationellt plan. Då vägledande avgöranden från EU-domstolen och HFD i många fall saknas kommer framställningen i relativt hög utsträckning att kompletteras av underrättspraxis både från kammarrätterna och från förvaltningsrätterna.

3.2.1.1 Bristfällig konkurrens

I det ovan nämnda *Fracasso*¹³¹ fastslog EU-domstolen rätten för en upphandlande enhet att avbryta en upphandling vid det fall att endast ett företag ingett anbud. Detta eftersom en effektiv konkurrens är svår att upprätthålla i denna situation, då möjligheten att jämföra anbud och välja det förmånligaste bortfaller.¹³² Denna dom har kommit att bekräftats i RÅ 2008 ref. 35, där en upphandlande enhet ansågs ha rätt att avbryta då det efter ett förordnande om rättelse och en självrättelse endast kvarstod en anbudsgivare. Bristfällig konkurrens såsom sakligt skäl till att avbryta en upphandling har även kommit att prövas av kammarrätten i en dom från 2007, där man med hänvisning till EU-domstolens praxis gav den upphandlande rätt att avbryta upphandlingen, då endast ett anbud kvarstod.¹³³ Rätten att avbryta med hänvisning till bristande konkurrens gäller rimligtvis

¹²⁸ 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, artikel 2.

¹²⁹ Domstolens dom C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH och Stadt Wien*, ("HI"), 18 juni 2002, [2002] ECR I-5553.

¹³⁰ Domstolens dom C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH och Stadt Wien*, ("HI"), 18 juni 2002, [2002] ECR I-5553, p. 53-55.

¹³¹ Domstolens dom C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ("Fracasso"), 16 september 1999, [1999] REG I-5697.

¹³² Domstolens dom C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ("Fracasso"), 16 september 1999, [1999] REG I-5697, p. 24, 31-34.

¹³³ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 6 juli 2007, mål nr 929-07.

även i den situationen där två anbud ska antas och endast två anbudsgivare kvarstår efter ett domstolsförordnande om rättelse, vilket i dagsläget emellertid endast kommit att prövas av andra instans.¹³⁴

3.2.1.2 Väsentliga brister eller ändringar i förfrågningsunderlaget

Huruvida brister hänförliga till förfrågningsunderlaget, utgör ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling är till viss del oklart, då långt ifrån samtliga tänkbara situationer varit uppe till prövning. Som utgångspunkt kan tyckas att domstolen i denna bedömning dels bör beakta att en upphandlande enhet normalt inte ska kunna dra fördel av sin egen försumlighet, dels reflekterar över att ett avbrytande med hänvisning till fel och brister i förfrågningsunderlaget inte kan utesluta att de anbudsgivare som deltagit i upphandlingen kan ha berättigade ersättningsanspråk att rikta mot den upphandlande enheten.¹³⁵

I praxis har avbrytande på grund av fel och brister i förfrågningsunderlaget varit uppe till prövning två gånger. I *Kauppatalo Hansel*¹³⁶, klargjorde EU-domstolen att en upphandlande enhet som påbörjat ett anbuds förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela någon ett kontrakt om enheten, efter att bedömt och jämfört anbuderna inser att de med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, inte kan välja det bästa anbudet. Så kan exempelvis vara fallet om den upphandlande enheten underskattat komplexiteten hos föremålet för upphandlingen.¹³⁷ En sådan ändring förutsätter dock att den upphandlande enheten iakttar de unionsrättsliga grundläggande principerna för offentlig upphandling. Ett avbrytande med hänvisning till brister i förfrågningsunderlaget har även varit uppe till prövning i en kammarrättsdom från 2010, där förfrågningsunderlagets bristande transparens godtogs såsom sakligt skäl för att avbryta upphandlingsförfarandet.¹³⁸

Vad beträffar möjligheten att avbryta med hänvisning till väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget, så har detta endast varit uppe till prövning i en kammarrättsdom från 2010. I målet som förvisso rör upphandling enligt LUF, ansåg domstolen att den upphandlande enheten genom att ändra ett skall-krav i förfrågningsunderlaget hade brutit mot upphandlingslagstiftningen och dess grundläggande principer, varför saklig grund för avbrytande ansågs föreligga.¹³⁹

¹³⁴ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 13 januari 2009, mål nr 7661-08.

¹³⁵ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 137.

¹³⁶ Domstolens beslut C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy och Imatran kaupunki*, ("Kauppatalo Hansel"), 16 oktober 2003, [2003] REG I-12139.

¹³⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 136.

¹³⁸ Kammarrätten i Jönköping, dom av den 20 september 2010, mål nr 1427-10.

¹³⁹ Kammarrätten i Jönköping, dom av den 11 oktober 2010, mål nr 1706-10.

3.2.1.3 Olämpligt höga priser alternativt överskriden budget

Offentliga upphandlingar kan även avbrytas med hänvisning till att endast anbud med orimligt höga priser inkommit. I RÅ 2008 ref. 35 fastslog domstolen att prisnivån i kombination med bristande konkurrens utgjorde ett sakligt skäl till att avbryta upphandlingen. I målet hade det vinnande anbudet förkastats genom rättelse, varvid endast ett anbud med 70 % högre pris kvarstod.

Vidare har i RÅ 2009 ref. 43 en överskriden budget accepterats såsom ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling. I målet hade tjänsten som upphandlingen avsåg visat sig vara dyrare än vad den upphandlande enheten haft anledning att räkna med. Samliga inkomna anbud kom således att betinga ett högre pris än det som kommunens budget tillät. Till storleken rörde det sig om ett överskridande om minst 4 miljoner kronor, vilket med en kontraktstid på fem år innebar ett budgetöverskridande om 20 miljoner kronor. Rätten att avbryta med hänvisning till en överskriden budget förutsätter dock att den upphandlande enheten verkligen kan visa att så är fallet – endast en invändning härom är således inte tillräckligt.¹⁴⁰

De två faktorerna orimligt högt pris samt överskriden budget kan även i kombination utgöra sakligt skäl för avbrytande, om tilltro ska fästas till en kammarrättsdom från 2007.¹⁴¹ I målet översteg det lägsta anbudet det då gällande avtalets pris med cirka 25 %. Eftersom ingen omständighet tydde på att kommunen varit förberedd på denna prisökning och således inte budgeterat därefter, godtogs detta som skäl till att avbryta upphandlingen. I vilken utsträckning denna dom ska tillmätas betydelse är för tillfället något oklart, då den överklagats till HFD, som än inte beslutat om huruvida prövningstillstånd ska meddelas.¹⁴²

3.2.1.4 Ändrade förutsättningar

En offentlig upphandling kan även avbrytas till följd av oförutsedda händelser. För att detta ska utgöra ett sakligt skäl krävs sannolikt att den upphandlande enheten kan visa att förutsättningarna har ändrats liksom att denna ändring inte kunnat förutses vid tiden då upphandlingsförfarandet initierades. Det bör rimligen även kunna krävas att ett avbrytande med hänvisning till ändrade förutsättningar sker i anslutning till att dessa ändrade förutsättningar blir kända.¹⁴³

I praxis har ändrade förutsättningar som grund för avbrytande kommit upp till prövning i en kammarrättsdom från 2006.¹⁴⁴ I målet var det fråga om återställningsarbeten av skadade vägar som skulle upphandlas, vars

¹⁴⁰ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 137.

¹⁴¹ Kammarrätten i Sundsvall, dom av den 27 februari 2007, mål nr 2991-06.

¹⁴² I samband med överklagandet till HFD har målet givits mål nr 1855-07.

¹⁴³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 137.

¹⁴⁴ Kammarrätten i Jönköping, dom av den 21 april 2006, mål nr 347-06.

omfattning blev av en helt annan dimension än den som angivits i förfrågningsunderlaget efter det att stormen Gudrun rasat. Kammarrätten fann att de ändrade ekonomiska förutsättningarna utgjorde ett sakligt skäl för att avbryta den pågående upphandlingen.

3.2.1.5 Lagändringar

Nära besläktad med den i praxis godtagbara grunden till avbrytande med hänvisning till ändrade förutsättningar utgör avbrytande med hänvisning till lagändringar. Huruvida detta utgör en saklig grund för att avbryta har varit uppe till prövning i en kammarrättsdom från 2009.¹⁴⁵ Målet avsåg upphandling av vårdavtal med vårdcentraler, som med mycket kort beredningstid kom att omfattas av lagförslaget om valfrihetssystem. Lagförslaget hade vid tidpunkten för anbudsinvitan endast varit tänkt att omfatta kommunala insatser åt äldre och funktionshindrade. Enligt kammarrättens mening stod upphandlingar av vårdavtal inför ett betydande systemskifte, varför saklig grund för att avbryta upphandlingen i fråga ansågs föreligga.

3.2.1.6 Avsaknad av giltiga anbud

Huruvida en upphandlande enhet har möjlighet eller är skyldig att avbryta en upphandling med hänvisning till avsaknad av giltiga anbud är en fråga som ännu inte slutligt avgjorts av högsta instans. Förvisso kan RÅ 2008 not. 26 tolkas som att en upphandling inte kan fullföljas om giltighetstiden löpt ut, förutsatt att någon förlängning av giltighetstiden inte skett. Dock var denna frågeställning inte uttryckligen uppe till prövning i målet. Den underrättspraxis som finns att tillgå är med anledning härav spretig och motsägelsefull, vilket delvis även har sin förklaring i att förutsättningarna i de olika målen skiljt sig åt.¹⁴⁶

I ett avgörande från 2006 godtog kammarrätten i Stockholm avsaknaden av giltiga offerter såsom sakligt skäl för att avbryta upphandlingen.¹⁴⁷ I målet hade länsrätten förordnat om rättelse, varefter den upphandlande enheten valt att avbryta upphandlingen. Som skäl därtill angavs att det inte fanns några giltiga offerter att värdera samt att ett nytt upphandlingsförfarande skulle initieras inom kort. Beslutet att avbryta begärdes överprövat, eftersom den upphandlande enheten genom att avbryta upphandlingen inte rättat sig efter länsrättens dom. Länsrätten fann dock att sakligt skäl till avbrytandet förelåg, eftersom giltigheten av anbuden löpt ut redan då länsrätten förordnat om rättelse. Med anledning härav avslogs överklagandet – en utgång som vann gehör även i kammarrätten.

Det är emellertid inte alltid nödvändigt att den upphandlande enheten avbryter en upphandling på grund av att giltighetstiden går ut före meddelat tilldelningsbeslut. Förutsatt att samtliga anbudsgivare går med på en

¹⁴⁵ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 28 januari 2009, mål nr 6645-08.

¹⁴⁶ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 138.

¹⁴⁷ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 14 juli 2006, mål nr 4508-06.

förlängning av giltighetstiden så har den upphandlande enheten rätt att åberopa upphandlingsförfarandet som grund för ett tilldelningsbeslut.¹⁴⁸ I de fall som den upphandlande enheten utan att göra en förfrågan om förlängning beslutar om leverantör, gör denne sig skyldig till otillåten direktupphandling.¹⁴⁹ Huruvida det ovannämnda kravet på att samtliga anbudsgivare måste acceptera en förlängning av giltighetstid avser samtliga anbudsgivare i upphandlingen, samtliga kvalificerade anbudsgivare eller om det är tillräckligt att vända sig till den eller de som aktualiseras för kontrakt råder viss osäkerhet om. I en länsrättsdom från 2009 har följande uttalats.¹⁵⁰ Om de vinnande anbudsgivarna förlängt sina anbud så att dessa fortfarande är giltiga, måste den upphandlande enheten vara oförhindrad att avsluta upphandlingen trots den fördröjning som domstolsprocessen medfört. En annan tolkning skulle nämligen innebära att en anbudsgivare som inte vinner en upphandling, genom att ansöka om överprövning, kan förhålla processen till dess att den angivna anbudstiden gått ut, för att därefter inte medge förlängning av anbudstiden. I praktiken skulle detta medföra att den upphandlande enheten skulle tvingas göra om en korrekt genomförd upphandling, vilket förefaller märkligt. Länsrättens ståndpunkt har bekräftats av kammarrätten i Göteborg, dit domen kom att överklagas.¹⁵¹

I det fall anbudens giltighetstid går ut först under tiden för en överprövning torde kraven på samtliga anbudsgivares samtycke till förlängning inte göra sig gällande med samma styrka som när giltighetstiden går ut före tilldelningsbeslutet. I och med att utvärderingen av anbudet och tilldelningsbeslutet meddelats inom giltighetstiden, torde avtal med den vinnande leverantören kunna ingås även efter det att giltighetstiden löpt ut under förutsättning att leverantören så önskar, vilket bekräftats i en dom från kammarrätten i Jönköping.¹⁵²

3.2.2 Icke-godtagbara grunder för att avbryta en upphandling

Även om den praxis som finns att tillgå beträffande sakliga skäl för avbrytande är långt ifrån heltäckande, så har frågan om vad som utgör osakligt skäl och följden härav knappt kommit att prövas alls. Varken EU-domstolen eller HFD har befattat sig med spørsmålet, varför följande framställning endast kommer att redogöra för vad som utkristalliserats i underrättspraxis.

I en kammarrättsdom från 2008 som visserligen gäller LUF, ansågs tidsbrist inte utgöra skäl nog för att avbryta en pågående upphandling.¹⁵³ Detta eftersom den upphandlande enheten inte redogjort varför en ny utvärdering i

¹⁴⁸ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 26 januari 2005, mål nr 6802-04.

¹⁴⁹ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 22 juni 2006, mål nr 3491-06.

¹⁵⁰ Länsrätten i Skåne, dom av den 26 juni 2009, mål nr 2366-09.

¹⁵¹ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 21 januari 2010, mål nr 4278-09.

¹⁵² Kammarrätten i Jönköping, dom av den 11 mars 2009, mål nr 3521-08.

¹⁵³ Kammarrätten i Stockholm, beslut av den 6 november 2008, mål nr 4451-08.

enlighet med länsrättens dom inte skulle hinnas med innan giltighetstiden för anbudet gick ut. Mot bakgrund att det endast tagit tio dagar från anbudstidens utgång tills det att tilldelningsbeslut meddelats, var den upphandlande enheten inte kapabel att visa att en ny utvärdering inte skulle hinnas med innan giltigheten för anbudet gick ut. Inte heller kunde de påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget utgöra ett sakligt skäl för att avbryta, då dessa var av förhållandevis enkel art. Domstolen valde därefter att avskryta målet med motiveringen att någon rättelse i enlighet med länsrättens förordnande inte var möjlig, då någon förlängning av anbudens giltighetstid skett.

Vidare så har ett avbrytande med hänvisning till en i förfrågningsunderlaget friskrivningsliknande klausul inte accepterats såsom ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling.¹⁵⁴ Länsrätten påpekade att klausulens vaga och otydliga utformning inte uppfyllde kravet på transparens. Därmed ansågs klausulen inte ensam kunna ligga till grund för ett avbrytande. Med anledning härav kom beslutet att ogiltigförklaras. Domen kom att överklagas till såväl kammarrätt som HFD, vilka emellertid inte meddelade prövningstillstånd.

Följden av att avbryta med hänvisning till osakliga skäl är utifrån ovan nämnda praxis minst sagt oklar. Det förefaller som att man beroende på omständigheterna i det enskilda fallet dels kan avskryta målet, dels kan ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen. Innebörden av att avskryta ett mål får anses vara klarlagd. Vad ett ogiltigförklarande av ett beslut att avbryta innebär är desto mer osäkert. Ett sådant beslut skulle kunna tolkas som att upphandlingen ska återupptas i det skede som den felaktigt avbröts, men också som att den upphandlande enheten inte behöver vidta någon åtgärd alls, men att skadeståndsskyldighet däremot kan uppkomma gentemot leverantörerna. Denna aspekt kommer återknytas till i samband med den redogörelse för överprövningsinstitutet som följer under rubrik 4.1.2.

3.2.3 Lämpligheten i att avbryta en upphandling med hänvisning till misstanke om deltagande i en anbudskartell

Av den ovan gjorda redogörelsen står det klart att rätten att avbryta en upphandling inte framgår av själva lagtexten i LOU, utan istället utvecklats i praxis. I *Fracasso*¹⁵⁵ klagades att rätten för en upphandlande enhet att avbryta en upphandling är vidsträckt, då den varken är förbehållen undantagssituationer eller situationer av särskild besvärart. Rätten att avbryta en upphandling är dock begränsad i den mån att den upphandlande

¹⁵⁴ Länsrätten i Stockholms län, dom av den 30 mars 2007, mål nr 963-07.

¹⁵⁵ Domstolens dom C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ("Fracasso"), 16 september 1999, [1999] REG I-5697.

enheten i det enskilda fallet måste kunna påvisa ett sakligt skäl som motiverar avbrytandet, vars innebörd till fullo regleras i praxis.

Utsikterna för en upphandlande enhet att kunna avbryta en upphandling i den situation där de misstänker att en denna föregåtts av ett otillåtet samarbete ter sig relativt goda. Dels kan den upphandlande enheten förlita sig på de i praxis redan beprövade sakliga skäl såsom exempelvis bristande konkurrens samt högt pris, vilka rimligtvis utgör en naturlig följd av ett kartellsamarbete. Dels torde misstanken om en anbudskartell i sig kunna utgöra en saklig grund till ett avbrytande, vilket emellertid inte kommit upp till prövning i dagsläget. I valet mellan dessa två alternativ förefaller det enligt min mening som säkrast att förlita sig på de redan beprövade grunderna. Det ter sig inte främmande att existensen av en anbudskartell yttrar sig genom att endast ett anbud inkommer, vilket kan tyda på att de involverade företagen delat upp marknaden mellan sig. I detta fall borde ett avbrytande rimligtvis kunna motiveras utifrån den bristande konkurrens som råder. Inte heller framstår det som orimligt att en anbudskartell yttrar sig genom att samtliga anbud betingar höga priser, vilka tyder på att de involverade företagen träffat en prisöverenskommelse. I detta fall borde den upphandlande enheten rimligtvis kunna avbryta upphandlingen med hänvisning till ett allt för högt pris alternativt ett överskridande av budget.

Ett mer riskfyllt alternativ till att avbryta med stöd i redan beprövade grunder utgör ett avbrytande med hänvisning till den upphandlande enhetens misstanke om ett kartellsamarbetes existens. Rättsläget är i detta avseende oklart. Sannolikt kommer en motivering av detta slag att begäras överprövad av domstol. Följaktligen tar en upphandlande enhet en risk i att avbryta med hänvisning till misstanke om anbudskartell, då det först genom en domstolsprövning kan klargöras huruvida denna grund utgör ett sakligt skäl för avbrytande eller ej.

4 Överprövnings- och skadeståndsinstitutet

Då den ursprungliga EU-rättsliga regleringen av offentlig upphandling i viss mån ignorerades av medlemsstaterna uppkom relativt tidigt ett behov av att komplettera upphandlingsbestämmelserna med särskilda rättsmedel. Då kommissionen var av den meningen att en öppen konkurrens på upphandlingsområdet bäst uppnås genom att de deltagande leverantörerna ges möjlighet att reagera mot felaktigheter i upphandlingsprocessen, initierades ett arbete som kom att utmynna i det så kallade rättsmedelsdirektivet¹⁵⁶.¹⁵⁷ Direktivet ger möjlighet till överprövning, rättelse, avbrytande av olaglig upphandling samt skadestånd.¹⁵⁸

I uppsatsens föregående avsnitt har redogjorts för möjligheten att utesluta en leverantör respektive att avbryta en upphandling i den situation där den upphandlande enheten misstänker att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete. Att förfara på så vis är emellertid inte helt utan risk. I avsaknad av stöd i en i lagen angiven uteslutningsgrund respektive ett i praxis godtagbart skäl kan beslutet komma att stå den upphandlande enheten dyrt både tidsmässigt och ekonomiskt då både överprövnings- och skadeståndsinstitutet kan komma att aktualiseras. Innebörden av dessa rättsmedel, liksom vem som är taleberättigad kommer i det följande att redogöras för.

4.1 Rätten till överprövning

Beroende på om den upphandlande enheten valt att utesluta en leverantör eller avbryta upphandlingen aktualiseras olika överprövningsbestämmelser. Vid ett uteslutande är leverantörerna hänvisade till att söka stöd i den allmänna bestämmelsen om överprövning som återfinns i 16 kap. 4 § LOU, medan de vid ett avbrytande är hänvisade till den i praxis fastlagda rätten att begära ett beslut om att avbryta överprövat. Det kan tyckas oväsentligt om rätten till överprövning ges i lagtext eller i praxis. Dock möjliggör detta emellertid att påföljderna vid en överprövning av ett avbrytande kan skilja sig från de som tillhandahålls i 16 kap. 4 § LOU.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ NOU:s rapport 53/99-28, Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, 31 mars 1999, s. 5.

¹⁵⁸ 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, artikel 2.

4.1.1 Överprövning av ett uteslutande

Enligt 16 kap. 4 § LOU har den leverantör, som lidit skada eller kunnat komma att lida skada i ett upphandlingsförfarande, rätt att begära överprövning av både upphandlingen och giltigheten i det avtal som slutits mellan den upphandlande enheten och den vinnande leverantören. Genom att hålla den taleberättigade kretsen så pass vid skapas förutsättningar för domstolen att på ett så tidigt stadium som möjligt ingripa mot eventuella felaktigheter begångna i upphandlingsförfarandet, vilket ansetts önskvärt.¹⁵⁹ En begränsning står dock att finna i det att domstolen är förhindrad att ex officio överpröva upphandlingar respektive giltigheten av avtal som slutits mellan upphandlande enheter och vinnande leverantörer, vilket framgår av 16 kap. 4 § LOU *é contrario*.

I enlighet med den definition som tillhandahålls i 2 kap. 11§ LOU är begreppet "leverantör" vid tillämpning av 16 kap. LOU vidsträckt – alla som tillhandahåller varor, tjänster eller byggtreprenader på marknaden omfattas. Privatpersoner omfattas emellertid endast i den utsträckning som 1 kap. 10 LOU medger. Med begreppet "skada" avses i detta sammanhang inte ekonomiska skada, även om detta i regel utgör en naturlig följd av att inte tilldelas ett upphandlingskontrakt. Det är istället tillräckligt att den klagande kan visa att dennes möjligheter att tilldelas kontraktet minskats eller riskerar att minska.¹⁶⁰

Från det att den upphandlande enheten tillkännagivit en vinnare av en upphandling, inträder enligt 16 kap. 1 § LOU en tiodagars lång avtalsspärr varunder den upphandlande enheten inte får teckna avtal med den vinnande leverantören. Syftet med denna avtalsspärr är att ge anbudsgivare rådrum att överväga huruvida de vill begära upphandlingen överprövad eller ej samt att möjliggöra en överprövning innan avtal slutits.¹⁶¹ Förutsatt att överprövning har begärts under denna tidsrymd förlängs avtalsspärren till att även gälla under domstolens handläggning av ärendet samt i tio dagar efter det att dom meddelats i enlighet med 16 kap. 8 § och 10 § LOU. Rätten att söka överprövning av en upphandling är således begränsad i den bemärkelsen att den endast finns att tillgå så länge som något avtal mellan den upphandlande enheten och den vinnande leverantören inte slutits. Detta eftersom en överprövning av en upphandling inte har kapacitet att påverka giltigheten av ett civilrättsligt avtal. Den klagande är i dessa fall utelämnad till att begära en överprövning av avtalets giltighet, något som i denna uppsats inte kommer att vidareutvecklas.¹⁶²

Behörig att pröva en begäran om överprövning är i enlighet med 16 kap. 5 § LOU den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist. Förutsatt att upphandlingslagstiftningen tillämpats på ett oriktigt sätt vilket medfört skada alternativt risk för skada, är

¹⁵⁹ Nord, lagkommentar till 16 kap. 4 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁶⁰ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 451.

¹⁶¹ Nord, lagkommentar till 16 kap. 1 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁶² Nord, lagkommentar till 16 kap. 6 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

domstolen i valet av påföljd enligt 16 kap. 6 § LOU hänvisad till att förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om. I valet mellan dessa två åtgärder ska domstolen beakta omständigheterna i det enskilda fallet. Vanligtvis beslutas att upphandlingen ska göras om, eftersom en rättelse i det enskilda fallet kan skapa fel i andra delar av upphandlingen.¹⁶³ Rättelse kan emellertid vara lämpligt om felet avser anbudsutvärderingen. I RÅ 2005 ref. 47 ansågs rättelse vara att föredra, då bristen i målet var hänförlig till utvärderingsfasen och således inte ansågs kunna påverka upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Den klagande förutsätts inte i sin begäran om överprövning precisera vilken av dessa åtgärder som denne önskar, även om det givetvis står fritt för honom/henne att göra så.¹⁶⁴ Om den sökande yrkar en viss åtgärd men domstolen istället förordnar om en annan kan dock talerätten komma att påverkas, vilket illustrerats i två avgöranden från HFD¹⁶⁵. I båda målen kom domstolen fram till att förordnandet om att upphandlingen skulle göras om istället för att rättas såsom sökandena yrkat, inte hade en sådan betydelse för klaganden att talerätt förelåg. Mer om talerätt följer under rubrik 4.1.3.

Enligt RÅ 2005 ref. 5 gäller en dom med innebörden att en upphandling ska göras om omedelbart och innefattar ett förbud för den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen. Ett avtal som träffats först efter meddelad dom hindrar således inte att överprövningsprocessen fullföljs. Inget torde emellertid hindra den upphandlande enheten från att i detta skede avstå från att fullfölja upphandlingen.¹⁶⁶ Stöd för detta står att finna i såväl EU-rättslig som i nationell praxis, förutsatt att ett sakligt skäl härtill kan påvisas.¹⁶⁷

4.1.2 Överprövning av ett avbrytande

Enligt fastlagd unionsrättslig praxis är en upphandlande enhet, liksom i föregående avsnitt i detalj redogjorts för, inte skyldig att avsluta ett upphandlingsförfarande genom att ingå avtal med någon av anbudsgivarna. Processen kan likaväl avslutas genom att upphandlingen avbryts.¹⁶⁸

I det fall en överprövning initieras med anledning av ett avbrytande och domstolen anser att sakligt skäl härtill saknas, råder en viss osäkerhet kring följden härav då varken EU-domstolen eller HFD har befattat sig med frågan. Det kan tyckas rimligt att domstolen i denna situation beslutar att

¹⁶³ Nord, lagkommentar till 16 kap. 6 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁶⁴ Nord, lagkommentar till 16 kap. 6 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁶⁵ Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 3129-11 och 3328-11 meddelade den 13 februari 2012.

¹⁶⁶ Nord, lagkommentar till 16 kap. 6 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁶⁷ För en redogörelse av de skäl som i praxis godtagits såsom sakliga respektive avvisats till s. 34 ff. i denna uppsats.

¹⁶⁸ Se domstolens dom C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH och Stadt Wien*, ("HI"), 18 juni 2002, [2002] ECR I-5553 och domstolens dom C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ("Fracasso"), 16 september 1999, [1999] REG I-5697.

upphandlingen ska fortgå. En sådan påföljd föranleder dock, som framhålls av Nord, vissa betänkligheter. Om ett fortsättande av upphandlingen utgör den enda och oundvikliga följden av ett felaktigt avbrytande förefaller det motsägelsefullt att en sådan skyldighet endast uppkommer i den situation där den upphandlande enheten manifesterat sin vilja att inte upphandla, medan en upphandlande enhet som alltjämt önskar upphandla, men som under förfarandet begått misstag, inte åläggs en sådan skyldighet. För att undvika denna motsägelse torde det vara lämpligare att domstolen vid ett felaktigt avbrytande inskränker sig till att undanröja beslutet att avbryta upphandlingen utan att ersätta detta eller uttala sig om effekterna därav.¹⁶⁹ Stöd för Nord's resonemang återfinns i en länsrättsdom, där domstolen valde att just ogiltigförklara beslutet att avbryta, utan att därefter uttala sig om följden härav.¹⁷⁰ I avsaknad av praxis från högre instans får rättsläget härom dock betecknas som oklart.

4.1.3 Talerätt

Efter att i det föregående redogjort för de två överprövningsinstitutens innebörd samt vilka påföljder som de kan utmynna i, kommer i det följande att utredas vem som har rätt att begära överprövning av en upphandling liksom vem som är berättigad att överklaga förvaltningsrättens avgörande i ett upphandlingsmål. I avsaknad av praxis som motsäger att den taleberättigade kretsen är densamma vid ett uteslutande som vid ett avbrytande, utgår följande framställning för att så är fallet.

4.1.3.1 Talerätt vid överprövning av en upphandling

Enligt fastlagd unionsrättslig praxis kan alla som har eller har haft ett intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt begagna sig av överprövningsinstitutet.¹⁷¹ Det ligger i linje med överprövningsinstitutets syfte att rättelse ska sökas så tidigt som möjligt, varför det ansetts befogat att hålla den taleberättigade kretsen så vid som möjligt.¹⁷² Följaktligen kan överprövningsinstitutet initieras redan på det stadiet där en annons utesluter en leverantör från att delta i en upphandling liksom i den situation, där en leverantör är av den mening att en reell anbudstävlan inte kunnat komma till stånd, på grund av kvalifikationskraven, förfrågningsunderlaget eller utvärderingsmodellen.¹⁷³ I *Grossman*¹⁷⁴ ansågs det förenligt med rättsmedelsdirektivet att avvisa en ansökan om överprövning avseende specifikationerna, då leverantören avvaktat med sin ansökan till efter det att

¹⁶⁹ Nord, lagkommentar till 16 kap. 6 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁷⁰ Länsrätten i Stockholms län, dom av den 30 mars 2007, mål nr 963-07.

¹⁷¹ Se bland annat domstolens dom C-26/03, *Stadt Halle mot TREA Leuna*, 11 januari 2005, [2005] ECR I-00001, p. 40.

¹⁷² Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 452 och Nord, lagkommentar till 16 kap. 4 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁷³ Nord, lagkommentar till 16 kap. 4 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁷⁴ Domstolens dom C-230/02, *Grossmann Air Service*, 12 februari 2004, [2004] ECR I-1829.

tilldelning av kontrakt skett.¹⁷⁵ Denna praxis har emellertid inte satt spår i den nuvarande lagstiftningen. Talerätten går följaktligen inte förlorad på den grund att en leverantör inte ansöker om överprövning så fort ett upphandlingsfel uppdagas.¹⁷⁶

Eftersom den taleberättigade kretsen är vid och kan initieras av alla som haft ett intresse av att tilldelas ett offentligt kontrakt, har även leverantörer, som varken ansökt om att få delta i en upphandling eller inkommit med anbud, teoretiskt sätt möjlighet att begära överprövning. Detta har emellertid avfärdats av domstolen i det ovannämnda *Grossman*¹⁷⁷, där ett krav på att leverantören ska ha lämnat anbud för att få talerätt har accepterats.¹⁷⁸ Domen är emellertid in casu-betonad, varför några generella slutsatser beträffande talerättens räckvidd inte kan härledas från detta avgörande.¹⁷⁹

Som inledningsvis nämnts förutsätter talerätt i upphandlingsmål att leverantören lidit skada alternativt kunna komma att lida skada. I RÅ 2009 ref. 69 uttalade domstolen att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt måste ange de omständigheter på vilket han/hon grundar sin talan. Dessutom krävs att ett adekvat orsakssamband mellan lagbrottet och skadan går att påvisa.¹⁸⁰ En ansökan om överprövning bör således innehålla en redogörelse för vad som skett samt på vilket sätt detta medfört skada alternativt risk för skada.¹⁸¹

4.1.3.2 Talerätt vid överprövning av förvaltningsrättens dom i ett upphandlingsmål

Då det i LOU inte återfinns någon reglering avseende möjligheten att överklaga en förvaltningsrätts avgörande, är man i detta avseende hänvisad till de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), härafter benämnd FPL.¹⁸² Klagorätten som återfinns i 33 § FPL är av subjektiv karaktär och förutsätter dels att beslutet angår den klagande (saklegitimation), dels att beslutet gått denne emot (kontraritet). De två rekvisitens innebörd kommer nedan att redogöras för. Dessförinnan ska emellertid klargöras att bestämmelsen i 33 § FPL ska läsas tillsammans med 34 § FPL i det avseende att talerätten endast avser beslut som avgör ett mål – det vill säga beslut i sak och avvisnings- eller avskrivningsbeslut.¹⁸³

¹⁷⁵ Domstolens dom C-230/02, *Grossmann Air Service*, 12 februari 2004, [2004] ECR I-1829, p. 37-38.

¹⁷⁶ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 453.

¹⁷⁷ Domstolens dom C-230/02, *Grossmann Air Service*, 12 februari 2004, [2004] ECR I-1829.

¹⁷⁸ Domstolens dom C-230/02, *Grossmann Air Service*, 12 februari 2004, [2004] ECR I-01829, p. 27.

¹⁷⁹ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 452.

¹⁸⁰ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 457.

¹⁸¹ Nord, lagkommentar till 16 kap. 4 § LOU, Karnov. (elektronisk)

¹⁸² RÅ 2002 ref. 5.

¹⁸³ Wennergren, *Förvaltningsprocesslagen – en kommentar*, s. 333 f.

För att ett beslut ska angå någon i den mening som avses i 33 § FPL förutsätts att olägenheterna som följer av beslutet inte är allt för lättviktiga. Att vara illa berörd i största allmänhet är således inte tillräckligt.¹⁸⁴ Att i detalj uttala vad som krävs för att en leverantör ska anses saklegitimerad är svårt, då detta givetvis är avhängigt omständigheterna i det enskilda fallet. Generellt kan dock sägas att en leverantör som intar roll som part i ett mål regelmässigt anses berörd av domstolens beslut i den mening som avses i 33 § FPL. Därmed inte sagt att avgörandet nödvändigtvis går denne emot, vilket även det utgör en förutsättning för klagorätt. Mer betänkligheter vållar däremot den situation där den klagande varken intar rollen som part eller motpart.¹⁸⁵

Innebörden av kravet på saklegitimation liksom kravet på kontraritet har vad gäller upphandlingsärenden till stor kommit att utvecklas och konkretiseras i praxis. I RÅ 2002 ref. 5, ansågs exempelvis en vinnande leverantör inte ha rätt att överklaga en länsrättsdom av innebörd att den aktuella upphandlingen fick avslutas först efter att en viss rättelse skett genom att ytterligare en leverantörs anbud skulle utvärderas. Denna begränsning kom att bekräftas och förstärkas i RÅ 2007 not. 131, där en leverantör vars anbud antagits, inte ansågs ha rätt att föra talan mot en dom vars innebörd inte var mindre än att en annan leverantör skulle tilldelas kontraktet i fråga. Genom plenumavgörandet HFD 2011 ref. 29 kom emellertid den av domstolen tidigare intagna ståndpunkten vad beträffar talerätt, att i viss mån revideras. I målet hade förvaltningsrätten förordnat att rättelse skulle göras på så sätt att en leverantör som inte begärt överprövning skulle uteslutas från den aktuella upphandlingen. HFD uttalade att ett domstolsavgörande i vilket det förordnas att en leverantör ska uteslutas från upphandlingen eller mista tilldelat uppdrag genom att en annan leverantör utpekats som vinnande har en sådan betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare att de angår denne i den mening som avses i 33 § FPL. Denna rätt anses emellertid inte kunna utsträckas till rättelser av mer opreciserat innehåll, vilket klargjorts i HFD 2011 ref. 85. I målet begärdes den upphandlande enhetens initiala tilldelningsbeslut, vari Skanska erhöll kontraktet, överprövat i förvaltningsrätten, som beslutade att upphandlingen fick avslutas först efter att rättelse skett. Genom ett nytt tilldelningsbeslut kom Skanska återigen att tilldelas kontraktet. NCC begärde återigen överprövning, varpå förvaltningsrätten på nytt beslutade om rättelse. I detta skede yrkade Skanska att upptas som part i målet. HFD uttalade att Skanska inte var klagoberättigad, då det inte rörde sig om ett sådant detaljerat förordnande om rättelse från förvaltningsrättens sida som det varit tal om i HFD 2011 ref. 29. Vad utfallet av en ny rättad utvärdering blir eller kan bli saknar därvid betydelse.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Wennergren, *Förvaltningsprocesslagen – en kommentar*, s. 332.

¹⁸⁵ Nord, lagkommentar till 16 kap. 4 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁸⁶ Nord, lagkommentar till 16 kap. 4 § LOU, Karnov. (*elektronisk*).

4.2 Rätten till skadestånd

Enligt 16 kap. 20 § LOU är en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ersättningsskyldig för därigenom uppkommen skada för en leverantör. Med begreppet ”leverantör” avses den allmänna definition som tillhandahålls i 2 kap. 11 § LOU. Således omfattas även leverantörer som inte deltagit i upphandlingen.

Skadeståndsskyldigheten är tänkt att fungera som ett incitament för de upphandlande enheterna att följa upphandlingslagstiftningen. Såväl det negativa som det positiva kontraktsintresset omfattas av skadeståndsskyldigheten.¹⁸⁷ Med det negativa kontraktsintresset avses att leverantören ska ersättas som om kontraktet aldrig kommit till stånd, medan ersättning för det positiva kontraktsintresset även omfattar ersättning för uteblivna vinster.¹⁸⁸

Talan om skadestånd väcks enligt 16 kap. 21 § LOU vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och den vinnande leverantören, eller då avtalet genom en lagakraftvunnen dom förklarats ogiltigt. Rättsmedlet står till förfogande för alla leverantörer som anser sig lidigt skada och som väckt talan inom den lagstadgade tidsramen.¹⁸⁹ Den som yrkar ersättning har bevisbördan både för att en överträdelse av LOU ägt rum liksom för att det föreligger adekvat kausalitet mellan överträdelsen och den uppkomna skadan.¹⁹⁰ Detta innebär i regel att den enskilde leverantören måste visa att denne förlorat kontraktet till följd av den felaktiga tillämpningen, för att anses ha drabbats av skada i lagrummets mening.¹⁹¹

4.2.1 Skadeståndets rättsutveckling i praxis

Skadeståndsskyldigheten och beräkningen av skadeståndets storlek har i upphandlingsmål till stor del kommit att utvecklas i praxis. I NJA 1998 s. 873 hade Heby kommun i en upphandling valt att tillämpa utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och angivit endast priset som utvärderingskriterium samt förbehållit sig fri prövningsrätt. Då den leverantör som inkommit med det lägsta anbudet inte erhöll kontraktet och då det inte gick att utröna vilka andra omständigheter som kommunen tillmätt betydelse ansåg HD att kommunen brutit mot upphandlingslagstiftningen. Leverantören, vars anbud varit det lägsta, utdömdes därmed skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset.

¹⁸⁷ Nord, lagkommentar till 16 kap. 20 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

¹⁸⁸ Bergström, *Juridikens termer*, s. 102.

¹⁸⁹ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 480.

¹⁹⁰ Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 476.

¹⁹¹ Nord, lagkommentar till 16 kap. 20 § LOU, Karnov. (*elektronisk*)

Två år senare fastslog domstolen i NJA 2000 s. 712 att otillåten direktupphandling grundar skadeståndsskyldighet. I målet hade företaget Tvättsvamparna trots intresse, inte givits tillfället att inkomma med anbud. HD uttalade att skadeståndets storlek skulle fastställas efter en skönsässig bedömning där faktorer som överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst beaktades. Vidare framhölls att det borde vara tillräckligt att leverantören visar att det är sannolikt att han/hon förlorat kontraktet på grund av överträdelsen för att kunna få skadestånd med ett högre belopp än motsvarande de kostnader leverantören haft, dvs. högre ersättning än det negativa kontraktsintresset. På grund av omständigheterna i det enskilda fallet var emellertid Tvättsvamparna oförmögat att göra sannolikt att det förlorat kontraktet till följd av att upphandlingen inte föregåtts av ett anbudsförfarande. Något skadestånd kom således inte att utdömas i det enskilda fallet.

Det tredje centrala rättsfallet beträffande skadestånd i upphandlingsmål återfinns i NJA 2007 s. 349 och tar sin utgångspunkt i de två ovan nämnda rättsfallen. Domstolen konstaterar i domen att syftet bakom upphandlingslagstiftningens skadeståndsbestämmelse både är av preventiv och reparativ karaktär. Det preventiva syftet skulle kunna tolkas som att överträdelsens karaktär kan tillmätas betydelse vid dess utdömande, vilket emellertid inte är fallet. Av EU-domstolens praxis följer att de nationella skadeståndsreglerna inte får göras beroende av om den upphandlande enheten förfarit uppsåtligt eller culpöst.¹⁹² Skadeståndsskyldigheten i upphandlingsmål är således strikt. HD tycks därmed ha frångått den ståndpunkt som tillkännagavs i NJA 2000 s. 712, där faktorer som överträdelsens karaktär m.m. ansågs kunna påverka skadeståndets storlek. För att inte urholka skyldigheten att infordra anbud uttalar HD vidare att leverantörer vid otillåten direktupphandling är skadeståndsberättigade motsvarande det negativa kontraktsintresset förutsatt att de sannolikt skulle ha lämnat anbud och haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet. Efter en skönsässig bedömning, som alltså i denna situation accepteras, kan dock skadeståndet sättas till ett högre belopp.

I samband med denna redogörelse för praxis bör även nämnas den hovrättsdom från 2011, vari ett avbrytande med hänvisning till ett sakligt skäl ansågs kunna medföra skadeståndsskyldighet för den upphandlande enheten.¹⁹³ I målet hade Fidelia AB (bolaget) deltagit i två av Rikspolisstyrelsens (RPS) upphandlingar avseende liktransporter. Då kontrakten kom att tilldelas två anbudsgivare som inte uppfyllde samtliga av de i förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, kom bolaget att begära överprövning av båda förfarandena. Förvaltningsrätten förordnade att upphandlingarna fick avslutas först efter det att rättelse ägt rum, vilket RPS utan framgång överklagade. Efter att ha rättat sig efter förvaltningsrättens dom valde RPS att avbryta upphandlingarna med hänvisning till bristande konkurrens, då endast bolagets anbud kvarstod. Beslutet att avbryta

¹⁹² Domstolens dom i det förenade målen C-46/93 och C-48/93, *Brasserie du pêcheur och Factortame*, 5 mars 1996, [1996] ECR I-01029, p. 80.

¹⁹³ Svea hovrätts dom av den 22 juni 2011, mål nr T 6796-10.

upphandlingen kom inte att överklagas. Däremot väckte bolaget en skadeståndstalan grundad på det upphandlingsfel som RPS gjort sig skyldig till när anbud lämnade av leverantörer, som inte uppfyllde de obligatoriska kraven antagits. Nedan kommer tingsrättens och hovrättens vitt skilda resonemang kring denna specifika situation att redogöras för.

Tingsrätten, som i slutändan kom att ogilla bolagets skadeståndstalan uttalade följande i sina domskäl.¹⁹⁴ Kravet på kausalitet innebär bland annat att en leverantör, som har deltagit i en anbudsgivning utan att sedermera erhålla ett kontrakt, inte kan anses ha åsamkats någon ersättningsgill skada för det fall den upphandlande enheten visserligen överträtt bestämmelserna i LOU men någon annan anbudsgivare oavsett detta skulle ha erhållit kontraktet. I målet är det ostridigt att RPS avbrutit upphandlingarna utan att ha tecknat kontrakt med någon leverantör. Då bolaget valt att inte angripa beslutet att avbryta upphandlingen, har bolaget inte visat att det föreligger kausalitet mellan de överträdelser av LOU som Fidelia gjort gällande i målet och det förhållandet att bolaget inte erhållit kontrakt i de aktuella upphandlingarna.

I hovrätten kom till skillnad mot tingsrättens domslut, skadeståndsyrkandet att bifallas. RPS invändning om att upphandlingsfelet avhjälpes genom att de rättat sig efter förvaltningsrättens dom, ogillades eftersom RPS därefter valt att avbryta upphandlingarna. Enligt hovrätten saknade det betydelse för frågan om adekvat kausalitet huruvida RPS haft ett sakligt skäl till avbrytandet eller ej. Med anledning härav fann hovrätten att bolaget gjort sannolikt att de förlorat respektive kontrakt på grund av upphandlingsfelet och att de därmed hade rätt till skadestånd. Stöd för detta stod enligt domstolen även att finna i den båda anbudsfrågningarna, där det utan reservation angavs att det ”anbud som erhåller flest poäng kommer att antas”.

Hovrättens dom har överklagats till HD, som i juni detta år meddelade prövningstillstånd.¹⁹⁵ I skrivande stund har målet inte kommit att prövas i sak av HD, varför rättsläget fortfarande är oklart. Hovrättens dom har dock vållat en viss diskussion hos jurister verksamma inom upphandlingsområdet. Av Bokwall och Salomonsson framhålls att avgörandet utmanar den mer eller mindre vedertagna uppfattningen att ett avbrytande med hänvisning till ett sakligt skäl inte medför skadeståndsskyldighet, då leverantören inte ansetts förlora kontraktet eftersom konkurrensen fortfarande är öppen i och med att upphandlingen görs om.¹⁹⁶ Likt tingsrätten är artikelförfattarna av den meningen att skadeståndstalan i målet bör ogillas. Detta eftersom upphandlingsfelet, som hovrätten lägger till grund för skadeståndsskyldigheten, avhjälpes i och med att RPS rättat sig efter den dom vari förvaltningsrätten förordnat om att en ny utvärdering ska ske. Att RPS efter denna rättelse valt att avbryta

¹⁹⁴ Stockholms tingsrätt, dom av den 9 juli 2010, mål nr T 16995-08 och T 14046-09

¹⁹⁵ Högsta domstolens meddelande av prövningstillstånd i mål nr T 3576-11, den 13 juni 2012.

¹⁹⁶ Bokwall, Salomonsson, *Avbruten upphandling kan ge skadestånd*, (elektronisk)

upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens, utgör enligt Bokwall och Salomonsson en senare separat åtgärd – en åtgärd som resulterat i att bolaget inte kom att tilldelas kontrakten.¹⁹⁷

Bokwall och Salomonsson betonar vidare i sin artikel att möjligheten för en upphandlande enhet att tilldela en anbudsgivare ett kontrakt är just en möjlighet och inte en skyldighet. Endast i den situation där något lagligt alternativ till kontraktstilldelning inte finns att tillgå borde skadeståndsskyldighet kunna aktualiseras. Domstolen borde således ha prövat huruvida RPS haft ett sakligt skäl för avbrytandet. Vidare påpekas att om RPS vid den initiala utvärderingen förkastat de anbud som inte uppfyllde kvalifikationskraven, så hade bolaget i form av den enda kvarstående anbudsgivaren endast varit skadeståndsskyldig i den utsträckning som RPS saknat sakligt skäl till avbrytande.¹⁹⁸

Huruvida hovrättens eller tingsrättens resonemang är det korrekta förblir obesvarat till dess att HD meddelar dom i frågan. Skulle hovrättens dom stå sig i HD, innebär detta att ett avbrytande med hänvisning till sakliga skäl alltid medför skadeståndsskyldighet om upphandlingen föregåtts av ett upphandlingsfel. Huruvida detta är önskvärt kommer att återknytas till i uppsatsens avslutande diskussionsdel.

4.2.2 Skyldighet att begränsa uppkommen skada

Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer föreligger en skyldighet att om möjligt och med rimliga insatser begränsa uppkomna skador. I upphandlingsmål följer härav att leverantören bör kunna krävas att genom överprövning få upphandlingen avbruten eller rättad, vilket bekräftats i en dom från Svea hovrätt¹⁹⁹.²⁰⁰ Trots att det i målet konstaterades att den upphandlande enheten brutit mot upphandlingslagstiftningen kom skadeståndet att jämkas till noll, då leverantören trots att denne var medveten om oegentligheten inte begärt överprövning och därigenom begränsat sin skada. Därmed inte sagt att leverantören kan krävas överklaga ett eventuellt negativt beslut till högre instans.²⁰¹

¹⁹⁷ Bokwall, Salomonsson, *Avbruten upphandling kan ge skadestånd. (elektronisk)*

¹⁹⁸ Bokwall, Salomonsson, *Avbruten upphandling kan ge skadestånd. (elektronisk)*

¹⁹⁹ Svea Hovrätt, dom av den 15 februari 2011, mål nr T 3328-10.

²⁰⁰ Hentze, Sylvén, *Offentlig upphandling*, s. 364.

²⁰¹ Nord, lagkommentar till 16 kap. 20 § LOU, Karnov. *(elektronisk)*

5 Avslutande diskussion

Som inledningsvis klargjordes ämnar denna uppsats att besvara två frågeställningar. Dels frågan om hur konkurrensrättens kartellförbud förhåller sig till upphandlingslagstiftningen och huruvida några beröringspunkter dessa rättsområden emellan existerar. Dels frågan om vilka handlingsalternativ som står en upphandlande enhet till buds vid misstanke om att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete och vilka risker som är förknippade med dessa. I detta avsnitt kommer en diskussion utifrån dessa frågeställningar att föras. Framförallt ges i denna del utrymme åt uppsatsens andra frågeställning.

5.1 Beröringspunkter mellan kartellförbudet och LOU

Som uppsatsens deskriptiva del åskådliggjort, finns en för uppsatsen relevant beröringspunkt mellan konkurrensrättens kartellförbud och upphandlingslagstiftningen vid arbetet mot uppkomsten av anbudskarteller. Detta eftersom den förstnämnda förhindrar och beivrar konkurrensbrott av alla de slag, medan den sistnämnda reglerar den miljö vari anbudskarteller uppkommer.

De två rättsområdenas bakomliggande syfte är till viss del sammanfallande – båda syftar till att upprätthålla konkurrensen och skapa en effektiv marknad. Det är således inte tal om någon konflikt mellan motstående intressen. Konkurrensrätten aktualiseras endast i den utsträckning som konkurrensrättsliga spörsmål uppkommer i offentliga upphandlingar. Lika lite är det tal om någon regelkonflikt rättsområdena emellan, då någon intern reglering avseende kartellbrott inte existerar i LOU. I viss mån befattar sig emellertid bestämmelser i LOU med frågor som även aktualiserar konkurrensrättens kartellförbud. Främst åsyftas här möjligheten till gemensamma anbud i 1 kap. 11 § LOU samt möjligheten att åberopa andra företags kapacitet i 11 kap. 12 § LOU. Det är dock klargjort att dessa samarbetsmöjligheter som LOU tillhandahåller endast är tillgängliga i den utsträckning som de inte står i strid med kartellförbudet. Konkurrensrätten sätter således den yttersta ramen för de samarbetsmöjligheter som tillhandahålls i LOU.

Sammanfattningsvis kan konstateras att den för uppsatsen relevanta beröringspunkten som finns mellan de två rättsområdena inte ger upphov till konflikter. Deras inbördes relation torde i det närmaste kunna beskrivas som harmonisk, då konkurrensrätten vid misstanke om ett konkurrensbrott på ett sinnrikt sätt kompletterar upphandlingslagstiftningen.

5.2 Att utesluta eller att avbryta?

I det föregående har redogjorts för de två handlingsalternativ som en upphandlande enhet kan begagna sig av vid misstanke om att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete – möjligheten att utesluta en leverantör och möjligheten att avbryta en upphandling. I anslutning till denna framställning har även lämpligheten i att vidta respektive åtgärd diskuterats.²⁰² I denna del kommer till viss del att återknytas till denna diskussion. Genom att ställa de två handlingsmöjligheterna mot varandra ämnar jag redogöra för de för- och nackdelar som ett uteslutande respektive ett avbrytande generellt sätt ger upphov till, varefter en diskussion kring de risker som är förenade med de två handlingsalternativen följer. Med risker avses i detta sammanhang den upphandlande enhetens skadeståndsansvar. Diskussionen kommer i detta avseende att utgå från två skilda situationer – dels den där misstanken om kartellsamarbete är begränsad till att endast avse ett antal av anbudsgivarna, dels den där misstanken avser samtliga anbudsgivare. Detta för att visa att valet mellan att utesluta respektive att avbryta i mångt och mycket påverkas av den kontext i vilken upphandlingen äger rum. Avslutningsvis kommer en diskussion kring den hovrättsdom från 2011 som utmanar den tidigare vedertagna uppfattningen beträffande skadeståndsskyldighetens räckvidd i händelse av ett avbrytande att föras.

5.2.1 Generella för- och nackdelar med att utesluta respektive att avbryta

Den främsta förtjänsten med att välja att utesluta en leverantör framför att avbryta en upphandling är enligt min mening det faktum att beslutet att utesluta endast drabbar de leverantörer som betett sig klandervärt. Upphandlingsförfarandet tar därefter vid gentemot de anbudsgivare som efter uteslutningen kvarstår och kommer således inte att drabba någon oskyldig. Att förlita sig på rätten att utesluta är emellertid inte utan risk då det i dagsläget råder en viss osäkerhet kring huruvida det är möjligt att utesluta med hänvisning till misstanken om en förestående anbudskartell. Att tillämpa de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1 § LOU får anses uteslutet, då dessa förutsätter en lagakraftvunnen dom avseende ekonomisk brottslighet av särskild art. Ett kartellsamarbete skulle förvisso kunna klassificeras som en typ av ekonomisk brottslighet. Då det vid misstanke om en förestående anbudskartell naturlig nog saknas en lagakraftvunnen dom härom är det dock inte nödvändigt att diskutera detta vidare, eftersom en tillämpning av de obligatoriska uteslutningsgrunderna bortfaller redan på denna grund. Därmed kvarstår möjligheten att förlita sig på de fakultativa uteslutningsgrunderna, vars tillämpning vid misstanke om otillåtet samarbete inte helt kan avfärdas. En leverantör som misstänkts ha deltagit i en anbudskartell skulle möjligen kunna uteslutas med stöd i grunden ”allvarligt fel i yrkesutövningen”, då det klargjorts att denna

²⁰² Se avsnit 3.1.3 och 3.2.3

uteslutningsgrund bland annat avser brott mot konkurrenslagstiftningen. Huruvida en misstanke om ett kartellbrott är tillräckligt för att det ska röra sig om ett "allvarligt fel i yrkesutövningen" är i dagsläget oklart, då frågan aldrig kommit att prövas. Att begagna sig av rätten att utesluta vid en misstanke om ett kartellsamarbete är således förenat med vissa risker för den upphandlande enheten.

Om fördelen med att utesluta en leverantör är att dess återverkningar är begränsade till att endast drabba de som misstänks för att ha deltagit i det otillåtna samarbetet, kan detta sägas vara den största nackdelen med att avbryta. Till skillnad mot ett uteslutande är effekten av ett avbrytande inte begränsat till att endast drabba dem som varit involverade i det otillåtna samarbetet, utan drabbar samtliga anbudsgivare. Det är således inte möjligt att likt vid ett uteslutande låta upphandlingen fortgå för de oskyldiga, då det inte finns någon möjlighet att ett endast partiellt avbryta en upphandling. Fördelen med att välja ett avbrytande är emellertid att denna rättighet förefaller som mer öppen än möjligheten att utesluta en leverantör. Den är varken förbehållen undantagssituationer eller fall av särskild komplexitet, utan att ett avbrytande av en upphandling kan aktualiseras närsom, förutsatt att ett sakligt skäl härtill kan presenteras. Någon uttömmande lista på vad som utgör respektive inte utgör sakligt skäl finns inte att tillgå, då denna rätt till fullo regleras i praxis. Hitintills har EU-domstolen och HFD godtagit bristande konkurrens, väsentliga fel och brister i förfrågningsunderlaget, orimligt höga priser och ett överskridande av budget såsom sakliga skäl. I underrättspraxis har även flertalet andra grunder kommit att godtas. Huruvida själva misstanken om att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete utgör ett sakligt skäl har i dagsläget inte kommit att prövas. Därmed kan inte uteslutas att en sådan misstanke skulle kunna utgöra ett sakligt skäl för ett avbrytande. Huruvida detta är önskvärt utifrån ett bredare perspektiv kan emellertid diskuteras. Genom att den upphandlande enheten vid ett avbrytande är skyldig att informera anbudsgivarna om skälen därtill, skulle detta i praktiken innebära att den upphandlande enhetens misstanke om det förestående kartellsamarbetet avslöjas. I de fall misstanken är befogad innebär detta att de involverade leverantörerna ges tillfälle att undanröja bevis på samarbetets existens, vilket i sin tur försvårar Konkurrensverkets utredning av konkurrensbrottet. Med anledning härav vore det enligt min uppfattning att föredra att en upphandlande enhet vid misstanke om otillåtet samarbete istället begagnar sig av redan beprövade grunder såsom exempelvis bristfällig konkurrens alternativt högt pris för att avbryta en upphandling. Skulle emellertid ett avbrytande med hänvisning till själva misstanken om en anbudskartell komma att accepteras i praxis borde detta rimligtvis villkoras med ett krav på att den upphandlande enheten underrättar Konkurrensverket om dess intentioner härrom. På detta vis skulle utredningen beträffande det påstådda konkurrensbrottet kunna initieras innan misstanken offentliggörs för anbudsgivarna och på så sätt inte äventyras. Dock förutsätter ett sådant villkorande att Konkurrensverket agerar oerhört snabbt, då den upphandlande enheten rimligtvis önskar avbryta i ett så tidigt skede som möjligt.

Utifrån det ovan sagda förefaller ett avbrytande generellt sätt som det lämpligaste alternativet för en upphandlande enhet att begagna sig av, vid misstanke om att en upphandling föregåtts av en anbudskartell. Detta eftersom man vid ett avbrytande kan förlita sig på redan beprövade grunder såsom bristfällig konkurrens och högt pris, vilket ett kartellsamarbete rimligtvis utmynnar i. Därmed undviker man de risker som är förenat med ett avbrytande respektive uteslutande med hänvisning till själva misstanken om ett kartellsamarbete.

5.2.2 Misstankens omfattning

Ovan har konstaterats att ett avbrytande generellt sätt framstår som det mest fördelaktiga valet för en upphandlande enhet vid misstanke om att en upphandling föregåtts av ett otillåtet samarbete. Därmed inte sagt att ett avbrytande alltid är att föredra. I valet mellan att utesluta respektive avbryta måste rimligen de risker i form av skadestånd beaktas, vilka skiljer sig åt beroende på om misstanken om kartellsamarbetet avser samtliga eller endast ett antal av anbudsgivarna.

I den situation där den upphandlande enhetens misstanke om kartellsamarbete inte avser samtliga anbudsgivare kan lämpligheten i att avbryta med stöd av redan beprövade sakliga skäl ifrågasättas. Någon bristfällig konkurrens i den mening som praxis avser, kan omöjligt vara för handen då mer än ett anbud kvarstår. Inte heller kan högt pris anges såsom sakligt skäl till ett avbrytande, då det höga pris som kartellsamarbetet utmynnat i rimligtvis understigs av den från samarbetet utomstående anbudsgivaren. Återstår så för den upphandlande enheten att välja mellan att avbryta alternativt utesluta med hänvisning till misstanken om kartellsamarbetet, vilka det båda råder osäkerhet kring då de aldrig kommit att prövas. Valet mellan dessa två alternativ ska dock visa sig vara av stor betydelse för skadeståndsansvaret, då ett avbrytande med hänvisning till misstanken om ett kartellsamarbete tycks kunna ge upphov till fler berättigade skadeståndsanspråk. I den situation där det enligt domstolen är fråga om ett felaktigt avbrytande uppkommer givetvis ett skadeståndsansvar gentemot samtliga anbudsgivare. Även i den situation där avbrytandet godtas såsom sakligt riskerar emellertid den upphandlande enheten att bli skadeståndsskyldig. Det sakliga avbrytandet kan nämligen sägas ge upphov till att olika fall behandlas lika eftersom dess effekt inte är begränsad till att endast drabba de som är misstänkta. De utomstående anbudsgivarna torde därmed med framgång kunna åberopa den grundläggande upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen såsom grund för skadestånd. Väljer den upphandlande enheten istället att utesluta de leverantörer som misstanken avser, begränsas skadeståndsansvaret till de som utesluts och kan endast göras gällande i den utsträckning som domstolen anser att uteslutandet saknar stöd i någon av de fakultativa uteslutningsgrunderna.

I den situation där en upphandlande enhet misstänker att samtliga anbudsgivare är inblandade i ett otillåtet samarbete är valet mellan de två

handlingsalternativen betydligt lättare än när utomstående deltar. Ett avbrytande kan i denna situation ske med stöd i redan beprövade grunder. Yttrar sig kartellsamarbetet genom att endast ett anbud inkommer avbryts upphandlingsförfarandet lämpligtvis med hänvisning till bristfällig konkurrens. Inkommer fler än ett anbud avbryts upphandlingen lämpligtvis med hänvisning till högt pris alternativt överskriden budget. Det står givetvis fritt för den upphandlande enheten att i denna situation avbryta respektive utesluta med hänvisning till misstanken om ett kartellsamarbete. Någon fördel med att välja detta framför möjligheten att utesluta med stöd i redan berövade sakliga skäl har jag emellertid svårt att se.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att omständigheterna i det enskilda fallet har en stor inverkan på valet mellan att utesluta och att avbryta. Något allmängiltigt svar på vilket handlingsalternativ som bör väljas är således svårt att ge. I det fall misstanken omfattar samtliga deltagare är ett avbrytande med stöd i redan beprövade skäl att föredra. I det fall misstanken om kartellsamarbetet inte omfattar samtliga anbudsgivare kompliceras läget genom att ett avbrytande med stöd i redan beprövade sakliga skäl bortfaller. Istället kvarstår möjligheten att avbryta respektive utesluta hänvisning till misstanken om kartellsamarbetet, av vilka den senare tycks vara att föredra. Detta eftersom skadeståndsskyldigheten vid ett begagnade av rätten att utesluta är begränsat till de som utesluts, medan ett avbrytande, förutsatt att något sakligt skäl härtill inte föreligger, medför skadeståndsansvar gentemot såväl misstänkta som utomstående leverantörer. Inte ens i det fall som misstanken om kartellsamarbete skulle godtas såsom saklig grund till att avbrytandet går den upphandlande enheten fri från skadeståndsansvar, då de utomstående leverantörerna med stöd av likabehandlingsprincipen torde kunna kräva ersättning. Skadeståndsskyldigheten vid ett avbrytande kan således i denna specifika situation sägas bli oberoende av huruvida sakligt skäl föreligger eller ej. Att så skulle vara fallet även vid ett avbrytande med hänvisning till exempelvis bristfällig konkurrens alternativt högt pris har jag svårt däremot svårt att se.²⁰³ En bristfällig konkurrens eller ett för högt pris kan omöjligt tillskrivas enskilda leverantörer på samma vis som ett misstänkt deltagande i ett kartellsamarbete. Därmed torde heller inte skadeståndsskyldighet grundat på likabehandlingsprincipen uppkomma i denna situation.

5.2.3 Skadeståndsskyldighetens räckvidd

Vad beträffar rätten till skadestånd ska avslutningsvis diskuteras den hovrättsdom från 2011 som utmanat den allmänt vedertagna uppfattningen att ett avbrytande med hänvisning till sakligt skäl inte grundar skadeståndsskyldighet. Hovrätten tycks vara av den mening att rätten till skadestånd är oberoende av frågan huruvida sakligt skäl föreligger eller ej, då den strikt ser till att ett upphandlingsfel begåtts. Trots att den upphandlande enheten i enlighet med förvaltningsrättens domslut rättat de

²⁰³ Se mer härom under rubrik 5.2.3

felaktiga utvärderingarna, anses upphandlingsfelet inte vara läkt, då den upphandlande enheten därefter valt att avbryta förfarandet. Rimligheten i hovrättens avgörande kan och kommer i det följande att diskuteras. Å ena sidan kan tyckas att ett upphandlingsfel som av den upphandlande enheten rättas efter att förvaltningsrätten förordnat om detta, är läkt och därmed inte berättigat till skadestånd. Å andra sidan kan tyckas att upphandlingsfel även om det senare avhjälpes likväl begåtts och därmed ska kunna ligga till grund för skadestånd i det fall det drabbat en leverantör negativt.

Centralt i diskussionen kring hovrättens avgörande blir huruvida det initiala upphandlingsfelet genom att RPS rättat sig efter förvaltningsrättens dom kan anses vara avhjälp. Om så är fallet är det rimligtvis beslutet att avbryta upphandlingen som orsakat att bolaget gått miste om kontrakten och inte upphandlingsfelet. Min personliga åsikt är att upphandlingsfelet rimligtvis måste anses läkt genom att RPS rättat sig efter förvaltningsrättens förordnande härom. Därmed bortfaller möjligheten att med stöd av upphandlingsfelet kräva skadestånd. Hovrätten däremot anser att rättelse inte ägt rum i och med att RPS därefter valt att avbryta upphandlingsförfarandet. Att på detta sätt göra effekten av en rättelse avhängigt ett senare beslut att avbryta upphandlingen kan enligt min mening ifrågasättas. En företagen rättelse förblir rimligtvis rättad oavsett vilka beslut den upphandlande enheten därefter tar. Beslutet att rätta sig efter förvaltningsrättens förordnande och beslutet att därefter avbryta upphandlingen bör enligt min mening ses som två från varandra skilda åtgärder, som inte kan påverka varandra på så vis att avbrytandet förtar effekten av rättelsen. Om så inte vore fallet skulle ett förordnande om rättelse i praktiken komma att sakna betydelse i det fall rättelsen efterföljs av ett beslut att avbryta upphandlingen, bortsett från att rättelsen i viss mån torde kunna tillmätas betydelse i bestämmandet av skadeståndets storlek.

Skadestandsfrågan blir istället, liksom Bokwall och Salomonsson givit uttryck för, avhängigt lagligheten i avbrytandet. Kan ett sakligt skäl härtill presenteras borde möjligheten till skadestånd för bolaget bortfalla. Motsatsvis torde avsaknaden av ett sakligt skäl grunda skadeståndsskyldighet för den upphandlande enheten. Detta kommer beklagligt nog inte att prövas av hovrätten som tycks anse att det för frågan om skadestånd är tillräckligt att strikt se till att ett upphandlingsfel begåtts. Om detta kommit upp till prövning förefaller det emellertid som sannolikt att RPS kunnat åberopa den bristfälliga konkurrensen såsom sakligt skäl till att avbryta eftersom endast bolagets anbud kvarstod efter rättelsen. Likaså hade ett avbrytande med hänvisning till bristande konkurrens varit för handen om den initiala utvärderingen blivit korrekt, då konkurrenssituationen varit densamma. I och med att sakligt skäl för att avbryta således föreligger bortfaller enligt min mening möjligheten att kräva skadestånd grundat på beslutet att avbryta.

Sammanfattningsvis kan konstateras att bolaget enligt min uppfattning varken är berättigat skadestånd på grund av upphandlingsfelet eller på grund av beslutet att avbryta. Hovrättens dom är således inte korrekt. Möjligtvis

skulle fallet vara ett annat om upphandlingsfelet inte åtgärdats genom rättelse varefter ett beslut att avbryta företogs. Detta kräver emellertid att bolaget kan påvisa det gick miste om kontrakten på grund av upphandlingsfelet och inte på grund av det senare beslutet att avbryta, vilket kan vara svårt. Kanske ska hovrättsdomen, såsom Bokwall och Salomonsson framhärda, tolkas som en sätt för domstolen att motverka att upphandlande enheter allt för lättvindigt begagnar sig av rätten att avbryta en upphandling, vilket givetvis ligger i farans riktning när en rättighet är så pass vidsträckt som rätten att avbryta faktiskt är. Skulle domen stå sig i HD skulle den onekligen ge de upphandlande enheterna ett incitament att försäkra sig om att upphandlingen blir korrekt från första början. Genom att möjligheten att undgå skadeståndsansvar för rättade upphandlingsfel som därefter följs av ett beslut att avbryta bortfaller, skulle upphandlingsförfarandet tveklöst bli mer effektivt. Förmodligen är det i detta ljus som hovrättens dom ska ses i. Denna positiva effekt förts emellertid av det faktum att avgörandet ger upphov till orimliga följder såsom att ett beslut att avbryta upphandlingen förts effekten av en redan företagen rättelse. Detta är enligt min mening att utsträcka de upphandlande enheternas skadeståndsansvar för långt.

5.3 Avslutande reflektioner

Initialt var min tanke att uppsatsen, utöver att redogöra för förhållandet mellan upphandlingslagstiftningen och konkurrensrättens kartellförbud samt för vilka handlingsalternativ som står en upphandlande enhet till buds vid misstanke om att en upphandling föregåtts av otillåtet samarbete, även skulle utreda hur samarbetet mellan upphandlande enheter och Konkurrensverket ser ut. Hur lång tid tar det exempelvis innan tillsynsmyndigheten beslutar huruvida ett påstått kartellbrott ska utredas vidare och vad är följden härav för den upphandlande enheten? Hur ska en misstanke om ett kartellsamarbete hanteras i den situation där ett trängande behov för varan respektive tjänsten föreligger? Frågorna är många, svaren få. Allt eftersom arbetet med denna uppsats fortskridit har det blivit mer och mer uppenbart att denna aspekt omöjligt kan rymmas inom ramen för detta arbete. Min förhoppning är därför att någon annan känner sig manad att ta vid i arbetet med att utreda dessa frågor, då ett väl fungerande samarbete mellan Konkurrensverket och upphandlande enheter är av yttersta vikt för ett effektivt upphandlingsförfarande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

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

Prop. 2007/08:135, *Ny konkurrenslag m.m.*

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

Prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*

Litteratur

Alexius Borgström, Katarina & Hollander, Anna, 'Rättsvetenskapliga metoder', *Forskningsmetoder i socialt arbete.*, s. 129-151, Studentlitteratur, Lund, 2005

Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling: på rätt sätt och rätt pris*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Bergström, Sture, *Juridikens termer*, 9., [rev.] uppl., Almqvist & Wiksell, Stockholm, 2002

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar*, 2., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik & Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 1999

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

Hentze, Margareta & Sylvén, Hans (red.), *Sveriges rikets lag. 18, Offentlig upphandling*, 1. uppl., 98:2, Norstedts juridik, Stockholm, 1998

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik, Stockholm, 2005

Hydén, Håkan, 1945- & Hydén, Therese, *Rättsregler: en introduktion till juridiken*, 6., [omarb. och utök.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Lidgard, Hans Henrik, *Competition classics*, Maria Magle Publishing, Lund, 2011

Nord, Eskil, elektronisk lagkommentar till LOU tillgänglig i databasen Karnov, kommentaren uppdaterad per 1 juli 2012

Norman, Pernilla, de Jounge, Malin, Palm, Ulf, *Offentlig upphandling – en handbok*, supplement 22, Nordstedts juridik, Stockholm, 2012

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2. uppl., Jure, Stockholm, 2011

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012

Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen m. m.: en kommentar*, 5. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005

Westin, Jacob, *Europeisk konkurrensrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2007

Artiklar

Bokwall, Carl, Salomonsson, Lena, *Avbruten upphandling kan ge skadestånd*, publicerad den 16 februari 2012 på upphandling 24:s hemsida, <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.432842/avbruten-upphandling-kan-ge-skadestand> (hämtad 2012-09-04)

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, häfte 1, s. 1-10.

Legnerfält, Elisabeth, *Är kontakter mellan konkurrenter tillåtna i upphandlingar*, del 1, MedTech Magazine nr 1/2007

Legnerfält, Elisabeth, *Är kontakter mellan konkurrenter tillåtna i upphandlingar*, del II, MedTech Magazine nr 2/2007

Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap (del I)*, Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet, 1995/96 nr 3, s. 726-748.

Myndighetspublikationer och rapporter

Konkurrensverkets folder *Ärlighet ska löna sig! Hur du upptäcker och tipsar om anbudskarteller vid offentliga upphandlingar*,

http://kkv.se/upload/Filer/Konkurrens/anbudskarteller_folder.pdf
(hämtad 2012-08-10)

Konkurrensverkets policy för prioritering av konkurrens- och upphandlingsfrågor,

http://kkv.se/upload/Filer/Om_Konkurrensverket/policy_konkurrens_upphandling.pdf
(hämtad 2012-08-10)

Regeringsbeslut 2011-12-22, *Regleringsbrev för budgetåret 2012 avseende Konkurrensverket inom utgiftsområde 24 Näringsliv*,

http://www.kkv.se/upload/Filer/Om_Konkurrensverket/Regleringsbrev_2012.pdf
(hämtad 2012-08-10)

NOU:s rapport 53/99-28, *Kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater*,

<http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/pdf/99-53.pdf>
(hämtad 2012-06-02)

Uppdragsforskningsrapport 2009:9 *Karteller och korruption*, utförd av det brottsförebyggande rådet,

http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdra_gsforskning/forsk_rap_2009-9_karteller_korruption.pdf
(hämtad 2012-08-18)

Publikationer från EU-kommissionen

Commission working document, *Public procurement indicators 2010*, Bryssel, den 4 november 2011,

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf
(hämtad 2012-09-02)

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EU-domstolen

Domstolens dom 56/65, *La Société Technique Minère mot Maschinenbau Ulm GmbH*, 30 juni 1966, [1966] REG I/00251

Domstolens dom 14/68, *Walt Wilhelm mot Bundeskartellamt*, 13 januari 1969, [1969] REG I- 00379

Domstolens dom 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd mot kommissionen*, ("ICI"), 14 juli 1972, [1972] REG II-00025

Domstolens dom 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, 17 oktober 1972, [1972] ECR 00977

Domstolens dom i de förenade målen 6/73 och 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen*, ("Commercial Solvents"), [1974] REG II-00229

Domstolens dom C-15/74, *Centrafarm mot Sterling Drug*, 31 oktober 1974, [1974] REG II-00367

Domstolens dom i de förenade målen C-89/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85 och C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen*, ("Wood Pulp II"), 31 mars 1993, [1993] REG I-00111

Domstolens dom C-41/90, *Höfner m.fl.*, 23 april 1991, [1991] REG I-00135

Domstolens dom C-389/92, *Ballast Nedam Groep NV mot Belgiska staten*, 14 april 1994, [1994] ECR I-01289

Domstolens dom C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, 6 juli 1999, [1999] ECR I-04125

Domstolens dom i det förenade målen C-46/93 och C-48/93, *Brasserie du pêcheur och Factortame*, 5 mars 1996, [1996] ECR I-01029

Domstolens dom C-27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH och Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, ("Fracasso"), 16 september 1999, [1999] ECR I-5697

Domstolens dom C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH och Stadt Wien*, ("HI"), 18 juni 2002, [2002] ECR I-5553

Domstolens dom C-230/02, *Grossmann Air Service*, 12 februari 2004, [2004] ECR I-1829

Domstolens dom C-26/03, *Stadt Halle mot TREA Leuna*, 11 januari 2005, [2005] ECR I-00001

Domstolens dom C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów mot Tele2 Polska sp. z o.o., nu Netia SA*, ("Tele2 Polska"), 3 maj 2011, ännu ej publicerat i ECR

Förstainstansrättens dom T-7/89, *Hercules Chemicals mot kommissionen*, 17 december 1991, [1991] REG II-00083

Förstainstansrättens dom T-41/96, *Bayer mot kommissionen*, 26 oktober 2000, [2000] ECR II-03383

Förstainstansrättens dom T-62/98, *Volkswagen mot kommissionen*, 6 juli 2000, [2000] ECR II-02707

Förstainstansrättens dom T-128/98, *Aéroports de Paris mot kommissionen*, 12 december 2000, [2000] ECR II- 03929

Förstainstansrättens dom T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri Ltd v Commission*, den 20 mars 2002, [2002] ECR II-01881

Beslut fattade av EU-domstolen

Domstolens beslut C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy och Imatran kaupunki*, ("Kauppatalo Hansel"), 16 oktober 2003, [2003] ECR I-12139

Beslut fattade av kommissionen

Kommissionens beslut 96/478/EG av den 10 januari 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget, *ADALAT*, EGT 1996 nr. L 201/1

Kommissionens beslut 96/438/EC av den 5 juni 1996 i ett förfarande enligt artikel 85 i Romfördraget, *FENEX*, EUT L181/28

Rättsfall från Högsta förvaltningsdomstolen (fd.Regeringsrätten)

Högsta förvaltningsdomstolens domar av den 13 februari 2012, mål nr 3129-11 och 3328-11

HFD 2011 ref. 85

HFD 2011 ref 29

HFD 2010 ref. 79

RÅ 2009 ref 69
RÅ 2008 ref. 35
RÅ 2008 not. 26
RÅ 2007 not. 131
RÅ 2005 ref. 47
RÅ 2001 ref. 8
RÅ 2002 ref. 5

Rättsfall från kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborg, dom av den 21 januari 2010, mål nr 4278-09
Kammarrätten i Göteborg, dom av den 28 januari 2009, mål nr 6645-08
Kammarrätten i Göteborg, dom av den 6 juli 2007, mål nr 929-07
Kammarrätten i Göteborg, dom av den 22 juni 2006, mål nr 3491-06
Kammarrätten i Göteborg, dom av den 26 januari 2005, mål nr 6802-04

Kammarrätten i Jönköping, dom av den 11 oktober 2010, mål nr 1706-10
Kammarrätten i Jönköping, dom av den 20 september 2010, mål nr 1427-10
Kammarrätten i Jönköping, dom av den 11 mars 2009, mål nr 3521-08
Kammarrätten i Jönköping, dom av den 21 april 2006, mål nr 347-06

Kammarrättens i Stockholm, dom av den 7 oktober 2011 mål nr 4809-11
Kammarrätten i Stockholm, dom av den 13 januari 2009 mål nr 7661-08
Kammarrätten i Stockholm, beslut av den 6 november 2008, mål nr 4451-08
Kammarrätten i Stockholm, dom av den 14 juli 2006, mål nr 4508-06

Kammarrätten i Sundsvall, dom av den 27 februari 2007, mål nr 2991-06

Rättsfall från förvaltningsrätterna (fd. länsrätterna)

Länsrätten i Skåne, dom av den 26 juni 2009, mål nr 2366-09
Länsrätten i Stockholms län, dom av den 30 mars 2007, mål nr 963-07

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 2007 s. 349
NJA 2000 s. 712
NJA 2001 s. 3
NJA 1998 s. 873

Rättsfall från hovrätterna

Svea hovrätt, dom av den 15 februari 2011, mål nr T 3328-10
Svea hovrätt, dom av den 22 juni 2011, mål nr T 6796-10

Rättsfall från tingsrätterna

Stockholm tingsrätt, mellandom av den 17 oktober 2011, mål nr T 18896-10
Stockholms tingsrätt, dom av den 9 juli 2010, mål nr T 16995-08 och
T 14046-09

Rättsfall från Marknadsdomstolen

MD 2012:9
MD 2009:11
MD 1997:15