



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mattias Arnesson

Talerätt i LOU-mål

- En ändamålsenlig reglering eller ej?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Jesper Blomberg

Termin: HT 2015

Innehåll

ABSTRACT	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Avgränsningar	6
1.5 Perspektiv och Metod	6
1.6 Material	7
1.7 Forskningsläge	8
1.8 Disposition	8
2 GÄLLANDE RÄTT	10
2.1 Kort om upphandlingsförfarandet	10
2.2 Introduktion till överprövningsinsitutet	11
2.3 Den EU-rättsliga regleringen om tillgång till rättsmedel vid offentlig upphandling	11
2.3.1 Primärrätten och tillhörande praxis	11
2.3.2 Direktiv	12
2.3.3 EU-domstolens praxis	13
2.4 Lagstiftning rörande LOU:s överprövningsinstitut	14
2.4.1 Taleberättig leverantör enligt LOU och överklagningsbara beslut	14
2.4.2 Domstolens val av åtgärd vid överprövning av upphandling	15
2.4.3 Instansordningen i överprövningsmål	16
2.4.4 Närmare om talerätt i den allmänna förvaltningsprocessrätten	17
2.5 Svensk domstolspraxis	18
2.5.1 Centrala avgöranden om talerätten i LOU	18
2.5.1.1 RÅ 2002 ref. 15	18

2.5.1.2	RÅ 2007 not. 131	19
2.5.1.3	HFD 2011 ref. 29 "Arqdesign"	19
2.5.1.4	Avvikande meningar i HFD 2011 ref. 29	20
2.5.1.5	HFD 2011 not. 64 - "Röke Buss"	21
2.5.1.6	HFD 2011 ref. 85 "Skanska"	22
2.5.1.7	HFD 2012 ref. 2 "Maserfrakt"	22
2.5.1.8	HFD 2013 ref. 24 "Europark"	22
2.5.2	Kammarrättsdomar om talerätt i LOU	23
2.5.2.1	Tilldelad leverantörs rätt att inleda ny överprövningsprocess	23
2.5.2.2	Tilldelad leverantörs talerätt mot domar som innebär upphandling ska göras om eller liknande rättelse	24

3 NÅGRA UTTALANDEN I DOKTRIN RÖRANDE VALET AV ÅTGÄRD OCH ÖVERKLAGBARHET 25

4 UNDERSÖKNING AV KAMMARRÄTTSDOMAR 27

4.1 Framtagandet av underlaget 27

4.2 Undersökningen 27

5 ANALYS OCH SLUTSATS 30

5.1 Leverantörs talerätt mot upphandlande myndighets beslut 30

5.2 Leverantörs talerätt mot domar om överprövning 30

5.3 Analys av undersökningen 32

5.4 Slutsats 32

BILAGA 34

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 38

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 41

Abstract

Swedish authorities that intend to purchase public goods, services and public works contracts are obliged to initiate a public procurement procedure according to the Swedish law of Public Procurement Act (2007:1091). An economic operator can initiate a review in a public administrative court if the authority has not procured correctly according to Chapter 16 § 4 of the Public Procurement Act.

The legislation is based upon EU-directives, which have attained direct effect, and an economic operator therefore has the right to effective legal remedies for the rights provided in EU-law. This branch of law is one of few where EU-law has a major procedural component.

The right of litigation against the administrative court's ruling is regulated in the Swedish law of Administrative Court Procedure Act (1971:291). The initiating economic operator has the right to litigate if its petition is rebuked. However, the court decides what measures that should be undertaken and the operator can not litigate against this choice.

Case-law was changed in 2011 and economic operators which were at risk to be disqualified or have their proposals dismissed were allowed to enter into proceedings and granted the right to litigate if these measures were decided in the ruling. The right to litigate is not fully defined in case-law and whether the current case-law is compatible with EU-law is unclear.

Moreover, the author's investigation in court practice of the Administrative Courts of Appeal show that adjudication of the case law is not uniform. The courts disqualify in either the grounds of their decisions or in their judgement. The right to litigate is usually not afforded to economic operators disqualified in the former way and the courts can arbitrarily decide whether to grant the right to litigate. This is not acceptable and must be changed, either through legislation or case law.

Sammanfattning

Statliga och kommunala myndigheters inköp av byggentreprenader, varor, tjänster och byggkoncessioner måste föregås av ett upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091). En leverantör som inte anser att myndigheten agerat korrekt kan ansöka om överprövning i förvaltningsdomstol av upphandlingen eller ett avtal som myndigheten ingått enligt 16 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling.

Lagstiftningen bygger på EU-direktiv som har uppnått direkt effekt och ger leverantörer en rätt till effektiva rättsmedel för att utöva de rättigheter de garanteras i EU-rätten. Området är ett av få där EU-rätten har ett starkt processuellt inslag, trots utgångspunkten om principen om nationell autonomi.

Talerätsfrågor som har med förvaltningsdomstolens avgörande att göra regleras i Förvaltningsprocesslagen (1971:291). En ansökande leverantör vars ansökan avslås har talerätt mot detta beslut. Domstolen är dock fri att besluta om val av åtgärd och leverantören kan inte överklaga valet i sig.

Efter en kursändring i rättspraxis har också leverantörer som riskerar att uteslutas eller att få sina anbud obeaktade av överprövningen erkänts inträde i målet och talerätt mot detta. Det kvarstår dock oklarheter i gällande rätt. Talerätten är inte komplett behandlad i praxis och huruvida den gällande ordningen överensstämmer med EU-rätten är inte klar.

Vidare visar författarens undersökning av kammarrättsdomar under 2015 att tillämpningen av praxis inte är enhetlig. Domstolarna utesluter leverantörer via domskäl och domslut och ofta tillerkänns inte leverantörer talerätt mot de domar där uteslutningen sker i domskäl. Den nuvarande ordningen är otillfredsställande och måste korrigeras antingen genom lagstiftning eller praxis.

Förord

Att skriva denna uppsats har varit ett både intressant och krävande arbete om vartannat. Jag vill rikta ett tack till min familj för det stöd och uppmuntran de gett mig. Jag vill också tacka alla mina vänner i Lund som har gjort de här tre åren på juristprogrammet till några av de roligaste i mitt liv. Till slut vill jag även tacka min handledare Jesper Blomberg för den hjälp och vägledning han givit mig. Tack.

Mattias

Förkortningar

FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta Förvaltningsdomstolen
LOU	Lag om offentlig upphandling (2007:1091)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Regelverket kring offentlig upphandling är en hörnsten i EU:s projekt att skapa en gemensam europeisk marknad som präglas av fri konkurrens och rörlighet. Bara i Sverige upphandlas det årligen uppskattningsvis för 550 till 600 miljoner kronor.¹ Lagstiftningen på området bygger i grunden på EU-direktiv och för att säkerställa riktigheten i upphandlingsförfaranden har Sverige infört möjlighet att överpröva upphandlingar hos förvaltningsdomstol. Överprövningsinstitutet har under de senaste åren behandlats extensivt i både praxis och doktrin, och då bland annat i ett avgörande av högsta instans som bröt med tidigare prejudikat.

1.2 Syfte

Denna uppsats syfte är att utreda gällande rätt för vem som har talerätt i överprövningar som sker inom ramen för lagen om offentlig upphandling (2007:191) (LOU). Med talerätt menas här rätten att ansöka om överprövning, träda in och yttra sig i överprövningen och överklaga domstolens beslut i ärendet. Uppsatsen syftar också till att utreda tillämpningen av gällande rätt i kammarrätterna och huruvida denna överensstämmer med gällande rätt.

1.3 Frågeställningar

Utgångspunkten för arbetet är fyra frågeställningar. Två av dessa besvaras i den deskriptiva delen av uppsatsen:

- Vad utgör gällande rätt för allmänna förvaltningsrättsliga frågor och mer specifikt i LOU i talerätsfrågor?

¹ SOU 2015:12, s. 37.

² Kleinman, Jan, 2013, *Rättsdogmatisk Metod*. I Korling, Fredric & Zamboni, Mauro

- Hur tillämpas gällande rätt av kammarrätterna?

Uppsatsens analytiska del utgår från de andra frågeställningarna:

- Vilka slutsatser, om några, går det att dra av denna tillämpning mot bakgrund av gällande rätt?
- Är tillämpningen enhetlig?

1.4 Avgränsningar

Arbetet är avgränsat genom att arbetet fokuserar på överprövningsinstitutet i LOU och därtill anknuter till talerättsliga frågor. Samma institut existerar i andra upphandlingslagar men dessa berörs inte. Fokus ligger heller inte på hur talerätt regleras i allmän förvaltningsprocessrätt, detta beskrivs endast i den mån det påverkar talerätten i överprövningar. Under den delen som behandlar rättsfall beskrivs den praxis med högst relevans utförligt. Hur närliggande frågor lösts i praxis uppmärksammas endast i den mån det belyser någon av talerättsfrågorna.

1.5 Perspektiv och Metod

För att besvara dessa frågor kommer jag först att utreda gällande rätt enligt rättsdogmatisk metod. Rättsdogmatisk metod utgår från att man använder sig av de allmänt accepterade rättskällorna för att konstruera rättsliga regler som löser rättsliga problem.² Genom att metoden baseras på rättskällevärdet sätts den juridiska argumentationen i centrum och det blir möjligt att beskriva gällande rätt på ett mer vetenskapligt och objektivt sätt.³ Avhandlingen använder därav i denna del ett rättspositivistiskt förhållningssätt till rätten, d.v.s. att rätt och moral åtskiljs samt att gällande

² Kleineman, Jan, 2013, *Rättsdogmatisk Metod*. I Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*, s. 21.

³ A.a., s. 26f.

rätt fastställs med faktueella kriterier och inte normativa sådana.⁴ Rättskällor för regler om offentlig upphandling finns både i unionsrätten och i nationell rätt. Unionsrätten delas normalt upp i primärrätten, bestående av fördragen och rättsprinciper i EU-domstolens praxis, samt sekundärrätten, som består av förordningar, direktiv och beslut.⁵ De nationella rättskällorna är svensk lagstiftning för LOU men också allmän förvaltningsprocessrättslig sådan, Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) rättspraxis och doktrin. I arbetet med att beskriva talerättens roll i överprövningar redogörs även för olika åsikter i doktrin om hur rättsläget egentligen ser ut.

Efter avsnittet om gällande rätt kommer jag att presentera en empirisk undersökning av överprövningsdomar från kammarrätterna för att undersöka vilken effekt, om någon, som rättsläget har på rättstillämpningen. Undersökningen kommer att vara begränsad till domar under ett på förhand bestämt tidsspann för den ska vara empirisk. Tidsbegränsningen behövs också för att underlagets storlek ger en rimlig arbetsbörda för att utföra.

Till sist kommer jag diskutera den gällande rätten och uppmärksamma några av dess oklarheter. Jag kommer också utreda vad HFD:s praxis gett för utslag i rättstillämpningen enligt min undersökning och huruvida detta var menat vid skapandet av densamma.

1.6 Material

Uppsatsen grundas på relevanta källor från upphandlingens område och litteratur som behandlar området. Källorna som använts är de rättskällor som nämns ovan, framförallt relevant lagstiftning och praxis. Jag har även använt mig av litteratur i form av lagkommentarer till relevanta lagar och böcker om ämnet. Detta för att hjälpa mig att få en överblick och kunna

⁴ Spaak, Torben, 2013, *Rättspositivism och juridisk metod*. I Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*, s. 54f.

⁵ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5:e upplagan, Norstedts Juridik, 2014, s. 178 ff.

diskutera företeelser som har relevans men som delvis ligger utanför uppsatsens fokus på talerätsfrågor.

I tredje avsnittet presenteras några olika författares synpunkter på talerätsfrågorna och gällande rätt för dessa. Med detta avsnitt ämnar jag redovisa för den kritik och det lege ferenda-perspektiv vissa författare framfört mot gällande rätt, något som också diskuteras i min analys.

1.7 Forskningsläge

Överprövningsinstitutet, och särskilt talerättsliga frågor däri, har varit föremål för ett flertal avgöranden i praxis och diskussion i doktrin men oklarheter kvarstår i vissa frågor som inte avgjorts i praxis och denna uppsats syftar delvis till att behandla dessa. På området finns bl.a. verken *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU* av Anders Asplund m.fl. och *Lag om offentlig upphandling: en kommentar* av Helena Rosén Andersson m.fl. Båda verken innehåller detaljerade beskrivningar av gällande rätt för överprövningsinstitutet och är några av de mest extensiva källorna på området. Kammarrättspraxis beskrivs i båda verken men den problematiska tillämpning som undersökningen finner beskrivs inte i dessa. Däremot har den tidigare uppmärksammats av Andrea Sundstrand i hennes artikel *Talerätt i LOU - Valfritt för domstolen?* från 2014.

1.8 Disposition

Uppsatsens disposition kan delas upp i en deskriptiv del och en analytisk del. Den deskriptiva delen inleds med avsnitt 2 där det redogörs för gällande rätt med en uppdelning i EU-rätt och svensk rätt. Redogörelsen är uppdelad efter vilken rättskälla som behandlas och särskilt svensk praxis beskrivs utförligt. Avsnitt 3 behandlar diskussion som förts i doktrin och har särskild relevans för den empiriska undersökningen. Undersökningen utförande och resultat avslutar den deskriptiva delen i avsnitt 4. Den analytiska delen rym

inom avsnitt 5 där frågeställningarna för denna besvaras och författarens slutsatser presenteras.

2 Gällande rätt

2.1 Kort om upphandlingsförfarandet

Den svenska lagstiftningen om offentlig upphandling bygger på EU-rätten och beskriver hur den offentliga sektorn ska agera när den uppträder som kommersiell aktör och utför inköp i sina verksamheter. All offentlig upphandling ska styras av fem, i grunden EU-rättsliga, principer i 1 kap. 9 § LOU om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande. De nu gällande upphandlingsdirektiven⁶, som den svenska lagstiftningen i LOU bygger på, har uppnått så kallad direkt effekt och om svensk lagstiftning inte överensstämmer med direktiven har direktivens bestämmelser företräde.⁷

En upphandling går förenklat till på så vis att en myndighet ska, om den vill utföra inköp av byggtreprenader, varor, tjänster och byggkoncessioner, se 1 kap. 2 § LOU, för ett belopp som överskrider vissa tröskelvärden, se 3 kap. LOU, inleda ett visst upphandlingsförfarande enligt 4 kap. LOU. Myndigheten ska annonsera om upphandlingen enligt 7 kap. LOU. Efter att leverantörer lämnat anbud ska myndigheten pröva anbuden enligt LOU:s 10:e, 11:e och 12:e kapitel varefter den leverantör som lämnat det mesta fördelaktiga budet ska tilldelas kontraktet. När en leverantör är missnöjd med anbudsprövningen eller anser att myndigheten på något sätt brutit mot upphandlingsreglerna har denne möjligheten att ansöka om överprövning. Om ingen leverantör ansökt om överprövning när avtalsspärren går ut (se 16 kap. LOU) kan myndigheten teckna avtal med den tilldelade leverantören.

⁶ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster som båda antogs av Rådet den 31 mars 2004.

⁷ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens Grunder*, 3:e upplagan, Jure Förlag, 2013, s. 15.

2.2 Introduktion till överprövningsinstytutet

Gällande rätt för överprövningsinstytutet och de tillhörande talerätsfrågorna kan finnas i två olika grupper av rättskällor: EU-rätten och den svenska nationella rätten. EU-rätten består dels av primärrätt: Unionsfördraget, Funktionsfördraget och rättighetsstadgan samt allmänna rättsprinciper, dels av sekundärrätten: förordningar och direktiv etcetera. Svenska nationella rättskällor är dels upphandlingslagstiftningen: framförallt LOU med dess tillhörande förarbeten,⁸ dels svensk domstolspraxis på området bestående av prejudikat från HFD.

2.3 Den EU-rättsliga regleringen om tillgång till rättsmedel vid offentlig upphandling

2.3.1 Primärrätten och tillhörande praxis

Utgångspunkten för processuella regler om genomdrivande av unionsrätten är att det är medlemsstaternas egna, och inte unionsgemensamma, processuella regler som tillämpas. I de situationer där EU-rättsliga bestämmelser är direkt tillämpliga eller fått direkt effekt ställer EU-rätten krav på att enskilda har tillgång till effektiva rättsmedel för att genomdriva dessa rättigheter i domstol. Denna princip om rätt till effektiva rättsmedel stadgas i artikel 19.1 EU-fördraget samt i första och andra stycket artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan).⁹ EU-rättsliga bestämmelser som är direkt tillämpliga är t.ex. bestämmelser

⁸ I ett område så influerat av EU-rätten som upphandlingslagstiftningen kan svenska förarbeten inte användas som rättskälla på samma sätt som andra områden; uttalanden däri måste istället "värderas endast utifrån deras sakliga tyngd" när EU-rättsliga frågor behandlas, se Asplund, Anders & Ehn, Magnus & Johansson, Daniel & Erik Olsson, *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 1:a upplagan, Jure Förlag, 2012, s. 72ff.

⁹ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5:e upplagan, Norstedts Juridik, 2014, s. 133.

och principer i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), en del i EU:s primärrätt. Dessa blir direkt tillämplig på enskilda fall av offentlig upphandling som kan påverka samhandeln inom EU. Även förordningar som reglerar området är direkt tillämpliga. Direktiv kan också ge upphov till en rätt till effektiva rättsmedel om direktiven i fråga uppnått direkt effekt och skapat rättigheter åt enskilda.¹⁰ Vidare har EU-rätten, i den mån den är tillämplig, företräde framför nationell rätt, se EU-domstolens dom C-6/64 *Costa mot ENEL*.¹¹

Kravet på tillgång till effektiva rättsmedel innebär inte att EU-rätten detaljreglerar hur dessa ska utformas. Unionsrättens rättsmedelsbegrepp har en vid omfattning, det inkluderar bland annat talerätt vid domstol; rätt till skadestånd samt rättelser av olika slag,¹² och medlemsstaterna bestämmer själva utformning på dessa. EU-rätten kräver endast att "nationell rätt [...] tillämpas på ett sätt som *säkrar EU-rättens genomslag*."¹³

2.3.2 Direktiv

Upphandlingsområdet utgör något av ett undantag när det gäller hur EU-rätten behandlar nationell processautonomi. Överprövningsinstitutet, vilket regleras i 16 kap. LOU, bygger nämligen på tre EU-direktiv: det första och andra rättsmedelsdirektiven¹⁴ samt ändringsdirektivet¹⁵ och ska tolkas mot bakgrunden av direktiven samt EU-domstolens praxis.¹⁶ Rättsmedelsdirektiven syftar både till att säkerställa en effektiv tillämpning

¹⁰ Se Rosén Andersson m.fl., Lagen om Offentlig Upphandling (18 november 2015, Zeteo) kommentaren till 16 kap. under rubriken EU-rättens krav på effektiva nationella rättsmedel.

¹¹ Bernitz & Kjellgren, 2014, s. 100 f.

¹² A.a., s. 134.

¹³ A.a., s. 133.

¹⁴ 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 anläggningsarbete och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk in vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

¹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv (2007/66/EG) om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹⁶ Asplund m.fl., 2012, s. 176.

av upphandlingsdirektiven och fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel för leverantörer som lider eller riskerar att lida skada till följd av överträdelse av upphandlingsbestämmelser.¹⁷ I artikel 2 i första och andra rättsmedelsdirektiven ställs krav på vissa obligatoriska rättsmedel såsom intermistiska åtgärder, artikel 2.1a, och undanröjande av olagliga beslut, art. 2.1b. Ändringsdirektivet syftar främst till att avvärja direktupphandlingar och att upphandlade myndigheter skyndar sig att teckna avtal med vinnande leverantör för att undvika överprövningar. Detta genomfördes genom bestämmelser om ogiltighetsförklaring av avtal vid otillåtna direkt upphandlingar, se 16 kap. 13 § LOU, och reglerna om avtalsspärr i samma kapitel.

2.3.3 EU-domstolens praxis

Direktiven är starkt influerade av och kodifierar till stor del EU-domstolens rättspraxis.¹⁸ Det är också EU-domstolen som till stor del har utvecklat principen om rätt till effektiva rättsmedel. I C-279/09 *DEB* klargjorde domstolen att art. 52.3 i stadgan gör att Europadomstolens rättspraxis om effektiva rättsmedel även gäller som lägsta nivå inom EU-rätten. I målet använde sig EU-domstolen av denna praxis för att resonera sig till vad rätten till ett effektivt rättsmedel innebar i målet. I C-91/08 *Wall* uttalade EU-domstolen att principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering till följd av nationalitet är direkt tillämpliga i medlemsstaternas rättsordningar. Principerna tillämpas därav före nationella bestämmelser. I målet stadgade domstolen också att det ankommer på medlemsstaternas interna rättsordningar att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter. EU-domstolen har även specificerat vad som definierar effektiva rättsmedel. I C-33/76 *Rewe* uttalade domstolen att rättsmedel ska vara minst lika förmånliga som de som grundas på nationell rätt och att det ska vara möjligt och rimligt att utöva

¹⁷ SOU 2015:12 s. 75.

¹⁸ Se bl.a. skäl 2, 3 och 13 i Direktiv (2007/66/EG).

dem i praktiken. Dessa krav grundas på likvärdighetsprincipen respektive effektivitetsprincipen.¹⁹

EU-domstolens rättspraxis behandlar också vilka beslut som får överprövas. Av *C-26/03 Stadt Halle* p. 33-39 framgår att ansökan om överprövning kan riktas mot alla viljeyttringar från myndighets sida angående kontrakt som kommer till kännedom hos intresserade personer, har rättslig verkan och inte utgör en endast förberedande åtgärd. Vad som utgör beslut innefattar enligt domen också sådana beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfodran.

I detta sammanhang är det också värt att notera hur EU-rätten har tillämpats och accepterats av HFD. I HFD 2012 ref. 28 diskuterar domstolen hur det inte finns något krav i den aktuella EU-förordningen som kräver avsteg från nationell rätt. E contrario säger HFD här att om det funnits ett sådant krav hade EU-rätt tillämpats framför nationell rätt enligt principen om EU-rättens företräde. I HFD 2012 ref. 29 diskuterar HFD EU-rättsliga krav på effektiva rättsmedel och hur dessa utformats i EU-domstolens praxis. Domstolen kommer fram till att dessa tillgodoses av den möjlighet som finns att föra talan om skadeståndsskyldighet i fallet och grundar detta på EU-domstolens dom i målet *C-432/05 Unibet*.

2.4 Lagstiftning rörande LOU:s överprövningsinstitut

2.4.1 Taleberättig leverantör enligt LOU och överklagningsbara beslut

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande myndighet inte följt bestämmelserna i LOU kan *ansöka* om överprövning hos allmän förvaltningsdomstol, se 16 kap. 4 §

¹⁹ Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om Offentlig Upphandling* (18 november 2015, Zeteo) kommentaren till 16 kap. under rubriken EU-rättens krav på effektiva nationella rättsmedel.

LOU. Skaderekvisitet i bestämmelsen är enkelt uppfyllt, om en leverantör ansöker om överprövning presumeras anse sig själv ha lidit skada.²⁰ Enligt bestämmelsen ska domstolen efter en sådan ansökning överpröva upphandlingen, eller giltigheten av det avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Begreppet leverantör definieras i 2 kap. 11 § LOU och avser den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggnadsentreprenader. Även potentiella leverantörer har därför klagorätt, ansökningar om överprövning av fysiska eller juridiska personer som kan anses utgöra potentiella leverantörer ska prövas av domstolen. Lagstiftningen ska tolkas mot bakgrund av EU-rättens direktiv och praxis, bl.a. målet *C-26/03 Stadt Halle*. Detta gör det möjligt att överpröva avtal som tillkommit till följd av otillåtna direktupphandlingar där det annars inte funnits någon upphandling att överpröva, se 16 kap. 13 § LOU.²¹ Finner domstolen att det överprövade avtalet mellan upphandlande myndighet och leverantör har slutits på ett sätt som är otillåtet enligt 16 kap. 13 § LOU, till exempel utan lagstadgad föregående annonsering, ska domstolen ogiltigförklara avtalet.

2.4.2 Domstolens val av åtgärd vid överprövning av upphandling

Om det istället rör överprövning av en upphandling ska domstolen undersöka om den har skäl att vidta åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU. Detta är fallet om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse och detta har medfört att leverantören som ansökt om överprövning har lidit eller kan komma att lida skada.²² Skaderekvisitet i bestämmelsen skiljer sig från 16

²⁰ Asplund m.fl. s. 103.

²¹ Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om Offentlig Upphandling* (18 november 2015, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 4 § under rubrikerna Klagande och Överprövning av avtalets giltighet.

²² LOU har, gemensamt med annan upphandlingslagstiftning, fem grundläggande principer om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt

kap. 4 § LOU, 4 § reglerar när domstol får initiera en överprövning och på vems ansökan detta ska ske. 16 kap. 6 § LOU bestämmer däremot när en överprövning ska ske, skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är sålunda inte grundat på leverantörens egen uppfattning, jämför "anser" i 16 kap. 6 § LOU, utan domstolen måste finna att skada eller risk för skada tillfogats leverantören.²³

Om domstolen finner skäl för det ska den besluta att upphandlingen antingen ska göras om eller endast får slutföras efter att rättelse har gjorts, se 16 kap. 6 § LOU. Domstolen är därmed obunden av sin skyldighet att hålla sig till parternas yrkanden enligt 28 § förvaltningsprocesslagen²⁴ (1971:291) och har istället att undersöka förutsättningar för de aktuella åtgärderna.²⁵ Som utgångspunkt ska domstolen välja den åtgärd som är minst ingripande, d.v.s. rättelse. En dom om rättelse innebär att upphandlingen inte får slutföras innan den har rättats på det sätt som domstolen instruerar i domslutet eller domskälen. Domstolen kan dock finna sådana fel som gör att en rättelse inte är tillräckligt för att korrigera bristerna i upphandlingen och därför besluta att hela eller delar av upphandlingen ska göras om. Rättelse är vanligen aktuell som åtgärd när det gäller hur den upphandlande myndigheten utvärderat anbudet och en dom om att göra om upphandlingen beror ofta på felaktigheter som har begåtts i det konkurrensuppsökande skedet eller förfrågningsunderlaget.²⁶

2.4.3 Instansordningen i överprövningsmål

Förvaltningsrättens dom om överprövning kan överklagas till kammarrätten och det krävs prövningstillstånd, se 33 § Förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL), och 16 kap. 5 § LOU. Kammarrättens dom kräver i sin

erkännande, för mer information se t.ex: <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/upphandlingsprinciperna/>.

²³ Se Rosén Andersson m.fl., Lagen om Offentlig Upphandling (18 november 2015, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 6 § under rubriken Skaderekvisitet.

²⁴ Hädanefter FPL.

²⁵ Se RÅ 2005 ref. 47.

²⁶ Asplund m.fl., 2012, s. 215 f.

tur också prövningstillstånd för att överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen enligt 35 §.

2.4.4 Närmare om talerätt i den allmänna förvaltningsprocessrätten

Vem som har talerätt att *överklaga* överprövningar av offentlig upphandling har varit föremål för flera rättsfall samt diskussion i doktrin. Eftersom specifika lagregler saknas om detta i LOU kan reglerna i FPL tillämpas enligt 2 § FPL. Den aktuella talerättsregleringen är stadgad i 32 § andra stycket FPL: "Ett beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot." Om reglering i FPL saknas kan det också bli aktuellt att tillämpa reglerna i RB analogt.²⁷

För att ett enskilt subjekt ska kunna driva ett ärende i domstol krävs att denne är partsbehörig och processbehörig.²⁸ Både fysiska och juridiska personer är partsbehöriga då båda har rättskapacitet²⁹ och en fysisk person är vanligtvis också processbehörig. En juridisk person är aldrig processbehörig men kan istället företrädas av en ställföreträdare.³⁰

Vidare ställer 33 § 2 st. FPL upp två krav för klagorätt: Beslutet som är föremål för klagomålet måste angå den som klagar på så sätt att denne har ett intresse i saken, *saklegitimation*, och även gå denne emot, *kontraritet*.³¹ Lagtexten ställer ej upp några fler krav och eller ger en mer specifik definition. Vad principerna innebär i praktiken har istället lämnats över till högsta instans att bestämma i rättspraxis men utgångspunkten är att den som drabbats av beslutets verkningar kan överklaga det.³²

²⁷ Asplund m.fl., 2012, s. 113 f.

²⁸ Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, tionde upplagan, Jure Förlag, 2014, s. 59 ff.

²⁹ Se Wennergren och Von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.*(15 november, Zeteo), kommentaren till 33 § under rubriken *Andra stycket - Klagorätt - partställning*.

³⁰ Ragnemalm, 2014, s. 60.

³¹ Se Wennergren och Von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.*(15 november, Zeteo), kommentaren till 33 § under rubriken *Andra stycket - Klagorätt*.

³² Ragnemalm, 2014, s. 171-172.

Saklegitimation kan grundas på fyra olika grunder: Den som intar *partsställning* hos beslutsmyndigheten har alltid saklegitimation; personer som har *ett av rättsordningen erkänt intresse*, exempelvis genom en lagbestämmelse om personens talerätt; den vars *rättsställning påverkas* av beslutet, typexemplet är en hyresgäst vars hyresvärd erhåller sanktionsbeslut mot den uthyrda lägenheten och även någon som har *ett beaktansvärt intresse* av att få sin sak prövad.³³

Den leverantör som ansökt om överprövningen kan överklaga domstolens beslut om detta gått denne emot och domstolen avslagit dennes yrkanden. Saklegitimation har denne automatiskt då den intagit partsställning gentemot den upphandlande myndigheten. Myndigheten blir i sin tur motpart enligt 8 § FPL.

2.5 Svensk domstolspraxis

2.5.1 Centrala avgöranden om talerätten i LOU

Klagorätten i mål om överprövning har också utökats till andra leverantörer än ansökande leverantör i rättspraxis. Detta bestämdes i ett plenumavgörande från HFD, HFD 2011 ref. 29, som ändrade på tidigare gällande praxis.

2.5.1.1 RÅ 2002 ref. 15

I RÅ 2002 ref. 15 hade en leverantör (A) ansökt om överprövning av en upphandling efter att dennes anbud ej utvärderats. I överprövningen kom förvaltningsrätten fram till att upphandlingen skulle rättas på så sätt att även A:s anbud skulle utvärderas. Den leverantör (B) som myndigheten hade beslutat att tilldela kontraktet överklagade länsrättens dom. Kammarrätten avvisade överklagandet och frågan om B hade talerätt fick avgöras av Regeringsrätten. Regeringsrätten konstaterar att huruvida om B får

³³ Se Wennergren och Von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m.(15 november, Zeteo), kommentaren till 33 § under rubriken *Andra stycket - Klagorätt*.

överklaga länsrättens dom är nära förknippat med huruvida B innehaft rollen som motpart i förvaltningsrätten och därmed erhållit partsställning, vilket domstolen kommer fram till att B inte har haft. B sägs heller inte ha påverkats av det beslut som överklagats, då detta ej skapat några rättigheter eller skyldigheter emellan henne och kommunen utan endast emellan A och kommunen. Regeringsrätten konstaterar också att B ej har något av rättsordningen särskilt erkänt intresse och att avvisande därav var korrekt på grund av bristande talerätt.

2.5.1.2 RÅ 2007 not. 131

I fallet RÅ 2007 not. 131 hade en leverantör (A) ansökt om överprövningen och frågan rörde huruvida den tidigare vinnande leverantören (B) hade talerätt gentemot domstolens beslut om rättelse av upphandlingen på så sätt att A skulle tilldelas uppdraget. En skillnad mellan fallen är dock att medan rättelsen i 2002 års fall går ut på att alla anbud ska utvärderas så ändrar rättelsen i 2007 års fall på tilldelningsbeslutet direkt. I vilket fall avvisas överklagandet på grund av bristande talerätt i enlighet med den praxis som etablerats i 2002 års fall.

2.5.1.3 HFD 2011 ref. 29 "Arqdesign"

HFD 2011 ref. 29 avgjordes i plenum och bröt med rådande praxis i RÅ 2007 not. 131. Enligt bl.a. Asplund m.m. gäller RÅ 2002 ref. 15 fortfarande då situationerna skiljde sig åt mellan det och 2011 års fall.³⁴ Målet, också känt som *Arqdesign*, rörde en upphandling genom förenklat förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslutet valdes en leverantör (A) ut som avtalspart. Två leverantörer, på respektive andra (B) och tredje (C) plats i utvärderingen, ansökte om överprövning. B ansökte om rättelse av upphandlingen genom att en ny utvärdering skulle ske utan beaktande av A:s anbud. C ansökte om rättelse genom en ny utvärdering vari både A och B:s anbud skulle lämnas utan beaktande. Förvaltningsrätten handlade överprövningarna i två skilda mål och dömde enligt ansökningarna med

³⁴ Asplund m.fl., 2012, s. 105.

tillägget att det var överprövningen som skett på C:s initiativ som gällde för den upphandlande myndigheten om båda domarna vann laga kraft. B överklagade domen till Kammarrätten. Kammarrätten avvisade överklagandet med hänvisning till rådande praxis. Arqdesign överklagade Kammarrättens beslut till HFD som tog upp talerätsfrågan i plenum.

Majoriteten i HFD resonerar på så sätt att när leverantör B:s anbud utesluts till följd av leverantör C:s yrkande och på grund av uppgifter som leverantör C uppgett borde förvaltningsrätten berett B möjlighet att yttra sig över uppgifterna enligt 10 § FPL. Om B yttrat sig på detta sätt hade B intagit partsställning och därmed haft klagorätt mot förvaltningsrättens dom enligt de regler som redovisats ovan i avsnitt 2.4.1. Precis som HFD skriver så avviker detta från tidigare praxis i RÅ 2007 not. 131 och etablerar principen att en leverantör vars anbud direkt kan komma att frånses på grund av yrkande av den som initierat överprövningen och domstolen överväger att bifalla ansökan i enlighet med detta och utesluta anbudet ska beredas tillfälle att yttra sig enligt 10 § FPL. I och med detta erhåller denne leverantör partsställning och uppfyller därmed kravet på saklegitimation. Därav kan denne leverantör överklaga domen om den går honom emot.³⁵

2.5.1.4 Avvikande meningar i HFD 2011 ref. 29

Av HFD:s 16 justitieråd var 6 av skiljaktig mening i HFD 2011 ref. 29. 5 justitieråd menar att domen angått leverantör B på det sätt som anses i FPL 33 § genom att förvaltningsrätten direkt stadgat vad den upphandlande myndigheten haft att göra till följd av domen sammanlagt med B:s ställning som anbudsgivare i processen. Justitieråden menar dock att förvaltningsrätten inte haft anledning att behandla B som motpart på det sätt som stadgas av 10 § FPL. Ett justitieråd, Eskil Nord, var skiljaktig på så sätt att han ville avslå överklagandet för att inte ändra fastslagen rättspraxis. Rune Lavin tolkar Nords skiljaktiga mening och föreslår att Nord avslår överklagandet eftersom de leverantörer vars anbud lämnats utan beaktande

³⁵ A.a., s. 105.

ändå har möjlighet att överpröva det beslut som rättelsen kommer utmynna i och att det därför inte finns några skäl att avvika från rådande praxis.³⁶

2.5.1.5 HFD 2011 not. 64 - "Röke Buss"

I fallet HFD 2011 not. 64 hade en leverantör (A) ansökt om överprövning av en upphandling och yrkat att den vinnande leverantören (B) skulle uteslutas. Efter att förvaltningsrätten avslagit ansökningen överklagades beslutet till Kammarrätten som förordnade om rättelse genom att B:s anbud inte skulle beaktas vid en ny utvärdering. B ansökte då om överprövning av det nya beslutet, varefter ansökningen avlogs av förvaltningsrätten och överklagades till kammarrätten. Kammarrätten avvisade ansökan med hänvisning till att anbudet redan uteslutits i den tidigare överprövningen. HFD fastslog däremot i sitt avgörande att B borde ha beretts rätt att yttra sig i den första överprövningen, och därmed ha erhållit partsställning och eftersom så inte skett haft möjlighet att ansöka om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet. Av detta följer att om den intervenerande leverantören inte beretts tillfälle att yttra sig eller överklagar överprövningsdomen kan denne ansöka om ny överprövning.

Asplund m.fl. resonerar på så sätt att detta avgörande i kombination med HFD 2011 ref. 29 styrker existensen av res judicata, det vill säga förbud mot prövning av samma sak två gånger, i överprövningar då rätten att ansöka om överprövning igen endast uttryckligt ges om denne inte fått yttra sig i den tidigare överprövningen.³⁷ Mot detta kan ställas avgörandet HFD 2013 ref. 36 där HFD sade att ett avgörande om överprövning inte hindrade en ny överprövning, dock inte om samma sak. Detta i kombination med att resonemanget om res judicata stödjer sig på motsatsslut gör det svårt att utläsa något konkret ur HFD:s praxis, rättsläget är oklart.

³⁶ Se Lavin, Rune, FT 2011 s. 463-464.

³⁷ Asplund m.fl., 2012, s. 110 f.

2.5.1.6 HFD 2011 ref. 85 "Skanska"

Genom HFD 2011 ref. 85 fastslog HFD att utvidgningen av talerätten som ägt rum i HFD 2011 ref. 29 inte ger talerätt för den vinnande leverantören (B) i en överprövning som påbörjats på ansökan av en leverantör på andra plats (A) när A:s yrkanden gäller anbudsutvärderingen av vissa kriterier och inte ett utslag eller icke-beaktande av B:s anbud. En sådan situation kan inte ge B partsställning eller göra att denne blir taleberättigad enligt 33 § FPL och vad utfallet blir vid en ny utvärdering där A vinner upphandlingen saknar betydelse för talerätsfrågan.

2.5.1.7 HFD 2012 ref. 2 "Maserfrakt"

HFD 2012 ref. 2 behandlar en ansökande leverantörs talerätt mot förvaltningsrättens dom. I 2012 års fall hade den ansökande leverantören yrkat om rättelse men förvaltningsrätten funnit grava brister i upphandlingen och bestämt i domen att upphandlingen behövde göras om. Den ansökande leverantören överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten som avvisade överklagandet varvid leverantören överklagade avvisningen till HFD. HFD fann, med hänvisning till HFD 2011 ref. 29 och 85, att det är det överklagade beslut i sig som måste ha en precis och påtaglig betydelse för klaganden för att det ska angå och gå emot leverantören enligt 33 § FPL och inte utfallet av detta som det manifesteras i upphandlarens efterföljande beslut. HFD konstaterar att huruvida någon har talerätt måste avgöras med utgångspunkt i det enskilda fallet och att en dom om att en upphandling ska göras om inte kan ses gå emot en leverantör som endast har yrkat om rättelse.

2.5.1.8 HFD 2013 ref. 24 "Europark"

I målet HFD 2013 ref. 24 hade en leverantör (A) antagits genom tilldelningsbeslut av den upphandlande myndigheten, ett tilldelningsbeslut som blev föremål för överprövning efter ansökan av en annan leverantör (B). B:s ansökning gjorde gällande att upphandlingen skulle rättas och att A:s anbud skulle lämnas utan beaktande vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten förelade A att yttra sig i målet varefter A i sitt svar presenterade en rad yrkanden som förvaltningsrätten avvisade varefter A överklagade till kammarrätten och därefter till HFD. HFD resonerade att i den del A:s yrkande direkt bemötte ansökningen gällande A:s anbud var de en del av A:s yttrande och skulle inte ha avvisats av förvaltningsrätten i enlighet med HFD 2011 ref. 29. I de delar yttrandena gällde andra frågor låg dessa inte inom ramen för överprövningen och var korrekt avvisade. Prejudikatet avgränsar vad en tredje taleberättigad leverantör har tillåtelse att tillföra till prövningen, nämligen att yttra sig i frågan om sin egen uteslutning.

2.5.2 Kammarrättsdomar om talerätt i LOU

Talerätsfrågor i överprövningar har också uppstått i rättsfall från kammarrätterna som rört olika situationer än dem som behandlats i HFD:s praxis. Kammarrätterna delar inte HFD:s roll som prejudikatinstans³⁸ men deras avgöranden i situationer som inte behandlas av HFD och är avkunnade efter brytningen med praxis 2011 kan ändå användas för att klargöra rättsläget. Både Asplund m.fl. och Rosén Andersson m.fl. diskuterar vilka slutsatser som går att dras av kammarrättsavgöranden på området.³⁹

2.5.2.1 Tilldelad leverantörs rätt att inleda ny överprövningsprocess

En tilldelad leverantör som uteslutits i en överprövning har haft rätt att begära överprövning av det nya tilldelningsbeslut som har fattats av den upphandlande myndigheten efter domen om uteslutning. Exempel på detta finns bland annat i Kammarrätten i Stockholms mål nummer 4625-11 och Kammarrätten i Göteborgs mål nummer 3229-11. Domstolarna grundar sina domar på det resonemang HFD förde i HFD 2011 not 64 "Röke Buss", se

³⁸ Prop. 2009/10:80 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet, s. 126

³⁹ Se Asplund m.fl. s. 102 ff. och Rosén Andersson, Lagen om Offentlig Upphandling (18 november 2015, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 4 § under rubriken Kammarrättspraxis.

avsnitt 2.6.1.5. Likt Röke Buss fallet grundar kammarrätterna talerätten på att förvaltningsrätterna inte berett tilldelad leverantör möjlighet att yttra sig enligt 10 § FPL i den första överprövningen och därför ska ha möjlighet att yttra sig i en ny överprövningsprocess.

2.5.2.2 Tilldelad leverantörs talerätt mot domar som innebär upphandling ska göras om eller liknande rättelse

Efter domen HFD 2012 ref. 2 har kammarrätterna fortsatt anse att tilldelad leverantör inte har rätt att träda in i målet eller erhålla talerätt gentemot domen. Detta beror på att ett beslut om att göra om upphandlingen inte anses ha sådan precis och påtaglig betydelse för tilldelad leverantörs ställning som anbudsgivare för att denne ska kvalificera för talerätt enligt 33 § FPL.⁴⁰

En liknande situation uppstår när förvaltningsrätten beslutat om rättelse som innebär att antingen kvalificeringsfasen eller utvärderingen ska göras om och instruktionerna behandlar hur denna ska genomföras genom exempelvis vägningen av anbudskriterierna. I exempelvis Kammarrätten i Göteborgs avgörande 4528-12 nekades leverantör talerätt då överprövningen inte direkt behandlade huruvida den tilldelade leverantören ska uteslutas utan hur anbudsvärderingen skett i sig.⁴¹

⁴⁰Se Asplund m.fl., 2012, s. 106 och de under not 262 däri hänvisade avgörandena.

⁴¹Se Rosén Andersson, Lagen om Offentlig Upphandling (18 november 2015, Zeteo), kommentaren till 16 kap. 4 § under rubriken Kammarrättspraxis.

3 Några uttalanden i doktrin rörande valet av åtgärd och överklagbarhet

Av intresse är också konsekvenserna av HFD:s avgörande och hur dessa diskuterats i doktrin. Andrea Sundstrand kritiserar i sin artikel *Talerätt för vinnande leverantör - valfritt för domstolen?* förvaltningsrätternas metod att beskriva hur rättelser ska ske i domskälen och inte i domsluten. Det är nämligen så att medan ett domslut är överklagbart så är domskäl som huvudregel inte det.⁴² Kammarrätterna har i flera mål som Sundstrand hänvisar till avvisat överklagande från tilldelade leverantörer i dessa överprövningar där dessa i praktiken blivit uteslutna i domskälen. Enligt Sundstrand så är det endast Göteborgs och Stockholms kammarrätt som tillerkänner tilldelade leverantörer talerätt i dessa fall eftersom hur överprövningen ska rättas i princip dikterats i domskälen.⁴³ Jag tolkar Sundstrand så att hon menar att detta är ett kringgående av den utvidgning av talerätten som HFD:s plenumavgörande HFD 2011 ref. 29 resulterade i.

Asplund m.fl. diskuterar också uteslutning i domskäl kontra domslut men lyfter fram ett rättsfall som Sundstrand inte lyfter fram, nämligen RÅ 2006 ref. 21. Rättsfallet, till skillnad från den rättspraxis Sundstrand lyfter fram, är förvaltningsrättsligt och stadgar att regeln om att domskäl inte kan överklagas är en huvudregel, och att om domskälen har självständiga rättsverkningar kan talan föras mot dessa.⁴⁴

Asplund m.fl. framför också hypotesen att om en överprövning behandlar den potentiella ogiltigheten av ett avtal borde den leverantör som ingått

⁴² Se NJA 1995 s. 152.

⁴³ Se Sundstrand, Andrea, *Europarättslig tidskrift*, nr 2 2014, s. 297. Kammarätten i Sundsvalls mål nr 1162-15 visar att kritiken fortfarande är aktuell. Kammarätten avvisade däri vinnande leverantörs överklagande av en överprövningsdom om rättelse på grund av förvaltningsrätten beskrev hur en ny anbudsutvärdering skulle göras beskrevs i domskälen, med innebörden att den överklagandes anbud inte skulle beaktas, medan domslutet endast förordnade om rättelse genom ny anbudsprövning.

⁴⁴ Asplund, 2012, s. 323 f.

avtalet beredas partsinträde och därmed talerätt i målet. Detta eftersom det inte kommer finnas en säker möjlighet att ansöka om ny överprövning, och ingreppet i dessa situationer sker i redan etablerade rättsförhållande mellan den avtalsslutande myndigheten och leverantören. Utan praxis eller lagstiftning påpekar Asplund m.fl. att frågan i nuläget saknar svar och att rättsläget är oklart.⁴⁵

⁴⁵ Asplund m.fl., 2012, s. 106 ff.

4 Undersökning av kammarrättsdomar

4.1 Framtagandet av underlaget

För att ta fram ett underlag av kammarrättsdomar om överprövning enligt LOU använde jag mig av Karnovs Rättsdatabas som enligt sin egen hemsida tillhandahåller samtliga kammarrättsdomar.⁴⁶ Via sökfunktionen valde jag ut kriterierna "Kammarrätterna" och "Näringsrätt" som rättsområde.⁴⁷ Tre kammarrättsdomar om överprövning var inte märkta som "Näringsrätt" utan endast "Offentlig Upphandling" och behandlade inte prövningstillstånd.⁴⁸ Dessa är medtagna i undersökningen som de fyra sista domarna, se bilagan.

Jag begränsade min undersökning till kammarrättsdomar som publicerats under 2015. Eftersom Karnovs sökfunktion inte skiljer på domar och beslut finns även avvisningsbeslut med i underlaget men dessa har inte studerats närmare än att kammarrättens avgörande har fastställts. Resultatet av undersökningen redovisas i bilagan och i listan finns totalt 128 kammarrättsdomar/beslut.

4.2 Undersökningen

I undersökningen av domarna var min ursprungliga frågeställning att granska hur kammarrätterna har tillämpat den praxis som ovan har presenterats. Jag valde att fokusera på de domar där domstolens beslutat om åtgärd i överprövningar av upphandling och inte de som behandlat ogiltigförklaring av avtal mellan leverantör och upphandlande myndighet. I bilagan finns alltså fyra kolumner där information ges om avgörandets

⁴⁶ <https://www.karnovgroup.com/360-information/rattspraxis>, hämtat 2 Januari 2015.

⁴⁷ https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se:2443/document_categories/praxis?document_category=kammarraettern_a&topiccode%5B%5D=12, hämtad 2 Januari 2015.

⁴⁸ Domar om prövningstillstånd är inte relevanta för denna undersökning.

målnummer, kammarrättens beslut om åtgärd och vilken åtgärd den i så fall har valt.

Av målen resulterade 27 i att kammarrätten beslutade om åtgärd, varav det i 12 förordnades om rättelse och i 15 förordnades att upphandlingen borde göras om. I domarna om rättelse fann jag tre olika sorters domslut: Ett anbud hade blivit felaktigt förkastat och bolaget som överprövat skulle få sina anbud beaktade i en ny utvärdering; domslutet namngav en leverantör vars anbud inte skulle beaktas i en ny utvärdering eller att domslutet förordnade om att en ny utvärdering skulle ske enligt domskälen. I och med att RÅ 2002 ref. 15 fortfarande gäller så kan inte andra leverantörer ha talerätt gentemot domar om att förkastade anbud ska beaktas. Inte heller i domar där domslutet namnger leverantören vars anbud inte ska beaktas finns några oklara talerätsfrågor, i och med HFD 2011 ref. 29 har en sådan leverantör talerätt. Mot bakgrund av Sundstrands kritik förtjänar de kvarstående domarna om rättelse enligt domskälen en mer genomgående genomlysning.

De tre domar som kvarstår är avfattade av kammarrätten i Göteborg. I avgörande 3512-15 förordnar kammarrätten i domskälen att en namngiven leverantörs anbud inte ska beaktas vid den nya utvärderingen på grund av att denna inte har mött ett obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten i Göteborg agerar på samma sätt i målen 5566-14 och 1641-15 och beordrar i domskälen att rättelse ska ske genom att ny anbudsvärdering genomförs där en i domskälen namngiven leverantörs anbud ej ska beaktas. Detta handlande ska dock placeras i kontexten av att Kammarrätten i Göteborg är den enda som undgår kritik av Sundstrand, se avsnitt 3 ovan. Kammarrätten i Göteborg tillerkänner nämligen enligt Sundstrand leverantör talerätt även när denne utesluts i domskälen.

Domarna om där domslutet innebar att domarna skulle göras om stämde överens med befintlig praxis och eftersom rättsläget gällande talerätsfrågor

är enstämmigt, nämligen att dessa inte medger talerätt eller partsinträde för tredje man, så fann jag här ingenting substantiellt att uppmärksamma.

5 Analys och slutsats

I denna del kommer jag sammanfatta och analysera rättsläget, presentera vilka slutsatser jag dragit av min undersökning och uppmärksamma vissa otillfredsställande oklarheter i rättstillämpningen.

5.1 Leverantörs talerätt mot upphandlande myndighets beslut

Leverantörers talerätt mot beslut fattade av den upphandlande myndigheten regleras i LOU och innebär att en person, juridisk eller fysisk, som utgör en potentiell leverantör för upphandlingen har möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingar och avtal. Den rådande ordningen överensstämmer med EU-praxis, se avsnitten 2.3.3 och 2.5.1 och exempelvis tillämpas de kriterier som fallet *Stadt-Halle* sätter upp för överklagbara beslut.

5.2 Leverantörs talerätt mot domar om överprövning

Rättsläget angående leverantörers talerätt mot domar är mer oklart. Som utgångspunkt gäller att domen måste ha en precis och påtaglig verkan för en leverantör för att tillge denne talerätt. Ansökande leverantör är tillförsäkrad talerätt mot domen i den mån domstolen avslår alla dess yrkanden på grund av leverantörens partsställning i målet. Denne har däremot inte talerätt mot målet om domstolen väljer att göra om upphandlingen när leverantören ansökt om rättelse eftersom detta inte anses gå denne emot.

När det gäller tredjemansinträde i överprövningar förändrades rättsläget i och med rättsfallet HFD 2011 ref. 29. Medgivningen av talerätt i målet till

en leverantör som blivit utesluten i en överprövning blev dock inskränkt i senare mål, se avsnitten 2.5.1.6 - 2.5.1.7. Ur fallen HFD 2011 ref. 85 och HFD 2012 ref. 2 kan lärdomen dras att talerätt till tredje man inte ges när överprövningen rör felaktigheter i upphandlingen som inte rör en enskild leverantörs anbud utan genomförandet i sig. För att leverantören ska beredas inträde och talerätt enligt 10 § och 33 § FPL i överprövningen krävs alltså att denne blir direkt och påtagligt påverkad av domen på så sätt att denne riskerar att uteslutas av domstolens rättelse. Om överprövningen görs om eller rättelsen rör hur anbudvärdering skett i allmänhet och inte beaktande av ett särskilt anbud får inte tilldelad leverantör eller någon annan leverantör talerätt eftersom ett sådant beslut inte påverkar denne i tillräcklig mån.

Rättsläget blev inte mycket klarare av plenumavgörandet. Anmärkningsvärt är att den lösning justitierådet Nord föreslog, att den uteslutne leverantören kunde ansöka om överprövning av nästa tilldelningsbeslut, förordades av HFD i det senare avgörandet HFD 2011 not 64. Mot bakgrund av de oklarheter som har uppstått angående res judicata till följd av målen, kanske denna lösning varit att föredra. Mot detta måste det faktum ställas att det finns goda skäl för praxisändringen. Det är enklare för alla inblandade parter att få frågan prövad i en och samma överprövning, om än i olika instanser, än att istället vänta på ett nytt tilldelningsbeslut och överprövning av detta.

Den kvarstående frågan är om den nuvarande svenska ordningen är kompatibel med EU-rätten, och dess krav på effektiva rättsmedel. Antagligen är den det, en leverantör som inte erkänns tredjemansinträde och talerätt har ju istället möjlighet att överpröva det nya beslut som fattas av den upphandlande myndigheten i följderna av överprövningsbeslutet. Inskränkningen av denna möjlighet torde vara minimal, både på grund av vad som redogjorts för ovan om denna möjlighet, se framförallt HFD 2011 not 64 och HFD:s negativa inställning till en mer extensiv tillämpning av res judicata i överprövningar. Det nuvarande rättsläget borde därmed säkra EU-rättens genomslag.

5.3 Analys av undersökningen

Den undersökning jag gjort visar att Sundstrands kritik fortfarande är aktuell och att det kvarstår en skillnad i hur kammarrätten behandlar uteslutning i domslutet kontra domskälen. Jag anser att presumtionen om att domskäl inte ska kunna överklagas tillmäts för stor vikt i mål där det klart och tydligt framgår att en leverantörs anbud ej ska beaktas enligt domskälen. Domen får trots allt samma effekt som om samma sak skett i domsluten och det blir, med Sundstrands ord, valfritt för domstolen om de berörda leverantörerna ska ha talerätt.

I brist på vägledande avgöranden från HFD eller lagstiftning går det dock inte att avgöra vilket förhållningssätt som är korrekt. Däremot går det att konstatera att den nuvarande situationen med kammarrätter som på ett rutinmässigt sätt beslutar olika på grund av skillnader i hur domar skrivs i identiska situationer inte är tillfredställande. HFD:s uttalande om att talerätten ska avgöras av domstolarna med utgångspunkt i det enskilda fallet kan därmed ha öppnat upp för en inkonsekvent tillämpning, där kammarrätt och förvaltningsrätter använder presumtioner om icke-överklagbara domskäl för att undvika nya överklagningar.

5.4 Slutsats

Sammanfattningsvis har gällande rätt redogjorts för och oklara frågor uppmärksamats. HFD:s kursändring var eftersträvad, framförallt av förenklings och processekonomiska skäl och resulterade i en mängd nya rättsfall som delvis klargjorde det nya rättsläget. De slutsatser jag drar av min undersökning av kammarrättsdomar visar dock på ett svalt mottagande av utökningen av talerätt hos vissa domstolar genom att talerätt förhindras hos andra leverantörer än den ansökande genom uteslutning i domskälen. Personligen ser jag inget hinder mot att talerätt ges till leverantör som uteslutits i domskälen utan att detta snarare är en rimlig slutsats till följd av innebörden av besluten. Det kan vara att föredra att uteslutning skrivs direkt

i domsluten, med förutsättningen att så också sker i alla fall, men i vilket fall är den nuvarande osammanhängande tillämpningen otillfredsställande.

Bilaga

Kammarrättsavgörandes målnummer	Beslut om rättelse/omgörning i KamR:s domslut	Rättelse	Göras om
6373-15	Nej		
6372-15	Nej		
639-15	Ja		Ja
7160-15	Nej		
1984-15	Nej		
2123-15	Ja	Ja	
1024-15	Ja		Ja
6907-15	Nej		
2249-15	Nej		
3512-15	Ja	Ja	
3174-15	Ja	Ja	
5335-15	Nej		
3363-15	Nej		
6695-15	Nej		
1655-15	Nej		
2542-15	Nej		
6420-15	Nej		
5630-15	Nej		
1143-15	Nej		
2473-15	Nej		
682-15	Nej		
1641-15	Ja	Ja	
7332-15	Nej		
1226-15	Nej		
705-15	Nej		
5126-15	Nej		
4163-15	Nej		
1597-15	Ja		Ja
1408-15	Nej		
3383-15	Nej		
7230-15	Nej		
9833-14	Ja		Ja
3209-15	Nej		
3208-15	Nej		
378-15	Ja		Ja
1761-15	Nej		
2844-14	Nej		
6579-15	Nej		

1685-15	Nej		
1562-15	Nej		
6630-15	Nej		
6204-15	Nej		
881-15	Nej		
880-15	Nej		
9843-14	Ja	Ja	
879-15	Nej		
2110-14	Nej		
2109-14	Nej		
2270-15	Ja	Ja	
1061-15	Nej		
1126-15	Nej		
543-15	Nej		
3692-14	Nej		
478-15	Ja		Ja
704-15	Ja	Ja	
8075-14	Nej		
2737-14	Nej		
8521-14	Nej		
1267-14	Nej		
7711-14	Ja		Ja
1798-15	Ja	Ja	
852-15	Nej		
2717-15	Nej		
6787-14	Nej		
1232-15	Nej		
726-15	Ja	Ja	
2902-14	Nej		
1162-15	Nej		
2906-14	Nej		
5930-14	Nej		
3979-15	Nej		
2805-14	Nej		
3418-14	Nej		
2062-15	Nej		
6727-14	Ja		Ja
9825-14	Nej		Nej
787-15	Nej		
6123-14	Ja		Ja
2769-15	Ja		
9894-15	Nej		
2200-15	Nej		
1636-15	Ja		Ja

5808-14	Ja		Ja
693-15	Nej		
652-15	Nej		
268-15	Ja		Ja
6593-14	Nej		
3084-15	Nej		
5566-14	Ja	Ja	
5090-14	Nej		
499-15	Nej		
363-15	Nej		
6869-14	Ja	Ja	
1053-15	Nej		
2701-14	Nej		
6794-14	Nej		
3051-14	Nej		
2486-14	Nej		
5547-14	Nej		
2484-14	Nej		
203-15	Nej		
2947-14	Nej		
241-15	Nej		
6027-15	Nej		
3684-14	Nej		
2920-14	Nej		
9818-14	Ja		Ja
6249-14	Nej		
9880-14	Nej		
602-15	Nej		
4656-14	Nej		
2278-14	Ja		Ja
6035-14	Nej		
3671-14	Nej		
2858-14	Nej		
9252-14	Nej		
6806-14	Nej		
1767-14	Nej		
4179-14	Nej		
6446-14	Nej		
4076-14	Nej		
2358-14	Nej		
5539-14	Nej		
6331-14	Nej		
9873-14	Nej		

85-15	Nej		
8141-14	Nej		
6580-15	Nej		

Käll- och litteraturförteckning

Primär- och sekundärrätt

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

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 anläggningsarbete

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

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

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

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

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Betänkanden

SOU 2015:12 Överprövningsmål av upphandling m.m.

Litteratur

Böcker

Asplund, Anders & Ehn, Magnus & Johansson, Daniel & Erik Olsson, *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 1:a upplagan, Jure Förlag, 2012.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5:e upplagan, Norstedts Juridik, 2014.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*, 1:a upplagan, Studentlitteratur, 2013.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens Grunder*, 3:e upplagan, Jure Förlag, 2013.

Rosen Andersson, Helena & Mühlenbock, Eva-Maj & Willquist, Henrik & Piper, Catharina, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, version den 30 Juni 2014, andra upplagan (hämtad den 18 November 2015, Zeteo).

Wennergren, Bertil & Von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: En kommentar*, version den 1 September 2015, 6:e upplagan med tillägg och ändringar (hämtad den 15 November 2015).

Artiklar

Lavin, Rune, *En överraskande svängning i upphandlingsprocessen - Plenimålet HFD 2011 ref. 29*, Förvaltningsrättslig tidskrift, 2008, s. 463.

Sundstrand, Andrea, *Talerätt för vinnande leverantör - valfritt för domstolen?*, Europarättslig tidskrift, nr 2 2014, s. 289.

Övriga källor

<https://www.karnovgroup.com/360-information/rattspraxis>, hämtat 2 Januari 2015.

https://pro-karnovgroup-se.ludwig.lub.lu.se:2443/document_categories/praxis?document_category=kammarrateterna&topiccode%5B%5D=12, hämtad 2 Januari 2015.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Domstolens dom den 15 juli 1964 i mål C 6/64 - Flaminio Costa mot E.N.E.L.

Domstolens dom den 16 december 1976 i mål C-33/76, Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland

Domstolens dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle m.fl. mot Arbeitgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna

Dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern, REG 2007

Domstolens dom (stora avdelningen) den 13 april 2010 i mål C-91/08, Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main och Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.

Domstolens dom (andra avdelningen) den 22 december 2010 i mål C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland.

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2002 ref. 15

RÅ 2005 ref. 47

RÅ 2007 not. 131

HFD 2011 ref. 29

HFD 2011 not. 64

HFD 2011 ref. 85

HFD 2012 ref. 2

HFD 2013 ref. 24

Kammarrättsavgöranden

Kammarrätten i Göteborgs mål nummer 3229-11

Kammarrätten i Stockholms mål nr 4625-11

Kammarrätten i Göteborgs mål nummer 4528-12

Kammarrätten i Göteborgs mål nummer 5566-14

Kammarrätten i Göteborgs mål nummer 1641-15

Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1162-15

Kammarrätten i Göteborgs mål nummer 3512-15