



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jakob Mideljung

Upphandlare utan gränser

Tillämplig offentligrättslig och civilrättslig lag vid gränsöverskridande
upphandlingar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Michael Bogdan

Termin för examen: Period 1 HT2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund och problembeskrivning	6
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod	10
1.5 Material	12
1.6 Forskningsläge	13
1.7 Terminologi	14
1.8 Disposition	15
2 ALLMÄNT OM OFFENTLIG UPPHANDLING	17
2.1 Offentlig upphandling som rättsområde	17
2.2 Avtal enligt upphandlingslagstiftningen	20
2.2.1 Allmänt	20
2.2.2 Annonsering	21
2.2.3 Förfrågningsunderlag	21
2.2.4 Uteslutning, kvalificering och utvärdering	22
2.2.5 Tilldelning	22
3 TILLÄMPLIG OFFENTLIGRÄTTSLIG LAG	24
3.1 Allmänt om internationell offentlig rätt	24
3.2 Kollisionsreglerna i artikel 39 i direktiv 2014/24/EU	26
3.2.1 Inledning	26
3.2.2 Metod 1: Inköpscentraler i andra medlemsländer	27
3.2.3 Metod 2: Gemensamma upphandlingsåtgärder	28
3.2.3.1 Gemensam tilldelning av kontrakt	28
3.2.3.2 Upphandling med gemensam enhet	30

4	TILLÄMPLIG PRIVATRÄTTSLIG LAG	32
4.1	Allmänt om internationell privaträtt	32
4.2	Tillämplig lag enligt Rom I-förordningen	33
4.2.1	Allmänt om Rom I-förordningen	33
4.2.2	Tillämplighet	34
4.2.2.1	Allmänt	34
4.2.2.2	Avtalsförpliktelser	34
4.2.2.3	Avgränsning mellan privaträtt och förvaltningsrätt	35
4.2.3	Partsautonomi	36
4.2.4	Generella regler	36
4.2.4.1	Avtal om varor, tjänster och byggtreprenader	37
4.2.4.2	Blandade avtal	38
4.2.4.3	Artikel 4(3) och 4(4)	39
4.2.5	Den tillämpliga lagens räckvidd	39
4.2.5.1	Allmänt	39
4.2.5.2	Begränsningar i tillämpningen av utpekad lag	40
4.2.5.2.1	Omständigheter vid tidpunkten för valet	40
4.2.5.2.2	Internationellt tvingande regler	40
4.2.5.2.3	Ordre public	41
4.3	Tillämplig lag enligt IKL	41
4.3.1	Allmänt	41
4.3.2	Förhållandet mellan IKL och Rom I-förordningen	42
5	PARTSAUTONOMI INOM UPPHANDLINGSRÄTTEN	44
5.1	Inledning	44
5.2	Upphandlande myndigheters partsautonomi	45
5.2.1	Allmänt	45
5.2.2	Ändring av förfrågningsunderlag	45
5.2.3	Ändring av kontrakt	47
5.3	De nya upphandlingsreglerna	48
6	ANALYS	50
6.1	Specifikt om tillämplig offentligrättslig lag	50
6.1.1	Allmänt om offentligrättsliga kollisioner	50
6.1.2	De offentligrättsliga kollisionsnormerna i det nya upphandlingsdirektivet	51
6.1.3	Myndigheters partsautonomi	52
6.2	Specifikt om tillämplig civilrättslig lag	54
6.2.1	Allmänt om kollisionsreglerna i Rom I-förordningen	54
6.2.2	Myndigheters partsautonomi	55
6.3	Sammanfattande slutsatser	57
	BILAGA A	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60

Summary

Cross-border trade is of special significance to the European cooperation, but public procurement is still mainly a national concern. Cross-border joint public procurement will play an even larger part in a more global world. Such collaboration between contracting authorities may also increase, in order to derive maximum benefit from the potential of the internal market in terms of economies of scale.

The thesis examines the public law conflict rules introduced in directive 2014/24/EU of the European parliament and of the council on public procurement, and the private law conflict rules in Regulation (EC) No 593/2008 of the European parliament and of the council, on the law applicable to contractual obligations. The thesis contains short introductions to each respective subject, in order to later draw parallels between these and create a foundation for further analysis.

A basic premise within private international law is that the parties through their freedom of contract freely can agree upon applicable private law. A contracting authority however, is limited in this regard in that procurement law regulates its actions *in contrahendo*. The thesis will thus also examine how procurement law limits the contracting authority's freedom of contract. This is done mainly by examining the introduction or change of choice-of-law clauses as a substantial modification of the specification, or the contract. Introducing such clauses will probably be considered as a substantial modification.

Public law conflict rules are controversial, but the introduction of such rules has not been problematized by the Swedish law makers. The thesis points out that the application of said rules won't necessarily be problematic, but the difficulty in cross-border collaboration could have been remedied by other, less controversial means.

Sammanfattning

Den gränsöverskridande handeln spelar en central roll för EU-samarbetet, men offentliga upphandlingar är fortfarande en i huvudsak nationell angelägenhet. I en alltmer globaliserad värld kommer dock gränsöverskridande upphandlingar att spela en allt större roll. Likaledes kan gränsöverskridande samarbeten mellan upphandlande myndigheter komma att öka, för att kunna dra nytta av den inre marknadens potential när det gäller stordriftsfördelar.

Detta arbete undersöker de offentlighetsrättsliga kollisionreglerna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, samt de privaträttsliga kollisionreglerna i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008. Gränsöverskridande upphandlingar aktualiserar båda typerna av kollisionregler. Arbetet innehåller kortfattade introduktioner till respektive rättsområde, för att senare kunna dra paralleller mellan dessa och skapa en grund för vidare analys.

Inom internationell privaträtt är utgångspunkten att parterna genom sin avtalsfrihet fritt kan avtala om tillämplig privaträttslig lag. En upphandlande myndighet är dock begränsad genom att upphandlingslagstiftningen reglerar myndigheters agerande *in contrahendo*. Arbetet undersöker därför även hur det upphandlingsrättsliga regelverket begränsar upphandlande myndigheters avtalsfrihet. Detta görs genom en undersökning av införandet eller ändringar av lagvalsklausuler såsom en väsentlig ändring utav förfrågningsunderlaget eller kontraktet. Troligtvis skulle det utgöra en väsentlig ändring.

Offentlighetsrättsliga kollisionregler är kontroversiella, men införandet av dessa har ej problematiserats av den svenska lagstiftaren. Arbetet poängterar att tillämpningen av reglerna inte i sig kommer vara problematiska, men svårigheterna med gränsöverskridande samarbeten hade kunnat underlättas av andra, mindre kontroversiella medel.

Förord

Jag vill börja med att tacka min handledare Michael Bogdan för hans vägledning och stöd under mitt arbete. Jag vill även tacka Ville Gruner för diskussionerna om hur det gränsöverskridande samarbetet mellan Värmek och IS-Hankinta fungerar i praktiken.

Jag vill tacka min familj för det underbara stöd de varit för mig under alla år. Slutligen vill jag tacka brödrskapet för studietiden tillsammans. Jag hade inte klarat det utan er.

Malmö, den 2 januari 2017

Jakob Mideljung

Förkortningar

Bryssel Ia-förordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område
Dir.	Direktiv
EGTS	Europeisk gruppering för territoriellt samarbete
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
EU-stadgan	C-83/389 Europeiska unionens stadga om de grundläggande friheterna
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IKL	Lag (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker
KamR	Kammarrätten
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NLOU	Den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
Prop.	Proposition

Rom I	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelse
Romkonventionen	Konventionen 80/934/EEG om tillämplig lag för avtalsförpliktelser
RÅ	Regeringsrättens årsbok
s.	sida
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund och problembeskrivning

Offentlig upphandling som rättsområde reglerar en myndighets förfarande vid införskaffande av varor, tjänster eller andra nyttigheter. Omfattningen av offentlig upphandling är stor, både vad gäller rättsområdets reglering, samt mängden upphandlingar som det offentliga genomför varje år. Det totala värdet av alla svenska upphandlingar år 2012 uppgick till drygt 625 miljarder kronor, vilket utgör ungefär en femtedel av Sveriges BNP.¹ Motsvarande förhållande gäller för upphandlingar i EU som helhet.²

Ett av de grundläggande syftena med EU är att skapa en gemensam inre marknad på vilken de fyra ekonomiska friheterna gäller: fri rörlighet för varor, tjänster, kapital och personer.³ Friheterna är relevanta endast i sammanhang då det föreligger ett gränsöverskridande intresse, det vill säga om handeln mellan medlemsstater kan påverkas.⁴ Då den gränsöverskridande handeln på den inre marknaden är så central för unionssamarbetet, är även den gränsöverskridande upphandlingen i förlängningen av stor vikt. I praktiken är gränsöverskridande upphandlingar dock fortfarande ovanliga, och av de fåtal tillfällen då det förekommer genomförs endast en låg andel av dessa upphandlingar genom att en utländsk leverantör direkt tilldelas ett kontrakt. Vanligast förekommande är att utländska leverantörer har filialer i det land de önskar medverka i upphandlingar, och lämnar in anbud därigenom.⁵ På så vis kommer leverantörernas anbud ha samma förutsättningar som andra inhemska leverantörers anbud.

Det finns även andra slags upphandlingar med gränsöverskridande element, nämligen sådana där en upphandlande myndighet använder sig av utländska inköpscentraler, eller då myndigheter i två eller fler olika medlemsländer samarbetar för att genomföra en upphandling. Både direkt gränsöverskridande upphandlingar och gränsöverskridande samarbeten ger upphov till frågor om vilket lands lag som ska tillämpas, om än av olika slag. Den första frågan är vilket lands *civilrättsliga* lagstiftning som ska tillämpas på det upphandlade avtalet, och den andra frågan är vilket lands *upphandlingslagstiftning* som ska tillämpas på förfarandet.

Gränsöverskridande samarbeten är ovanliga. Ett av de få exempel i svensk rätt är samarbetet mellan Försvarets materielverk och den norska⁶

¹ Konkurrensverkets rapport 2015:9, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, s. 14.

² Se Sundstrand (2012) s. 15.

³ Se Pedersen (2013) s. 11.

⁴ Se Sundstrand (2012) s. 35.

⁵ EU-kommissionens rapport *Cross-border procurement above EU thresholds*, 2011, s. 97.

⁶ Norge är givetvis inte medlem i EU, men på grund av sitt EES-medlemskap har Norge ändå att följa upphandlings- och rättsmedelsdirektiven. Se EES-kommitténs beslut no

myndigheten Forsvarets Logistikkorganisasjon, genom vilket myndigheterna sökte upphandla ett gemensamt ramavtal om lastbilar från vilket de var för sig skulle kunna göra avrop. Samarbetet och upphandlingen skulle enligt överenskommelse följa norsk upphandlingsrätt. Efter att ett tilldelningsbeslut fattats ansökte en svensk leverantör om överprövning, grundat på det faktum att Forsvarets materielverk inte tillämpat den svenska upphandlingslagstiftningen. Konkurrensverket anmärkte att det vid den tidpunkten var oreglerat i upphandlingsdirektiven, men påpekade att det i det kommande upphandlingsdirektivet framgick det att ett sådant samarbete var tillåtet, varför förfarandet inte ansågs strida mot upphandlingslagstiftningen.⁷ Ytterligare ett exempel på gränsöverskridande samarbete är det mellan svenska Värmek och finska IS-Hankinta, vilket påbörjades under hösten 2016.⁸ I fallen är det fråga om ramavtal, vilket aktualiserar båda frågeställningarna som är relevanta för detta arbete: Vilken offentligrättslig lag som ska vara tillämplig på förvarandet, och vilken civilrättslig lag som ska vara tillämplig på avropsavtalen.

För att upphandlingar på den inre marknaden verkligen ska kunna vara gränsöverskridande och effektiva, måste båda områdena ha tydliga regler för vilket lands lag som ska tillämpas. Tidigare i år trädde Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ikraft, genom vilket tidigare bestämmelser moderniseras och effektiviseras. Inför arbetet med det nya upphandlingsdirektivet konstaterade EU-kommissionen att en förtydning och förenkling av bestämmelserna kring gränsöverskridande upphandlingar var behövligt för att upphandlande myndigheter ska kunna utnyttja den inre marknadens potential.⁹ I det nya upphandlingsdirektivet infördes med anledning härmed nya offentligrättsliga kollisionsregler för att främja gränsöverskridande upphandlingar, och öka fördelarna med den inre marknaden genom att det skapas gränsöverskridande affärsmöjligheter för varu- och tjänsteleverantörer. I beaktandesats 73 påpekas att de offentligrättsliga kollisionsreglerna kompletterar kollisionsreglerna i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 (Rom I-förordningen), som fastställer tillämplig lag för avtalsförpliktelser.¹⁰

Många upphandlande myndigheter är oförberedda på att utländska leverantörer kan delta i upphandlingen. Detta innebär att frågan om vilket lands lag som ska vara tillämplig på det framtida avtalet inte undersöks på förhand. I syfte att värna öppenheten och en god konkurrens tillåter upphandlingslagstiftningen inte att villkor i en redan annonserad upphandling väsentligen ändras. Om en upphandlande myndighet tillför, tar bort eller på annat sätt väsentligen ändrar villkor i förfrågningsunderlaget eller det upphandlade avtalet kan detta utgöra en otillåten direktupphandling. Det är

97/2012; Se även norska prop. 114 S (2015 – 2016) om inlemning av upphandlingsdirektiven i norsk rätt.

⁷ Konkurrensverkets beslut dnr 761/2013.

⁸ Se Eriksson (2016).

⁹ SOU 2011:73 s. 61 – 62.

¹⁰ Beaktandesats 73 direktiv 2014/24/EU.

därför av stor vikt att upphandlande myndigheter beaktar de internationella aspekterna redan i ett tidigt skede av upphandlingsförfarandet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Detta arbete har sin grund i beaktandesats 73 i det nya upphandlingsdirektivet. Vid gränsöverskridande upphandlingar, både när myndigheter samarbetar och när utländska leverantörer deltar i en annars nationell upphandling uppstår det normkonflikter. Dessa kan lösas av kollisionsreglerna i upphandlingsdirektivet och i Rom I-förordningen, men utöver detta även genom att den upphandlande myndigheten avtalar om tillämplig lag. Det övergripande syftet med denna undersökning är att utreda hur tillämplig lag fastställs vid gränsöverskridande upphandlingar. Vidare kommer arbetet att undersöka hur upphandlande myndigheters partsautonomi¹¹ begränsas av det upphandlingsrättsliga regelverket. För att arbetets syfte ska förverkligas kommer följande frågor med tillhörande underfrågor att besvaras:

- Hur fastställs tillämplig offentligrättslig lag vid gränsöverskridande gemensamma upphandlingar?
 - Vad är gällande rätt för fastställandet av tillämplig offentligrättslig lag för upphandlingsförfaranden?
 - Hur ska regleringen tolkas och tillämpas i praktiken?
 - Vilka möjligheter har myndigheter att avtala om tillämplig offentligrättslig lag?
- Hur fastställs tillämplig privaträttslig lag vid gränsöverskridande upphandling?
 - Vad är gällande rätt för fastställandet av tillämplig privaträttslig lag för upphandlade kontrakt?
 - Kan införandet av en lagvalsklausul senare under upphandlingsförfarandet eller under avtalets löptid utgöra en väsentlig ändring?
 - Vilka möjligheter har en upphandlande myndighet att avtala om tillämplig civilrättslig lag?

1.3 Avgränsningar

Föremål för detta arbete är de kollisionsregler som pekar ut tillämplig offentligrättslig lag respektive tillämplig civilrättslig lag. Arbetet kommer dock inte att undersöka tillämplig civilrättslig lag för utomobligatoriskt skadestånd. Det internationella privaträttsliga instrument som är tillämpligt i sådana situationer är Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 (Rom II-förordningen) om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser. Den svenska lagstiftaren erinrar förordningens existens och tillämplighet i lagstiftningsarbetet inför införlivandet av det nya

¹¹ Se avsnitt 1.7 för begreppets innebörd inom ramen för detta arbete.

upphandlingsdirektivet.¹² Förhållandet mellan en upphandlande myndighet och deltagande anbudsgivare har i svensk ansetts vara kvasikontraktuellt, varför en myndighets skadevållande agerande skulle kunna föranleda utomobligatoriskt skadestånd.¹³ Vid gränsöverskridande upphandlingar aktualiseras frågan om vilket lands skadeståndsrätt som ska tillämpas. Trots att detta är en viktig och intressant fråga att utreda, så har den ett närmare förhållande till de rättsmedel som står leverantörer till hands, och mer lämpligen behandlas i ett arbete som rör sådana frågor. En upphandlande myndigheters faktiska möjligheter att på förhand avtala om tillämplig lag vad gäller utomobligatoriskt skadestånd skiljer sig ifrån vad som är fallet i avtalsrelationer, då icke-kontraktuella skador inte är någonting man generellt sett förbereder sig inför. Denna skillnad bidrar ytterligare till att avgränsningen är motiverad.

Gränsdragningen mellan offentlig rätt och civilrätt är öppen för diskussion, men en djupare analys av den faller bortom syftet med denna framställning. Distinktionen kommer därför att beröras endast i förbigående.

Detta arbete kommer att fokusera på den upphandlande myndighetens partsautonomi i upphandlingsförfarandet, och kommer således att inte beröra anbudsgivares förhandlingsmöjligheter. Det är den upphandlande myndigheten som har att beakta de gränsöverskridande elementen i upphandlingen under en upphandlings förberedande fas, när myndigheten tar fram förfrågningsunderlaget. Det är också myndigheten som genom upphandlingslagstiftningen är begränsad i hur och när den kan lägga till eller ändra villkor för ett avtal. En anbudsgivares partsautonomi skiljer sig inte på ett nämnvärt sätt jämfört med andra avtalsituationer annat än genom de begränsningar som åligger myndigheten, varför avgränsningen är motiverad och frågan om anbudsgivares partsautonomi mer lämpligen utreds i ett annat arbete.

Utgångspunkten för undersökningen är till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (NLOU). Hänvisningar kommer dock göras både till den nya lagen och till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den nya lagen trädde i kraft 1 januari 2017, och är därmed gällande rätt först när detta arbete är färdigställt. Någon närmare redogörelse för övriga upphandlingsrättsliga lagar kommer inte att göras. Avgränsningen är motiverad då lagarnas bestämmelser i stor stämmer överens med varandra, samt bygger på samma principer och ställningstaganden. Vad arbetet kan säga om val av tillämplig lag i ett upphandlingsförfarande enligt LOU kommer därför även att vara fallet för övriga upphandlingslagar.

Arbetet kommer att undersöka den begränsade avtalsfriheten i det upphandlingsrättsliga förfarandet, närmare bestämt väsentliga ändringar, såsom en begränsning av den partsautonomi som annars är för handen i internationell privaträtt. Således kommer ingen djupgående analys av vilka ändringar som utgör väsentliga ändringar att företas. Arbetets syfte är inte att

¹² Prop. 2015/16:195 s. 551.

¹³ NJA 1998 s. 873; se även NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349.

undersöka väsentliga ändringar i sig, utan huruvida införandet av lagvalsklausuler kan innebära en väsentlig ändring. Avgränsningen är därför motiverad. Vidare kommer de problem som uppsatsen avser belysa att utgå ifrån ett öppet-, selektivt-, förenklat-, eller urvalsförfarande. Uppsatsen kommer att endast övergripande beskriva det upphandlingsrättsliga förfarandet, då det relevanta för framställningen är vid vilken tidpunkt i upphandlingsförfarandet som en lagvalsklausul kan införas, och inte upphandlingsförfarandet i sig. Möjligheterna att ändra villkor i förfrågningsunderlag skiljer sig något i övriga förfaranden.

Standardavtal kommer inte att kommenteras i detta arbete, trots att de ofta används vid olika typer av upphandlingar. Avgränsningen är motiverad då uppsatsen ämnar undersöka reglerna för att avgöra tillämplig lag och parternas möjlighet att själva reglera detta, och inte att redogöra för olika lösningar som vidtagits på konkreta områden. Det är dock viktigt att erinra om de standardiserade lösningar som finns på området, inte bara vad gäller standardavtal, utan även de mallar som upphandlande myndigheter ofta använder vid utarbetandet av förfrågningsunderlag.

Arbetet kommer inte att innehålla några redogörelser för innehållet i utländsk upphandlingslagstiftning. Detta motiveras av att syftet med uppsatsen är att undersöka de kollisionsregler som kan innebära att utländsk offentlig rätt ska tillämpas på ett upphandlingsförfarande, och inte att redogöra för de olikheter som kan uppstå i enskilda upphandlingsförfaranden som nyttjar möjligheten till det.

Undersökningen kommer att röra frågan om tillämplig lag, och inte den relaterade frågan om domstols jurisdiktion. I viss mån kommer erkännande och verkställighet av utländska beslut att beröras, i relation de verktyg som står lagstiftare till hands vad gäller internationell offentlig rätt. Domsrättsfrågan är egentligen viktig att undersöka i sammanhanget, framför allt vad gäller de nya offentligrättsliga kollisionsreglerna. Både EU-kommissionen och den svenska lagstiftaren har dock valt att inte särskilt reglera frågan om domsrätt vid gränsöverskridande samarbete i upphandlingar, vilket medför att området är oklart. Den svenska lagstiftaren menar att vanliga nationella forumregler kan tillämpas i sådana situationer, men lämnar vissa aspekter att avgöras av rättstillämpningen.¹⁴ På grund av att inga nya domsrättsregler införs med det nya direktivet, och uppsatsens begränsade omfattning, så måste frågan utredas i ett annat arbete.

1.4 Metod

Då de frågor som denna framställning ämnar besvara är rättsvetenskapliga i sin natur, kommer en rättsdogmatisk metod att tillämpas. En rättsdogmatisk metod innebär att gällande rätt rekonstrueras och struktureras, grundat på relevanta rättskällor enligt rättskälleläran. Vilka rättskällor som används för

¹⁴ Se vidare avsnitt 3.2.3.1.

att fastställa gällande rätt skiljer sig rättsordningar emellan. I svensk rätt används ofta lagstiftning, prejudikat, förarbeten, doktrin, och sedvänja eller handelsbruk utifrån deras inbördes dignitet.¹⁵ Det här arbetets forskningsområde har en stor del av sin grund i EU-rätten varför det är nödvändigt att påpeka skillnaderna i de rättskällor som används i EU-rätten jämfört med nationell rätt: I unionsrätten utgör EU-fördragen, de allmänna rättsprinciperna, bindande sekundärrätt, internationella avtal, samt rättspraxis ifrån EU-domstolen och tribunalen så kallade bindande rättskällor. Övriga källor är enbart vägledande.¹⁶

Rättsdogmatikern beskriver gällande rätt och dess struktur, men många rättsvetare framhåller även att rättsdogmatiken, i den mån det är en vetenskaplig metod, samtidigt kan analysera och värdera rättsnormerna utifrån deras funktion och uppbyggnad.¹⁷ Detta innebär att de slutsatser som rättsdogmatiken når inte nödvändigtvis är strikt deskriptiva eller strikt normativa, utan kan omfatta båda delar.¹⁸ Traditionellt sett faller dock detta bortom den rättsdogmatiska metoden, och är snarare uttryck för en rättsanalytisk metod.¹⁹ I detta arbete kommer en rättsanalytisk metod att tillämpas i den mån analysen och slutsatserna inte utgör gällande rätt, utan är ett uttalande om hur rättsläget torde vara. I den mån arbetet tillämpar en rättsanalytisk metod kommer även ett kritiskt perspektiv anläggas.

Rättsdogmatik kan kritiseras för att vara ovetenskaplig, bland annat på grund av de normativa element som den innefattar.²⁰ Beroende på ens kunskapsteoretiska läggning kan det argumenteras att värden och värderingar inte har ett sanningsvärde, utan snarare att de innehar någon form av rationalitet, varför de heller inte kan vara vetenskapliga i strikt bemärkelse. Det förekommer ingen empirisk undersökning eller datainsamling för att på så sätt kunna värdera en rättsnorm. Som motargument mot detta kan anföras att de värderingar som en rättsdogmatiker gör är av en särskild sort, som innebär att det egentligen inte är vetenskapligt problematiskt att påstå att ”rättsnorm X” vore bättre för att uppnå ”värde A”, jämfört med ”rättsnorm Y”. Vidare kan kritik väckas mot att det forskningsobjekt som rättsdogmatikern undersöker är ett normativt system, vars ontologiska karaktär skiljer sig från vad som studeras i ”riktig vetenskap”.²¹ Att så är fallet behöver dock inte innebära att den rättsdogmatiska metoden, eller den

¹⁵ Se Sundstrand (2012) s. 24; jfr även Lehrberg (2016) s. 106 – 110, med Peczenik (1974) s. 49. Författarna har något olika uppfattningar om hur rättskällorna bör ordnas. Lehrberg delar upp dem i auktoritativa och supplerande rättskällor. Peczenik använder sig istället av en indelning där rättskällor ska, bör, eller kan användas för att fastställa gällande rätt.

¹⁶ Se Lehrberg (2016) s. 111 – 112.

¹⁷ Se Jareborg (2004) s. 4; jfr Lehrberg (2016) s. 100; jfr Olsen (2004) s. 116; jfr Sandgren (2007) s. 53.

¹⁸ Se Peczenik (2005) s. 250; se även Lehrberg (2016) s. 203 som även påpekar att *de lege ferenda* kan vara föremål för rättsdogmatikerns slutsatser, vilket dock är ett ovanligt ställningstagande.

¹⁹ Se dock Sandgren (2005) som menar att de undersökningar som rättsdogmatikern utför i praktiken ofta även omfattar den analytiska aspekten, vilket medför att begreppet ”rättsdogmatik” i en begränsad bemärkelse inte längre är lämplig.

²⁰ Se Peczenik (2005) s. 253.

²¹ Se Jareborg (2004) s. 8 – 9.

juridiska forskningen i stort, är ovetenskaplig. Vad rättsdogmatikern och en praktiserande jurist menar när denne talar om gällande rätt är att det föreligger vissa relevanta fakta för handen som har en specifik innebörd i det gällande normativa systemet. En sådan utsaga kan definitivt ha en vetenskaplig grund.²² Det torde inte falla på rättsdogmatikern att argumentera för, eller bevisa nödvändigheten i, de normer varpå den gällande rätten vilar. Det vore snarare ett forskningsämne för rättsfilosofin. Oaktat rättsdogmatiskens vetenskaplighet, kommer den att tillämpas i detta arbete. Avsikten är dock att vara tydlig i vilka delar det är fråga om en beskrivning av gällande rätt, och när det är fråga om en analys eller värdering av sagda gällande rätt.

Denna framställning behandlar frågeställningarna utifrån en upphandlande myndighets perspektiv. Detta är motiverat, i likhet med hur problemformuleringen är avgränsad, utifrån att det är den upphandlande myndigheten som har att beakta frågan om tillämplig lag. Vidare kommer frågeställningarna i arbetet besvaras utifrån ett internt perspektiv, i bemärkelsen att de kommer besvaras inom ramen för gällande rätt. Vissa juridiska problem saknar givna svar i gällande rätt, varför det emellanåt är nödvändigt att anlägga ett externt perspektiv enligt vilket regelbundenheter i rättstillämpningen undersökt i syfte att göra förutsägelser.²³ Så är exempelvis fallet angående vad som anses vara väsentliga ändringar, eller den internationellt privaträttsliga definitionen av varor och tjänster.

1.5 Material

För att tillämpa den rättsdogmatiska metoden är det givetvis relevant att närmare precisera vilka rättskällor som kommer att användas för arbetet. Naturligtvis är lagstiftning den rättskälla som väger tyngs i juridiska sammanhang.²⁴ Det juridiska område som är föremål för detta arbete är dock problematiskt på så sätt att det EU-rättsliga upphandlingsdirektiv som trädde ikraft under året är bindande för medlemsstaterna och har kunnat tillämpas i den mån det har direkt effekt. Dessutom har den tidigare svenska lagstiftningen varit tvungen att tolkas i ljuset av gällande EU-rätt, i enighet med principen om unionsrättens företräde. Den svenska implementeringen av upphandlingsdirektivet blev försenad. Direktivet skulle ha implementerats senast den 18 april 2016, och den nya lagen trädde ikraft i Sverige den 1 januari 2017.²⁵ Lagtexten utgjorde alltså ännu inte gällande rätt under tiden detta arbete skrevs, men referenser görs till den nya lagen, tillsammans med förarbetena till den. Det måste dock också påpekas att förslag till lag ännu inte utgör gällande rätt och därför i strikt bemärkelse inte är material för ett

²² Se Peczenik (1974) s. 201 – 203.

²³ Se Olsen (2004) s. 109; jfr dock Kleineman i *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla*, i Juridisk Tidskrift 1994 – 95, not 16, där det argumenteras för att ett externt perspektiv faller bortom den rättsdogmatiska metoden, även om det utan problem skulle kunna omfattas av en annan rättsvetenskaplig metod.

²⁴ Se Munck (2014) s. 199; se även Lehrberg (2016) s. 119 ff.

²⁵ Se lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

arbete som tillämpar en rättsdogmatisk metod.²⁶ Det kommer dock ändå att användas för att peka på den svenska lagstiftarens tolkning och uppfattning om de nya bestämmelserna. Utgångspunkten för framställningen är upphandlingsdirektivet.

Offentlig upphandling som rättsområde har varit en del av svensk rätt under en tid, men det finns fortfarande en stor brist på vägledande praxis från prejudicerande instans, trots att Sverige är det EU-land med i särklass störst processbenägenhet vid offentlig upphandling.²⁷ Detta medför att arbetet nyttjar praxis från främst kammarrätter, för att exemplifiera domstolars tillämpning av upphandlingsrätten. Arbetet nyttjar både svensk och utländsk doktrin för att belysa olika synvinklar på upphandlingsreglernas tolkningar, varav Sue Arrowsmiths arbete *The Law of Public and Utilities Procurement* är av stor vikt.

Beskrivningen av den internationella privaträtten skiljer sig något från det som används för beskrivningen av offentlig upphandlingen. Lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL) har sin grund i Haagkonventionen från 1955. Då den har inkorporerats i svensk rätt kan klassiska svenska rättskällor användas vid sidan om konventionstexten. Vidare kommer Fawcett, Harris och Bridges verk *International sale of goods in the conflict of laws* att användas som doktrin på området. Rom I-förordningen är i grunden ett EU-rättsligt instrument, varför EU-rättskällor används för det avsnittet, med tydlig fokus på EU-domstolens domar. Michael McParlands bok *The Rome I regulation on the law applicable to contractual obligations* används i stor utsträckning för att belysa tolkningar av regelverket. Vidare är *Giuliano-Lagarde rapporten*,²⁸ som visserligen är hänförlig till Romkonventionen,²⁹ av vikt för tolkningen och förståelsen av Rom I-förordningen. Rapporten används på sätt och vis som ett förarbete, och är således inte bindande som rättskälla, men absolut vägledande.³⁰

1.6 Forskningsläge

Eftersom det nya upphandlingsdirektivet nyligen trätt ikraft är rättsfall och analyser av dess innehåll fortfarande magra. Utöver detta verkar intresset för kollisionsreglerna vid gränsöverskridande gemensamma upphandlingar vara milt. Sue Arrowsmith behandlar reglerna summariskt. Dr Albert Sanchés-Graells, lektor vid University of Bristol, har behandlat reglerna i sin artikel *Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?* och har för avsikt att forska vidare på området. Det kan också kritiserats att den

²⁶ Se Olsen (2004) s. 117.

²⁷ Konkurrensverkets rapport 2013:5 s. 62 – 63.

²⁸ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I. *Official Journal C 282*, 31/10/1980 P. 0001 – 0050.

²⁹ Konventionen 80/934/EEG om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

³⁰ Se McParland (2015) s. 130.

svenska lagstiftaren i förarbetena till den nya upphandlingslagstiftningen inte problematiserat kollisionsreglerna.

Henrik Wenander i *Erkännande av utländska förvaltningsbeslut* och Vilhelm Persson i *Rättsliga ramar för gränsöverskridande samarbete: förvaltningsmyndigheters internationella avtalsförhållanden* har både skrivit om de internationella aspekterna i den offentliga rätten i allmänhet, och myndigheters kompetens att ingå avtal som är underkastade ett annat lands lag. Detta knyter i viss mån an till de offentlighetsrättsliga kollisionsreglerna, och myndigheters partsautonomi allmänhet.

Vad gäller det privaträttsliga lagvalet är de regelverk som tas upp inom ramen för det här arbetet äldre än upphandlingsdirektivet, och har en lång historia under vilken klagande praxis och välargumenterade rättsanalyser kunnat ackumuleras. Vad som i praktiken redogörs för i arbetet är kollisionsreglerna för de typer av avtal som upphandlande myndigheter typiskt sett ingår, och vilka rättsliga ramar som myndigheter har att förhålla sig till i sin partsautonomi. Detta är ett område som måste anses väl utforskat, om än inte genom ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Partsautonomi inom upphandlingsförfarandet har varit föremål för forskning, bland annat av Arrowsmith, nämnd ovan. Fredrik Morawetz, doktorand vid Lunds universitet, har undersökt förhållandet mellan avtalsrätten och det nya upphandlingsdirektivets bestämmelser om väsentliga ändringar i sin artikel 36 § *avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt*. Även detta område har alltså varit föremål för forskning. Det har dock aldrig vidtagit en övergripande beskrivning av kollisionsreglerna och hur partsautonomi ska beaktas i både den offentlighetsrättsliga och den privaträttsliga delen av en upphandling.

1.7 Terminologi

I arbetet kommer ett antal begrepp som kanske inte har en självklar innebörd för en läsare som endast är bekant med ett av de områden som behandlas i detta arbete. Dessutom är det lämpligt att klargöra begreppens innebörd i de fall då dess betydelse kan skifta beroende på i vilket juridiskt område det används.

Till att börja med kommer begreppen *privaträtt* och *civilrätt* används synonymt.

Begreppet *partsautonomi* kan ha många olika betydelser beroende på dess sammanhang, men inom ramen för detta arbete kommer det att användas för att endast hänvisa till avtalsparternas rätt att ingå ett juridiskt bindande avtal angående vilket lands lag, eller vilka rättsregler, som ska vara tillämpliga på deras avtalsförhållande.³¹

³¹ Se Bogdan (2016) s. 119.

Avtalsparter kan genom *dépeçage* låta två eller flera olika rättsordningar vara tillämpliga på olika delar av ett och samma avtal.³²

Med *lagval* åsyftas i detta arbete *parternas val* av tillämplig lag. I upphandlingsrättsliga sammanhang används begreppet ofta för att tala om vilken upphandlingsrättslig lag som är tillämplig på ett särskilt upphandlingsförfarande. Likaledes kan begreppet ha en mer generell innebörd i internationell privaträtt. Inom ramen för detta arbete kommer det dock att användas endast i denna mer begränsade bemärkelse för att öka tydligheten.

Arbetet kommer i stor del beröra *det nya upphandlingsdirektivet*, vilket åsyftar Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Det bör erinras att ett liknande direktiv finns avseende försörjningssektorerna, men det faller bortom föremålet för detta arbete.

Inom ramen för detta arbete kommer begreppet *gränsöverskridande upphandling* att användas både för gränsöverskridande samarbeten, för upphandlingar där utländska leverantörer medverkar, och för upphandlingar där en utländsk leverantör har tilldelats ett kontrakt. Det viktiga i sammanhanget är det gränsöverskridande elementet vilket ger upphov till den normkonflikt vilken kollisionreglerna ämnar lösa.

Arbetet kommer hänvisa både till den äldre och den nya upphandlingslagstiftningen. I löptexten kommer begreppen *LOU*, *upphandlingslagstiftningen* och *den nya upphandlingslagstiftningen* att användas, där det sistnämnda används i syfte för att påvisa en nyhet. I fotnoter kommer dock lagrum i både den gamla och den nya lagen att anges, där den äldre lagen anges som LOU och den nya lagen som NLOU.

1.8 Disposition

Denna framställning är uppdelad i sex delar. Kapitel 2, 3 och 4 beskriver konkreta bestämmelser. Kapitel 5 undersöker vad som kan utgöra väsentliga ändringar, utifrån perspektivet att detta begränsar den upphandlade mysighetens partsautonomi.. Eftersom arbetet behandlar tre olika rättsområden, vilka sällan undersöks tillsammans, så kommer en kortare introduktion till de mer väsentliga delarna av rättsområdena att beskrivas.

Kapitel 2 innehåller kort beskrivning av det upphandlingsrättsliga regelverket, och de principer det bygger på. Det förekommer även en kortare beskrivning av hur kontrakt ingår enligt upphandlingslagstiftningen.

³² Se Bogdan (2016) s. 121.

Kapitel 3 beskriver det nya upphandlingsdirektivets offentligrättsliga kollisionsregler, samt hur den svenska lagstiftaren implementerat och tolkat dem i den nationell rätt.

Kapitel 4 redogörs för de internationell privaträttsliga kollisionsregler som är av vikt för upphandlande myndigheter. Beskrivningen inbegriper Rom I-förordningen och lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL).

Kapitel 5 beskriver den begränsade partsautonomi som upphandlingsrätten ger upphov till.

Kapitel 6 innehåller en analys av rättsläget, och sammanfattande slutsatser. Regelverken inom respektive rättsområde analyseras separat.

2 Allmänt om offentlig upphandling

2.1 Offentlig upphandling som rättsområde

Offentlig upphandling som rättsområde befinner sig någonstans mellan offentlig rätt och civilrätt. Upphandlingsdirektiven och den svenska implementeringen är en förfarandelagstiftning, med offentligrättsliga bestämmelser riktade till den upphandlande myndigheten i syfte att frammana ett civilrättsligt avtal. Den första delen av en upphandling utgörs av behovsanalys, framtagande av förfrågningsunderlag, mottagandet av anbud, utvärdering av dessa och slutligen tilldelning av kontrakt till den eller de anbudsgivarna med det vinnande anbudet. Den andra delen av en upphandling, kontraktssdelen, är ett vanligt civilrättsligt avtalsförhållande mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande anbudsgivaren. Det kan dock vara svårt att dra en klar skiljelinje mellan de olika delarna av en upphandling utan att samtidigt göra sig skyldig till en förenkling.

Warnling-Nerep menar att på grund av att upphandlingsrätten över tiden har fått en alltmer offentligrättslig prägning kan vissa åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar under upphandlingsförfarandet betraktas som myndighetsutövning, i synnerhet tilldelningsbeslutet.³³ Typiskt sett är det fråga om myndighetsutövning när en myndighet utövar sin befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet, disciplinpåföljd eller annat jämförbart förhållande.³⁴ Den allmänt vedertagna uppfattningen kring myndighetsutövning i upphandlingsförfarandet är dock den motsatta, att offentlig upphandling är en del av myndighetens kommersiella verksamhet.³⁵ Det upphandlingsrättsliga regelverket sätter upp ramar för vilka typer av avtal myndigheter kan ingå, under vilka förutsättningar, samt hur myndigheter kan agera i avtalsfasen. Ett avtals rättsverkningar faller dock under varje medlemsstats respektive avtalsrätt.³⁶ Innan en upphandling har avslutats och avtal har tecknats föreligger det ett kvasikontraktuellt förhållande mellan den upphandlande myndigheten och presumtiva anbudsgivare, sådant att myndighetens agerande i strid mot LOU kan medföra rätt till skadestånd som om en avtalsrelation faktiskt varit för handen.³⁷ Warnling-Nerep menar att detta förhållande snarare är att betraktas kvasi-offentligrättslig, där den upphandlande myndigheten innehar en maktposition i förhållande till de

³³ Se Warnling-Nerep (2006) s. 397 – 404.

³⁴ Se Strömberg och Lundell (2014) s. 19.

³⁵ HFD Mål nr 471 – 11; jfr med Lagrådets uttalande i prop. 2006/07:128 s. 598, där det framhålls att det anses ”klart” att offentlig upphandling inte är fråga om myndighetsutövning.

³⁶ SOU 2014:51 s. 318.

³⁷ NJA 1998 s. 873; Se även NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349.

presumtiva anbudsgivarna, varför situationen snarare bör förstås som skadeståndsansvar till följd av skada vållat fel eller försummelse vid myndighetsutövning.³⁸ Oaktat vilket, så förekommer det inslag av både avtalsrättsliga och offentlighetsrättsliga aspekter under hela upphandlingen, men det anses åtminstone otvistigt att avtalsförhållandet mellan myndighet och den leverantör som vinner upphandlingen är civilrättslig.³⁹

Ur de friheter som regleras i EU-fördragen härleds EU:s rättsprinciper. Dessa principer har som syfte att komplettera tolkningen av unionsrätten, och har även i flertalet fall uttryckligen blivit kodifierade i EU:s rättsakter, däribland det nya upphandlingsdirektivet.⁴⁰ I det nya direktivet framgår det dessutom att upphandlingar inte får vidtas på sådant sätt att konkurrensen snedvrids. Detta har redan varit en del av det upphandlingsrättsliga regelverket, då snedvriden konkurrens utgör ett hinder mot de fyra friheterna, trots att det inte framgått ur direktivtexten tidigare. Införandet av en sådan bestämmelse har dock ett tydligt signalvärde.⁴¹ De uppräknade principerna är heller inte uttömmande.⁴² lista Nedan följer en kortfattad redogörelse för de EU-rättsliga principernas innehåll.

- a) För att den inre marknaden ska fungera och för att säkerställa de fyra friheterna, så är diskriminering baserat på nationalitet uttryckligen förbjudet i funktionsfördraget.⁴³ Principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet innebär för upphandlingsrättens vidkommande att alla leverantörer som vill delta i en upphandling ska behandlas lika, oavsett om de är inhemska eller utländska. Förbudet innefattar både direkt diskriminering, exempelvis genom att man inte tillåter att utländska leverantörer deltar, och indirekt diskriminering, exempelvis genom att uppställa krav på leverantörerna som endast leverantörer från det egna medlemslandet kan uppfylla.⁴⁴
- b) Principen om likabehandling innebär att lika fall ska behandlas lika och att olika fall ska behandlas olika, om det inte finns objektivt godtagbara skäl för undantag.⁴⁵ Principen är härledd ur det fördragsgrundade förbudet mot diskriminering baserat på nationalitet. Skillnaden gentemot principen om icke-diskriminering är att principen om likabehandling är mer omfattande, och innefattar förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.⁴⁶
- c) Proportionalitetsprincipen innebär att de åtgärder som en medlemsstat, eller upphandlande myndighet, vidtar inom ramen för en upphandling ska vara lämpliga och nödvändiga med hänsyn till det

³⁸ Se Warnling-Nerep (2006) s. 40.; jfr skadeståndslagen (1972:207) 3 kap. 2 §.

³⁹ Se avsnitt 4.2.2.3 angående begränsningar i Rom I-förordningens tillämplighet.

⁴⁰ Artikel 18 2014/24/EU; jfr Artikel 18 FEUF; se även Sundstrand s. 42.

⁴¹ Prop. 2015/16:195 s. 426 – 428.

⁴² Prop. 2006/07:128 s. 157.

⁴³ Artikel 18 FEUF.

⁴⁴ Mål C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, EU:C:1988:422, punkt 30.

⁴⁵ Se Bergström och Hettne (2014) s. 204.

⁴⁶ Se Sundstrand (2012) s. 38 – 45.

resultat man vill uppnå. Om en mindre ingripande åtgärd hade kunnat vidtas för att nå samma effekt, så vore den åtgärden att föredra. För offentlig upphandling innebär principen bland annat att upphandlande myndigheter inte får ställa högre krav än nödvändigt för att uppnå ett visst mål.⁴⁷

- d) Principen om öppenhet innebär att upphandlingar ska vara transparenta och förutsägbara.⁴⁸ Information får inte hemlighållas från leverantörerna, och den information som tillhandahålls ska vara tydlig och klar. Exempelvis kan förfrågningsunderlaget inte vara utformat på ett sätt som kräver att anbudsgivare har kunskap om nationell lagstiftning för att kunna förstå upphandlingskontraktets omfattning och objekt.⁴⁹ Förfarandet ska vara öppet för fri konkurrens och dess opartiskhet ska kunna kontrolleras.⁵⁰ Principen inbegriper också att den upphandlande myndigheten måste förmedla information till deltagarna i upphandlingen på ett sätt som innebär att de direkt kan förstå vilka krav som ställs i upphandlingen.⁵¹

- e) Principen om ömsesidigt erkännande har sin grund i C-120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, där nationella bestämmelser i Tyskland förbjöd försäljning av likör med en alkoholhalt lägre än 15 – 25%, vilket innebar att den importerade likören Cassis de Dijon från Frankrike inte kunde saluföras, vilket ansågs utgöra ett handelshinder. Enligt principen om ömsesidigt erkännande innebär att bevis, certifikat och andra liknande kvalifikationer utfärdade i en medlemsstat ska erkännas i andra medlemsstater.⁵² För upphandlingsrätten innebär principen att en upphandlande myndighet inte kan ställa krav på att en leverantör ska ha en svensk utbildning, eller ha ett svenskt certifikat, utan att samtidigt godkänna motsvarande certifiering från leverantörens hemland.⁵³ Principen om ömsesidigt erkännande relaterar även till den internationella offentliga rätten, vilket kommer att kommenteras nedan.

Den svenska lagstiftaren valde att implementera de äldre upphandlingsdirektiven i två olika lagar: dels LOU, dels lagen (2016:1146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

⁴⁷ Se exempelvis Mål C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, EU:C:2005:644, punkt 43.

⁴⁸ Prop. 2009/10:180 s. 90.

⁴⁹ Mål C-423/07 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*, EU:C:2010:211, punkt 64 – 74.

⁵⁰ Mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG*, EU:C:2005:605, punkt 49. I målet klargörs även att principen om öppenhet härleds ur kravet på likabehandling och icke-diskriminering.

⁵¹ Se Arrowsmith (2014) s. 623.

⁵² Mål C-120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42.

⁵³ Prop. 2009/10:180 s. 90.

ikraft (LUF).⁵⁴ Vidare finns även den mindre lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Rättsmedelsdirektiven har implementerats som egna kapitel i vardera lag.⁵⁵ De rättsmedel som står till parternas förfogande enligt LOU är exempelvis överprövning av en upphandling, överprövning av ett avtals giltighet, och skadestånd. I samma kapitel finns även regler om avtalsspärr och preskriptionstider. Allmän förvaltningsdomstol är det behöriga forumet.

Sverige har, inom den behörighet som implementeringen av upphandlingsdirektivet tillåter, valt att reglera upphandlingar som understiger de av EU-kommissionen fastslagna tröskelvärdena. De upphandlingsförfaranden och regler som gäller för upphandlingar ovanför tröskelvärdena har motsvarigheter i regelverket för upphandlingar under tröskelvärdena. Upphandlingar under tröskelvärdena omfattas även av EU:s allmänna rättsprinciper.⁵⁶ Det reglerade området i Svensk rätt är därmed mer omfattande än det rent EU-rättsligt reglerade.

2.2 Avtal enligt upphandlingslagstiftningen

2.2.1 Allmänt

En upphandlande myndighet kan ingå avtal om köp av varor, tjänster eller byggentreprenader. Ett kontrakt är ett byggentreprenadkontrakt om det omfattar exempelvis mark- och grundarbeten, bygg- och anläggningsarbeten.⁵⁷ Om ett kontrakt rör införskaffning av varor, i den mån det inte utgör ett tjänstekontrakt eller ett byggentreprenadkontrakt, så är det ett varukontrakt. Detta är fallet även om kontraktet omfattar tjänster, under förutsättningen att värdet av tjänsterna understiger värdet av varorna.⁵⁸ En liknande omvänd reglering gäller för tjänstekontrakt.⁵⁹ Om ett kontrakt både tjänster och sådant som är hänförligt till byggentreprenader, gör avvägningen antingen grundat på vad som är kontraktets huvudsyfte, eller också vad som betingar högst monetärt värde.⁶⁰ Dessa upphandlingsrättsliga

⁵⁴ I likhet med NLOU, så trädde lagen om upphandling inom försörjningssektorerna i kraft den 1 januari 2017 och ersatte därigenom den tidigare lagen (2007:1092) om upphandling inom försörjningssektorerna.

⁵⁵ Se exempelvis LOU 16 kap. eller NLOU 20 kap. om avtalsspärr, överprövning och skadestånd.

⁵⁶ LOU 15 kap. 2 §; NLOU 19 kap. 2 §.

⁵⁷ LOU 2 kap. 3 §; NLOU 2 kap. 8 §.

⁵⁸ LOU 2 kap. 21 §; NLOU 2 kap. 25 §. Avvägningen vilar således på en överviktsprincip, se prop. 2006/07:128 s. 307; Jfr prop. 2015/16:195 s. 361 ff.

⁵⁹ LOU 2 kap. 18 §; NLOU 2 kap. 21 §.

⁶⁰ Mål C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria and Gran Casino de Las Palmas SA*, EU:C:1994:155; se även Mål C-220/05 *Jean Auroux mot Commune de Roanne*, EU:C:2007:31.

begreppsdefinitioner kommer kontrasteras gentemot det internationellt privaträttsliga regelverket nedan.

Det sätt på vilket avtal sluts enligt upphandlingslagstiftningen skiljer sig från vad som annars är fallet inom avtalsrätten. Enligt lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen) är den typiska avtalsmekanismen de två separata rättshandlingarna anbud och accept.⁶¹ Ingåendet av avtal genom det upphandlingsrättsliga anbuds förfarandet påminner istället om avtals ingående genom auktion. LOU som förfarandereglering söker värna om en sund konkurrens och den affärsmässighet som kommer till uttryck genom de EU-rättsliga principerna, varför lagen reglerar upphandlande myndigheters avtalsförhandlingar.⁶² Nedan följer en kort redovisning för hur avtal ingås enligt upphandlingsrätten.

2.2.2 Annonsering

Utgångspunkten är att alla upphandlingar ska annonseras av den upphandlande myndigheten, i syfte att försäkra att upphandlingar är offentliga och transparenta, samt upplysa intresserade leverantörer att myndigheten har för avsikt att genomföra en upphandling.⁶³ I de situationer då upphandlande myndighet kan underlåta att annonsera en upphandling framgår detta enligt det specifika upphandlingsförfarandet. Underlåtande att annonsera när det åligger myndigheten en skyldighet att göra så, kan föranleda upphandlingsrättsliga sanktioner till följd av en otillåten direktupphandling.

2.2.3 Förfrågningsunderlag

Förfrågningsunderlaget är det underlag på vilket leverantörerna utformar sina anbud.⁶⁴ Den upphandlande myndighetens anbudsinfördan kan jämföras med en särskild sort av ett avtalsrättsligt utbud.⁶⁵ Hur förfrågningsunderlag ska vara utformat är inte reglerat i lag, utan upphandlande myndigheter erhåller en stor frihet i hur förfrågningsunderlaget utformas. Även om det innehåller brister kan det godtas, om det är förenligt med unionsrätten och de upphandlingsrättsliga principerna.⁶⁶ Det måste vara klart och tydligt formulerat, så att alla deltagande anbudsgivare kan tolka informationen på samma sätt.⁶⁷ Det ska innehålla kvalificeringskraven på leverantörerna för att få delta i utvärderingen, krav på föremålet som ska upphandlas, grunder för tilldelning av det framtida kontraktet samt kriterier för rangordningen av de

⁶¹ AvtL 1 kap. 1 §; se även Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz (2016) s. 78.

⁶² Se Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz (2016) s. 138 – 139.

⁶³ LOU 7 kap. 1 §; NLOU 10 kap. 1 §.

⁶⁴ LOU 2 kap. 8 §; Enligt NLOU 2 kap. 25 § används numera begreppet upphandlingsdokument för samtliga handlingar som den upphandlande myndigheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen.

⁶⁵ Se Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz (2016) s. 140.

⁶⁶ RÅ 2010 ref. 78.

⁶⁷ Mål C-19/00 *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, EU:C:2001:553, punkt 32.

deltagande anbudsgivarnas anbud. Två i doktrin och rättstillämpningen vanligt förekommande begrepp är ”skall-krav” och ”bör-krav”, vilka dock inte förekommer i varken den svenska lagstiftningen eller i direktiven. Skall-krav innefattar alla obligatoriska krav på leverantörer och upphandlingsobjektet, medan bör-kraven inte nödvändigtvis måste uppfyllas för att anbudet ska kunna utvärderas. Utöver detta förekommer ofta kommersiella villkor samt administrativa bestämmelser.⁶⁸ Det är viktigt att ha i åtanke att eventuella kommersiella villkor i det framtida kontraktet också måste vara förenligt med EU-principerna, då de är tillämpliga på hela upphandlingsförfarandet.⁶⁹

2.2.4 Uteslutning, kvalificering och utvärdering

En upphandlande myndighet måste undersöka om det finns några uteslutningsgrunder på vilka någon eller några av leverantörerna måste diskvalificeras från upphandlingen.⁷⁰ Efter detta måste den upphandlande myndigheten bedöma de kvarvarande leverantörernas förmåga att faktiskt leverera upphandlingsobjektet.⁷¹ Detta moment måste skiljas från anbudsutvärderingen, då det i denna del av upphandlingsförfarandet endast är fråga om huruvida leverantörerna faktiskt har kapacitet att fullgöra avtalet. Den upphandlande myndigheten måste också kontrollera att samtliga anbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, och får inte anta ett anbud från en leverantör som inte uppfyller alla skall-krav. Därför är det viktigt att förfrågningsunderlaget verkligen innehåller alla de krav och önskemål som myndigheten har.

Efter detta ska de kvarvarande leverantörernas anbud utvärderas och rangordnas, för att därigenom välja ut den eller de leverantörer med vilka den upphandlande myndigheten ska ingå ett avtal med. Vid utvärderingen kan den upphandlande myndigheten använda sig av två alternativa utvärderingsgrunder: antingen det anbud med lägsta pris, eller det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Vilken utvärderingsgrund som myndigheten tänker använda ska framgå av förfrågningsunderlaget eller i annonsen, samt i fall då det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas, vilka kriterier som kommer att användas vid utvärderingen och hur dessa viktas.⁷²

2.2.5 Tilldelning

När den upphandlande myndigheten genom anbudsutvärderingen funnit det vinnande anbudet fattas ett tilldelningsbeslut. Övriga leverantörer ska

⁶⁸ Se även Pedersen (2013) s. 80 – 84.

⁶⁹ Kammarkollegiets vägledning 2014:1 *Kommersiella villkor* s. 59.

⁷⁰ LOU 10 kap. 1 §; NLOU 13 kap. 1 §.

⁷¹ LOU 11 kap. 1 §; NLOU 14 kap. 1 §.

⁷² LOU 12 kap. 1 – 2 §§; NLOU 14 kap. 1 – 2 §§.

meddelas om beslutet, samt på vilka grunder det vinnande anbudet vunnit.⁷³ Dessutom ska den tidsfrist inom vilken myndigheten och den vinnande leverantören inte kan ingå avtal anges, den så kallade avtalsspärren. Detta är för att möjliggöra för förlorande anbudsgivare att överpröva tilldelningsbeslutet. Om en sådan begäran inte lämnats in innan avtalsspärren löpt ut kan den upphandlande myndigheten teckna avtal med den vinnande leverantören.

⁷³ LOU 9 kap. 9 §; NLOU 12 kap. 12 §.

3 Tillämplig offentligrättslig lag

3.1 Allmänt om internationell offentlig rätt

Offentlig rätt omfattar det regelverk som styr de offentliga organens verksamhet, inbegriper exempelvis statsrätt, förvaltningsrätt och straffrätt.⁷⁴ Rättens internationalisering förekommer även inom den offentliga rätten, där samarbeten i miljö, arbetsrätt, polisiär samordning och liknande frågor med internationella eller transnationella intressen har ett stort genomslag.⁷⁵ Den största internationella påverkan på den svenska förvaltningsrätten har sitt ursprung i EU-samarbetet, vilket dock inte lagt grunden för en gemensam EU-rättslig offentlig rätt. EU har numera ett större intresse i medlemsstaters förvaltning. Intresset ligger främst i att försäkra att medlemsstaterna faktiskt förmår genomföra unionsrätten, något som i många fall faller på medlemsstaternas förvaltningsmyndigheter. På grund av detta erhöll EU befogenheter att vidta åtgärder för att stödja, samordna och komplettera medlemsstaternas administrativa samarbete samt underlätta informationsutbytet medlemsstater emellan.⁷⁶ Vidare finns i EU-stadgan ett krav om att EU:s medlemsstater ska upprätthålla en god förvaltning.⁷⁷ Det innefattar bland annat rätten till att ärenden ska behandlas opartiskt och inom skälig tid. Förvaltningsrätt är dock fortfarande i huvudsak något som inte är en EU-rättslig fråga.

Problemet med internationell offentlig rätt är att det framstår som en självmotsägelse, åtminstone i den mån det innebär att utländsk offentlig rätt kan ligga till grund för en svensk myndighets beslut. Den offentliga rätten är starkt knutet till staten och det har därmed inte ansetts lämpligt att tillämpa utländsk rätt; det är en intern och nationell angelägenhet. Dessutom tenderar den offentliga rätten att vara i högre grad detaljreglerad och mer omfattande än privaträtten, varför svårigheten i att finna innehållet i och tolkningen av utländsk offentlig rätt korrekt skapar praktiska problem.⁷⁸ Detta gör det svårt att hitta lagexempel på tillämpning av utländsk offentlig rätt.

Ett av de starkare argumenten mot internationell offentlig rätt grundar sig på legalitetsprincipen. Enligt första kapitlet, första paragrafen i regeringsformen (1974:152), ska den offentliga makten utövas under lagarna. Legalitetsprincipen kan tyckas innebära att svenska myndigheter är bundna vid endast tillämpa svensk nationell rätt, vilket grundar den traditionella uppfattningen om att i den mån kollisionsregler kan förekomma inom den offentliga rätten är de ensidiga, sådana att de endast kan avgöra huruvida svensk lag ska tillämpas eller ej. Det torde således inte kunna bli fallet att en

⁷⁴ Se Strömberg och Lundell (2014) s. 13; observera dock svårigheterna i att dra en absolut linje mellan civilrätt och offentlig rätt, Warnling-Nerep (2006) s. 397 – 404.

⁷⁵ Se Marcusson (2013) s. 22.

⁷⁶ Artikel 6g samt artikel 197 FEU.

⁷⁷ Artikel 41 C-83/389 Europeiska unionens stadga om de grundläggande friheterna.

⁷⁸ Se Wenander (2013) s. 67.

svensk myndighet ska tillämpa utländsk offentlig rätt. Legalitetsproblematiken torde dock försvinna om svensk lagstiftning hänvisar till utländsk offentlig rätt.⁷⁹ De internationella aspekterna i offentlig rätt kan hanteras på olika sätt i den nationella rättsordningen, varav användning av kollisionsregler bara är ett.⁸⁰

Harmonisering är en av de viktigaste metoderna för att hantera den internationella offentliga rätten, genom vilket de samarbetande staterna väljer att skapa liknande regler för ett specifikt rättsområde i syfte att underlätta den fria rörligheten staterna emellan.⁸¹ Det är dock inte nödvändigtvis fråga om att flera stater inför samma regler. Inom EU-rätten har många rättsområden harmoniserats i olika grad, allt ifrån minimikrav till fullharmoniserade områden.⁸² Upphandlingsrätten är ett exempel på ett rättsområde där skillnaderna mellan medlemsstaterna är små.

Ett annat viktigt verktyg är koordinerande av staters regelverk, vilket den EU-rättsliga koordineringen av medlemsstaternas socialförsäkringssystem är ett exempel på.⁸³ Reglerna i förordning 883/2004 pekar ut den medlemsstat, och i förlängningen den myndighet, som är ansvarig för att den enskilde ska kunna åtnjuta sina sociala förmåner. Förordningen täcker ett antal olika områden, som alla har sin specifika reglering, vilket medför att det är svårt att generalisera över hur arbets- och ansvarsfördelningen ser ut mellan de nationella institutionerna. Viktigt att notera angående koordineringen av socialförsäkringssystemen är att de regler som pekar ut behörig stat ofta också kallas för lagvalsregler, men begreppet är i detta sammanhang missvisande. I koordineringen är det aldrig tal om att peka ut en lag, som myndigheter i ett annat land har att tillämpa. Om Sverige pekas ut som behörig stat ska försäkringskassan tillämpa svensk rätt för att avgöra om en person har rätt till ersättning.⁸⁴ Koordinering av länders olika system är lämpligt i situationer då staterna har svårt att komma fram till en gemensam harmoniserad lagstiftning.

En viktig aspekt av den offentliga rättens internationalisering ligger i erkännandet av utländska förvaltningsbeslut, vilket är en nödvändighet för att den fria rörligheten inom EU ska fungera. Det finns inga generella regler för erkännande av utländska förvaltningsbeslut, men primärrätten och sekundärrätten samt EU:s rättsprinciper kan i vissa fall kräva det. Den fria rörligheten, och principen om lojalt samarbete samt principen om ömsesidigt erkännande är av stor vikt i sammanhanget. Exempelvis måste myndigheter erkänna utländska körkort utfärdade av behöriga myndigheter i utlandet, eller utländska tillstånd för genetiskt modifierade organismer.⁸⁵ I sammanhanget måste även *C-120/78 Cassis de Dijon* erinras.⁸⁶ Att inte erkänna utländska förvaltningsbeslut skulle sätta upp hinder för den fria rörligheten, både vad

⁷⁹ Se Persson (2005) s. 231 – 239.

⁸⁰ Se avsnitt 6.1.1.

⁸¹ Se Wenander (2011) s. 541.

⁸² Se Wenander (2013) s. 65.

⁸³ Förordning (EG) nr 883/2004 – om samordning av de sociala trygghetssystemen.

⁸⁴ Se Wenander (2011) s. 542.

⁸⁵ Se Wenander (2013) s. 62 – 63.

⁸⁶ Se ovan avsnitt 2.1.

gäller personer och varor. I vissa fall kan det vara svårt att dra en klar linje mellan ett erkännande av utländska förvaltningsbeslut och tillämpning av utländsk förvaltningsrätt. Om det utländska förvaltningsrättsliga beslutet inte har en motsvarighet i den nationella rätten, måste den svenska myndigheten analysera och utreda den juridiska grunden för beslutet. Detta kan beskrivas som att myndigheten har att beakta den utländska offentliga rätten, om än inte att tillämpa den.⁸⁷

3.2 Kollisionsreglerna i artikel 39 i direktiv 2014/24/EU

3.2.1 Inledning

Bristen på tydliga kollisionsregler har inneburit att samarbetet mellan upphandlande myndigheter i olika medlemsstater har befunnit sig i ett juridiskt tomrum, vilket kan ha påverkat förekomsten av gränsöverskridande samarbete negativt. Rättslägets osäkerhet innebär att upphandlande myndigheter inte har kunnat dra största möjliga nytta av den inre marknadens potential. Därför anser EU-kommissionen att nya regler skulle fastställas för gränsöverskridande gemensam upphandling, för att underlätta samarbete mellan de upphandlande myndigheterna samt öka möjligheten till gränsöverskridande affärsmöjligheter. För att uppnå detta valde man att införa kollisionsregler och samarbetsformer, vilka kompletterar kollisionsreglerna i Rom I-förordningen.⁸⁸

Detta avsnitt kommer att undersöka den särskilda form av normkonflikt vid gränsöverskridande upphandling som uppstår när två eller fler upphandlande myndigheter i olika länder samarbetar för att genomföra en upphandling, eller när en myndighet i ett medlemsland använder sig av en inköpscentral belägen i ett annat medlemsland. Gränsöverskridande samarbeten kan ta många olika former, varvid man valt att reglera tre typsituationer, nedan redovisade som två olika metoder. Anledningen till detta är att fastställandet av tillämplig lag görs på två olika sätt enligt de olika metoderna. Först kommer möjligheten att använda sig av utländska inköpscentraler att redogöras för, och därefter de olika möjligheterna för två eller flera myndigheter i olika medlemsländer att samarbeta med varandra i en gemensam upphandling. Hur tillämplig lag ska bedömas i andra gränsöverskridande upphandlingar, exempelvis vid elektroniska auktioner förblir därmed oklart.

EU-kommissionen ansåg det finnas en risk för att myndigheter skulle kunna använda sig av möjligheten till gränsöverskridande samarbete i upphandling för att på så vis få tillgång till ett mer gynnsamt regelsystem. För att minska risken för detta får gränsöverskridande samarbete och den därmed tillämpliga lagen inte användas i syfte att kringgå tvingande bestämmelser, som är

⁸⁷ Se Persson (2005) s. 230.

⁸⁸ Dir. 2014/24 skäl 73.

förenliga med unionsrätten och som är tillämpliga på myndigheten i det land som den befinner sig.⁸⁹ För svenska myndigheters vidkommande innebär detta att gränsöverskridande samarbete inte kan användas för att kringgå exempelvis regler om tillgång till allmänna handlingar.⁹⁰ Inför den svenska implementeringen av det nya upphandlingsdirektivet har den svenska lagstiftaren valt att inte införa offentlighetsregler på det icke-direktivstyrda området, det vill säga under tröskelvärdena.⁹¹ I de offentliga utredningar som utförts har det faktum att offentlighetsregler införts inte problematiserats i någon större utsträckning, bortsett ifrån svårigheterna för svenska myndigheter att korrekt tillämpa utländsk offentlig rätt.⁹² I framställningen nedan kommer samtliga artikelhänvisningar vara hänförliga till det nya upphandlingsdirektivet.

3.2.2 Metod 1: Inköpscentraler i andra medlemsländer

En inköpscentral är en verksamhet som å upphandlande myndigheters vägnar kan anskaffa varor och tjänster, eller tilldela offentliga kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtjänster.⁹³ Vid den svenska implementeringen av det äldre direktivet valde lagstiftaren dock att inte tillåta grossistverksamhet för inköpscentraler belägna i Sverige.⁹⁴ I den nya upphandlingslagstiftningen, för att den ska stämma överens med det nya direktivet, har den svenska lagstiftaren dock gjort det tillåtet med grossistverksamhet, trots farhågor från näringslivet om dess konkurrenshämmande effekter.⁹⁵ I och med det nya upphandlingsdirektivet får en upphandlande myndighet, utan att tillämpa något av upphandlingsförfarandena i direktivet, tilldela ett tjänstekontrakt för tillhandahållandet av centraliserad inköpsverksamhet till en inköpscentral.⁹⁶ Detta gör användandet av inköpscentraler enkelt, och kan verka som incitament att nyttja inköpscentraler även om de är belägna i andra stater.⁹⁷

Den första situationen då det kan uppstå offentlighetsreglerade normkonflikter är att upphandlande myndigheter anskaffar varor eller tjänster från en inköpscentral belägen i ett annat land. Enligt det nya direktivet är det inte tillåtet för medlemsländer att förbjuda myndigheter från att använda en centraliserad inköpsverksamhet som erbjuds av inköpscentraler belägna i en annan medlemsstat.⁹⁸ Det är dock tillåtet att begränsa användningen av utländska inköpscentraler till att endast omfatta den typ av verksamhet som

⁸⁹ Dir. 2014/24 skäl 73 andra stycket.

⁹⁰ Lagrådsremissen – *Nytt regelverk om upphandling* s. 518.

⁹¹ Prop. 2015/16:195 s. 554.

⁹² SOU 2013:12 s. 192 – 194; se även SOU 2014:51 s. 150 – 158.

⁹³ Dir. 2014/24 artikel 2(1)(14).

⁹⁴ LOU 2 kap. 9a §.

⁹⁵ NLOU 1 kap. 14 §; Prop. 2015/16:195 s. 528 – 531; se även Lagrådsremissen s. 500 – 504.

⁹⁶ Dir. 2014/24 artikel 37 (4).

⁹⁷ Se Sánchez-Graells (2016) s. 15.

⁹⁸ Dir. 2014/24 artikel 39(2).

definieras i artikel 2(1)(14), nämligen anskaffning av varor och tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller tilldelning av offentliga kontrakt eller ramavtal för byggentreprenader, varor, eller tjänster. Detta innebär att medlemsstater får välja att endast tillåta sina myndigheter att använda en av inköpscentralens verksamheter. En sådan inskränkning av möjligheten att använda utländska inköpscentraler kan vara grundat på exempelvis hänsyn till ett statsmonopol.⁹⁹

Enligt artikel 39(3) ska en inköpscentralens verksamhet ske i enighet med de nationella bestämmelserna i den medlemsstat där inköpscentralen är belägen, även om det är annan medlemsstat än den där myndigheten som vill använda sig av centralen är belägen.¹⁰⁰ Detta gäller särskilt tilldelning av kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem, genomförande av förnyad konkurrensutsättning enligt ett ramavtal, samt för fastställandet av vilka av aktörerna i ett ramavtal som ska utföra en viss uppgift. Detta är åtgärder som den upphandlande myndigheten normalt själv ansvarar för.¹⁰¹ Om en upphandlande myndighet använder sig av en inköpscentral på ett sätt att en anskaffning därifrån inte blir upphandlingspliktig, så ska upphandlingslagstiftningen i det land där inköpscentralen är belägen tillämpas. En svensk upphandlande myndighet ska således tillämpa utländsk upphandlingslagstiftning när myndigheten exempelvis genomför en förnyad konkurrensutsättning.¹⁰² Detta är dock en sanning med modifikation, då tvingande nationella bestämmelser ändå kan behöva tillämpas.

3.2.3 Metod 2: Gemensamma upphandlingsåtgärder

3.2.3.1 Gemensam tilldelning av kontrakt

En annan form av gränsöverskridande samarbete framgår av artikel 39(4), enligt vilken upphandlande myndigheter från olika medlemsländer gemensamt får tilldela ett offentligt kontrakt, ingå ett ramavtal eller driva ett dynamiskt inköpssystem.¹⁰³ Upphandlande myndigheter som deltar i ett sådant samarbete ska upprätta ett avtal i vilket ansvarsområden för upphandlingen fördelas. Arrowsmith menar att vad som åsyftas med ”ansvarsområden” innefattar ansvaret för att följa den upphandlingsrättsliga unionsrätten.¹⁰⁴ Vidare klargörs att en upphandlande myndighet fullgör sina skyldigheter enligt upphandlingsdirektivet då den köper varor, tjänster eller byggentreprenader av den upphandlande myndighet som har ansvaret för upphandlingen.¹⁰⁵ Som Arrowsmith påpekar verkar detta inte direkt åsyfta

⁹⁹ Se Sánchez-Graells (2015) s. 257.

¹⁰⁰ NLOU 7 kap. 15 §; prop. 2015/16:195 s. 1018.

¹⁰¹ NLOU 7 kap. 16 § andra stycket; Dir. 2014/24 artikel 37(2).

¹⁰² Se prop. 2015/16:195 s. 548, där den svenska lagstiftaren uttrycker det som att den upphandlande myndigheten kan ha att *iakta* upphandlingsrättsliga bestämmelser.

¹⁰³ Jfr NLOU 7 kap. 17 §.

¹⁰⁴ Se Arrowsmith (2014) s. 380.

¹⁰⁵ Dir. 2014/24 artikel 39 (4) andra stycket.

sådant samarbete som huvudsakligen berörs i artikeln, då det i sådana situationerna inte sker några faktiska inköp mellan myndigheterna.¹⁰⁶

Utöver ansvarsfördelningen ska tillämplig nationell rätt bestämmas enligt avtalet.¹⁰⁷ Myndigheter får uttryckligen vid ansvarsfördelningen låta fastställa de tillämpliga bestämmelserna i deras respektive medlemsstats nationella rätt. De tillämpliga bestämmelser som åsyftas är de nationella upphandlingsrättsliga förfaranderegler. Ansvarsfördelningen, och därpå tillämplig lag, ska tydligt framgå av upphandlingsdokumenten vid gemensam tilldelning av kontrakt.¹⁰⁸ Intressant att notera är att det således inte finns något krav om att det ska framgå i upphandlingsdokumenten vid ingående av ramavtal eller gemensamt drivande av dynamiska inköpssystem. Lagrådet anser att en sådan begränsning är omotiverad, varför regeln, åtminstone i svensk rätt, även bör omfatta de andra samarbetsformerna.¹⁰⁹

Den svenska statliga utredningen menar att regeln innebär att myndigheterna får och är begränsade till att välja någon av lagarna där någon av de upphandlande myndigheterna är belägen.¹¹⁰ Arrowsmith når samma slutsats.¹¹¹ Det förefaller rimligt, både utifrån en ändamålsanalys och de värden som ligger till grund för internationell offentlig rätt. Bestämmelsens ordalydelse i den svenska versionen av upphandlingsdirektivet väcker frågor om möjligheten till *dépeçage*, som Advokatfirman Delphi noterade i sitt remissvar angående den svenska implementeringen av upphandlingsdirektivet. En möjlig tolkning av artikeln är att myndigheter är bundna vid att välja att sin egen nationella rätt i sin helhet ska vara tillämpliga på den enskilda myndighetens ansvarsuppgifter. Detta framstår dock märkligt, då konsekvensen av en sådan tolkning är att det vore omöjligt att välja att låta en och samma lag vara tillämplig på hela upphandlingsförfarandet.¹¹² Att låta en och samma lag vara tillämplig på upphandlingen som helhet torde vara att föredra, i syfte att skapa förutsebarhet för både myndigheter och deltagande leverantörer. Det kan också anföras att det vore märkligt att valet av lag vore definitivt, till följd av en artikel där valet av lag beskrivs som en möjlighet.¹¹³ Således måste bestämmelsen förstås som att myndigheter inte är bundna vid att låta sin egna nationella rätt vara tillämplig på de uppgifter som tilldelats dem. Den svenska utredningen gör en likaledes snäv tolkning av bestämmelsen, och påpekar att om det vore tillåtet att fritt skapa ett nytt regelverk av två medlemsländers upphandlingslagstiftning, så skulle leverantörers möjlighet att delta i upphandlingen försvåras.¹¹⁴ Lagrådets och regeringens slutsats är med detta

¹⁰⁶ Se Arrowsmith (2014) s. 380.

¹⁰⁷ Dir. 2014/24 artikel 39 (4) (a); jfr NLOU 7 kap. 19 §.

¹⁰⁸ Dir. 2014/24 artikel 39 (4) andra stycket; jfr NLOU 7 kap. 20 §.

¹⁰⁹ Lagrådsremiss, *Nytt regelverk om upphandling* s. 522.

¹¹⁰ SOU 2014:51 s. 149.

¹¹¹ Se Arrowsmith (2014) s. 381.

¹¹² Lagrådsremiss, *Nytt regelverk om upphandling*, s. 521.

¹¹³ ”Får fastställa de tillämpliga bestämmelserna”, jfr Engelsk version: ”may determine the applicable provisions”.

¹¹⁴ SOU 2014:51 s. 154.

också att lagvalet åsyftar ett medlemslands lag i sin helhet, vilket utesluter dépeçage.¹¹⁵

Det föreligger viss osäkerhet i bestämmelsernas ordalydelse om den valda lagen omfattar rättsmedelsdirektivens reglerade område. Arrowsmith utgår ifrån att så är fallet.¹¹⁶ Detsamma gör Sánchez-Graells.¹¹⁷ Enligt beaktandesats 73 i det nya upphandlingsdirektivet är syftet med direktivet att skapa regler för att avgöra tillämplig lagstiftning för offentlig upphandling och rättsmedel. Den svenska utredningen poängterar att EU-kommissionen ämnat reglera både förfaranderegler och rättsmedel, vilket inte vore fallet rent praktiskt vid en restriktiv tolkning.¹¹⁸ Detta till trots låter den svenska lagstiftaren vissa frågor om rättsmedlen vid gränsöverskridande upphandlingar förbli oklara. Exempelvis överlåter man åt rättstillämparen att avgöra huruvida det är möjligt att vid svensk förvaltningsdomstol ålägga en upphandlande myndighet som har vidtagit otillåtna åtgärder inom ramen för en gränsöverskridande gemensam upphandling en upphandlingsskadeavgift. Vad gäller domsrätten menar lagstiftaren att ge generella reglerna för förvaltningsdomstols behörighet är tillämpliga även vid gränsöverskridande samarbeten.¹¹⁹

Det framgår också av artikel 39(4) att ett avtal mellan de samarbetande myndigheterna inte behöver upprättas om den rättsliga relationen redan reglerats genom ett internationellt avtal som ingått mellan de berörda medlemsstaterna. Sådana avtal är oerhört ovanligt, om de ens förekommer.¹²⁰

3.2.3.2 Upphandling med gemensam enhet

Det är också möjligt för flera myndigheter i olika medlemsländer att inrätta en gemensam enhet enligt artikel 39(5).¹²¹ Artikeln omnämner specifikt europeiska grupperingar för territoriellt samarbete (EGTS),¹²² men även andra former av samarbete är tillåtet. Om en sådan enhet skapas ska enhetens behöriga organ fatta ett beslut om tillämpliga nationella upphandlingsregler. Till skillnad från samarbetsformerna ovan klargörs i denna artikel att de enda nationella upphandlingsregler som myndigheterna kan välja emellan är de som gäller i den medlemsstat där den gemensamma enheten har sitt registrerade säte, eller de nationella bestämmelser i den medlemsstat där den gemensamma enheten bedriver sin verksamhet.¹²³ Lagvalet kan gälla tills vidare, vara begränsat till en viss tidsperiod eller begränsade till vissa typer av kontrakt eller vissa konkreta kontrakt. Inrättandet av en gemensam enhet påverkar inte de deltagande myndigheternas självständighet.¹²⁴

¹¹⁵ Lagrådsremiss, *Nytt regelverk om upphandling* s. 522.

¹¹⁶ Se Arrowsmith (2014) s. 378.

¹¹⁷ Se Sanches-Graells (2016) s. 15.

¹¹⁸ SOU 2014:51 s. 155.

¹¹⁹ Prop. 2015/16:195 s. 554.

¹²⁰ Se Sanches-Graells (2016) s. 18.

¹²¹ Jfr NLOU 7 kap. 17 §.

¹²² Förordning (EG) nr 1082/2006.

¹²³ Dir. 2014/24 Artikel 39(5) strecksats a) och b); jfr NLOU 7 kap. 18 §.

¹²⁴ Prop. 2015/16:195 s. 552.

En intressant skillnad jämfört med tidigare artikel är att det i artikel 39(5) uttryckligen talas om upphandlingsrättsliga regler, till skillnad från ”tillämpliga nationella bestämmelser”. Den svenska utredningen finner ingen anledning att tolka skillnaden i ordval som relevant.¹²⁵

¹²⁵ SOU 2014:51 s. 157; se även prop. 2015/16:195 s. 552.

4 Tillämplig privaträttslig lag

4.1 Allmänt om internationell privaträtt

Internationell privaträtt som rättsområde reglerar situationen då flera staters rättsordningar skulle kunna vara tillämpliga på en och samma civilrättsliga relation. Typiskt sett omfattar internationell privaträtt frågor om tillämplig lag, vilken domstol som har behörighet att avgöra en viss fråga, samt erkännande och verkställighet av beslut eller domar utfärdade i utlandet.¹²⁶ Trots att stater utformar nationella regler för dylika juridiska frågor, har en stor del av den internationella privaträtten sin grund i mellanstatligt samarbete. Genom överenskommelser kan stater införa gemensamma kollisionsregler, vilka har som syfte att vid normkonflikter peka ut den rättsordning som ska tillämpas. Detta medför att den internationella privaträtten opererar på flera olika nivåer samtidigt, och innebär att beroende på vilka rättsordningar som är involverade i normkonflikten, så kan olika juridiska källor vara relevanta för att avgöra tillämplig lag. För svenskt vidkommande sker det mellanstatligt samarbete på den internationella privaträttens område främst på EU-nivå och på nordisk nivå.

Detta arbete undersöker tillämplig lag vid gränsöverskridande upphandling, närmare bestämt vilken lag som är tillämplig på internationella köp av varor, tjänster och byggtreprenader. Frågan om vilket lands lag som är tillämplig på *avtalet* mellan en upphandlande myndighet och leverantörer kan bli aktuell först efter att upphandlingen avslutats och ett avtal har tecknats.¹²⁷ Det är *alltid* relevant att avgöra vilket lands lag som är tillämpligt på ett kontrakt. Vid osäkerhet kring vilken rättsordning som är tillämplig på ett avtal, går det inte heller att klart avgöra vilket ansvar som åligger någon av parterna eller ens om avtalet som sådant är bindande. Frågan är givetvis enkel att avgöra när kontraktet har anknytning till ett och samma land, men om anknytningsfaktorer till andra rättsordningar är för handen följer frågan om vilket lands lag som ska tillämpas.¹²⁸

Gränsöverskridande upphandlingar kan förekomma på två olika sätt: Direkt och indirekt gränsöverskridande upphandling. Direkt gränsöverskridande upphandling innebär att en leverantör deltar och vinner anbudstävlingar i en annan stat än leverantörens hemstat. Indirekt gränsöverskridande upphandling är när en leverantör deltar och vinner anbudstävlingar i en annan stat än leverantörens hemstat, genom att leverantören använder sig av en filial eller ett dotterbolag beläget i samma stat som upphandlingen genomförs i. Ett sådant tillvägagångssätt gör att leverantören behandlas som en inhemsk leverantör i upphandlingsförfarandet, varför frågan om vilket lands lag som är tillämplig typiskt sett inte är komplicerad. Indirekt gränsöverskridande

¹²⁶ Se Bogdan (2016) s. 2.

¹²⁷ Notera avgränsningarna i avsnitt 1.3.

¹²⁸ Se McParland (2015) s. 5 – 6.

upphandling inbegriper även när leverantörer använder sig av utländska underleverantörer, när inhemska och utländska leverantörer deltar med ett gemensamt anbud, eller när ett inhemskt bolag importerar varor åt kontraktsparten. Direkt gränsöverskridande upphandlingar är fortfarande ovanliga sett till den totala mängden upphandlingar som görs inom EU.¹²⁹ På grund av dess ovanlighet är möjligheten att utländska leverantörer vill vara med i en upphandling någonting som upphandlande myndigheter ofta förbiser.

I likhet med hur lagvalet kan hanteras i civilrättsliga avtalssituationer kan frågan avgöras genom en lagvalsklausul i det upphandlade avtalet. Detta förefaller vanligt i upphandlingssituationer, där den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget kan ha val av tillämplig lag vid eventuell tvist, samt domsrätt, som ett kommersiellt villkor för det framtida avtalet.¹³⁰ Ofta använder upphandlande myndigheter sig av standardiserade mallar när förfrågningsunderlaget tas fram, i vilka det ingår lagvalsklausuler. Kammarkollegiet framhåller även detta som vad som bör vara standardpraxis för upphandlade myndigheter.¹³¹ Vid avsaknad av ett uttryckligt lagval måste tillämplig lag avgöras av kollisionsregler. Nedan kommer två rättskällor relevanta för att avgöra tillämplig lag vid internationella affärsförbindelser att redogöras för: Förordning (EG) nr 593/2008 (Rom I-förordningen), samt lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker (IKL). Den svenska lagstiftaren erinrar också Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II-förordningen).¹³² Vidare ska bestämmelser och begrepp i Rom I-förordningen ofta förstås på ett liknande sätt som i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel Ia-förordningen), varför hänvisningar även kommer göras till den.

4.2 Tillämplig lag enligt Rom I-förordningen

4.2.1 Allmänt om Rom I-förordningen

EU-samarbetet har varit av stor vikt för utformandet av den internationella privaträtt som nu gäller EU-länder emellan. Ambitionen inom EU var aldrig att den internationella privaträtten skulle växa till att bli av den omfattning som det är idag, trots att det redan tidigt under det europeiska samarbetet stod klart att någon form av gemensamma kollisionsregler var nödvändiga för att

¹²⁹ EU-kommissionens rapport *Cross-border procurement above EU thresholds*, 2011, s. 35 – 36.

¹³⁰ Se Bilaga A för exempel på förfrågningsunderlag med lagvalsklausul.

¹³¹ Kammarkollegiets vägledning 2014:1 *Kommersiella villkor* s. 59.

¹³² Prop. 2015/16:195 s. 551; se även SOU 2014:51 s. 145.

få den gemensamma inre marknaden att fungera.¹³³ Från att inte vara omnämnt i något av de grundande dokumenten är den internationella privaträtten nu en naturlig del i det europeiska samarbetet, och är inte heller är det begränsat till den interna marknads funktion utan har kommit att omfatta även andra rättsområden.¹³⁴ Vad som började med behovet av ett ömsesidigt erkännande av andra medlemsstaters domar, väckte frågor om ifall medlemsstaterna inte skulle kunna samarbeta om tillämplig lag i kontraktuella frågor.¹³⁵ Detta kom att leda fram till Romkonventionen, som omarbetats till sin nuvarande form: Rom I-förordningen från 2008.¹³⁶ Förordningen är nu det viktigast internationella instrumentet för inomkontraktuella frågor mellan EU:s medlemsstater, med undantag från Danmark som valt att inte medverka i samarbetet.¹³⁷

4.2.2 Tillämplighet

4.2.2.1 Allmänt

Förordningen är, som andra EU-rättsliga förordningar, direkt tillämplig i medlemsstaterna. Ett av syftena med förordningen är att motverka *forum shopping*, eller taktiska domsrättsavtal, där parter väljer behörigt forum med avsikten att ett visst lands lag ska bli tillämplig. Utpekandet av behörig domstol faller inom Bryssel 1a-förordningens rättsområde, men motivationen till taktiska domsrättsavtal minskar, om domstolarna i flera länder använder samma kollisionsregler för att avgöra vilket lands lag som ska tillämpas.¹³⁸ Förordningen innehåller inga självständiga formella krav för avtals giltighet, utan det avgörs enligt den lag som är tillämplig på avtalet i fråga. Eftersom man först måste avgöra vilket lands lag som är tillämplig på avtalet innan man därigenom kan avgöra om avtalet är giltigt så räcker med att påstå att det finns ett giltigt avtal för att förordningen ska bli tillämplig.¹³⁹

4.2.2.2 Avtalsförpliktelser

Rom I-förordningen är tillämplig på avtalsförpliktelser på privaträttsens område i situationer som innebär lagkonflikt.¹⁴⁰ Begreppet ”avtalsförpliktelser” är inte definierat i förordningen, bortsett ifrån visst klagörande i vad som inte ska anses falla in under förordningens tillämpningsområde. Således omfattas inte familjerättsliga frågor, fullmaktsförhållanden eller förpliktelser som har sin grund i de förhandlingar som föregick ingåendet av avtalet (*culpa in contrahendo*).¹⁴¹ EU-domstolen

¹³³ Se Bogdan (2016) s. 5-6.

¹³⁴ Artikel 81 FEUF.

¹³⁵ Se McParland (2015) s. 14.

¹³⁶ Förordning 593/2008.

¹³⁷ Skäl 46 Rom I-förordningen.

¹³⁸ Se Bogdan (2016) s. 115 – 119.

¹³⁹ Artikel 11 Rom I-förordningen.

¹⁴⁰ Artikel 1 Rom I-förordningen.

¹⁴¹ Artikel 1(2) 1 Rom I-förordningen.

har att tolka och klargöra begreppet, men det torde ha en extensiv innebörd.¹⁴² Klart är att det åtminstone inte krävs ömsesidiga åtaganden för att förordningen ska vara tillämplig, utan det räcker med ensidiga åtaganden där en av parterna åtar sig en avtalsrättslig förpliktelse. Således faller gåvor inom tillämpningsområdet.¹⁴³

4.2.2.3 Avgränsning mellan privaträtt och förvaltningsrätt

Förordningen är tillämplig på avtalsförpliktelser specifikt på privaträttens område, och i synnerhet inte på förvaltningsrättsliga frågor. Tolkningen av begreppen privaträtt och förvaltningsrätt är autonom. Det spelar således ingen roll hur medlemsstater själva väljer att definiera privaträtt eller förvaltningsrätt. Enligt doktrin förefaller det troligt att förståelsen av begreppet kommer att stämma överens med begreppets innebörd i den Bryssel Ia-förordningen,¹⁴⁴ enligt vilken det är ett självständigt begrepp som ska tolkas utifrån konventionens syfte.¹⁴⁵ Exempelvis ansågs i C-271/00 *Gemeente Steenbergen* mot *Luc Baten* en myndighets regresstalan gentemot en privatperson angående återbetalningsskyldighet av underhåll inte vara förvaltningsrättslig, då grunden för talan låg i de privaträttsliga reglerna om underhållsskyldighet. Hade talan varit grundad på lagstiftning och befogenheter hänförliga till myndigheten som sådan hade dock situationen varit den motsatta.¹⁴⁶

Generellt kan det konstateras att konflikter mellan individer och myndigheter är att klassas som privaträttsliga, såvida myndigheten eller myndighetspersonen inte ger uttryck för sin offentlighetsmakt (*acta iure imperii*). En talan om skadestånd gentemot en lärare, grundad på lärarens bristande uppsikt under en klassresa, ansågs i C-172/91 *Sonntag* mot *Waidmann* inte vara av förvaltningsrättslig karaktär. Ansvarsbedömningen vilade inte på läraren såsom offentlig anställd, utan på ett allmänt ansvar som föreligger mellan individer.¹⁴⁷ En domstol måste analysera grunderna för relationen mellan parterna, och de lagar som reglerar handlingen, för att avgöra huruvida frågan är att anses vara förvaltningsrättslig eller privaträttslig.¹⁴⁸

¹⁴² Se Bogdan (2016) s. 116.

¹⁴³ Guiliano-Lagarde rapporten s. 10.

¹⁴⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område; se även McParland (2015) s. 199.

¹⁴⁵ Mål C-271/00 *Gemeente Steenbergen* mot *Luc Baten*, EU:C:2002:656, punkt 22. Se även Mål C-29/76 *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG* mot *Eurocontrol*, EU:C:1976:137, punkt 3.

¹⁴⁶ Mål C-271/00 *Baten* punkt 37.

¹⁴⁷ Mål C-172/91 *Sonntag* mot *Waidmann c.s.*, EU:C:1993:144, punkt 21 – 24. I en svensk kontext är det intressant att särskilt notera punkt 24, i vilken domstolen påpekar att ”...a teacher does not exercise public powers even when he awards marks to pupils...” vilket skiljer sig ifrån uppfattningen inom svensk rätt.

¹⁴⁸ Se McParland (2015) s. 199.

4.2.3 Partsautonomi

Det torde vara i varje avtalande parts intresse att redan på förhand reglera vilket lands lag som ska vara tillämplig på avtalet, vilket också tycks förutsättas vara fallet i Rom I-förordningen. Förordningen innehåller inga formella krav på utformandet av lagvalsklausuler, utan hänför frågan till den lag som är tillämplig på avtalet.¹⁴⁹ Värt att notera är att det måste vara ett visst regelsystem som pekas ut, inte en allmän rättstradition.¹⁵⁰

Enligt artikel 3(1) ska parternas val av tillämplig lag vara uttryckligt eller klart framgå av avtalsvillkoren eller av övriga omständigheter. Vanligast torde vara att införa en uttrycklig lagvalsklausul i avtalet, men hänvisningar eller referenser till ett lands lag i avtalstexten kan vara exempel på att lagvalet ”framför av avtalsvillkoren”. En överenskommelse om exklusiv domsrätt till domstolarna i ett land,¹⁵¹ eller användandet av ett standardavtal som regleras av ett visst lands lag,¹⁵² kan vara sådana faktorer som vägs in i bedömningen om lagvalet framgår. Dock anses utpekandet av behörig skiljedomstol inte som ett indirekt utpekande av tillämplig lag.¹⁵³ Genom sitt val kan parterna ange tillämplig lag för avtalet i sin helhet eller för endast en del av det (*dépeçage*). Enligt artikel 3(2) kan parterna när som helst komma överens om att en annan lag ska vara tillämplig på avtalet än den lag de tidigare kommit överens om.

4.2.4 Generella regler

Om tillämplig lag inte bestäms genom avtal parterna emellan, avgörs tillämplig lag genom att tillämpa Rom I-förordningens generella regler. Generalregeln i artikel 4 innehåller en mängd typavtal, för vilka förordningen anger vilken anknytning som ska vara avgörande för att bestämma tillämplig lag. Av central betydelse för anknytningsreglernas tillämpning är begreppet ”vistelseort”.¹⁵⁴ Detta kan vara svårt att fastställa, men trots det finns ingen klagörande bestämmelse om det i förordningen. Begreppet är autonomt, och i förståelsen av det måste man finna en definition som är förenlig med annan unionsrätt.¹⁵⁵ Begreppet är inte synonymt med domicil, som endast åsyftar faktiskt bosättning. Visserligen kan bosättningsort vara en del i bedömningen av en fysisk persons vanliga vistelseort, men man måste även se var till var personens intressecentra är beläget. Dessutom kan det endast vara fråga om *en* vistelseort, som avgörs vid den relevanta tidpunkten för ingåendet av kontraktet.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Artikel 3(5) med hänvisning till artikel 11. Det finns flera möjliga alternativa lagar för att avgöra den formella giltigheten beroende på omständigheterna vid avtalets tillkomst.

¹⁵⁰ Exempelvis skulle ”islamisk rätt” inte kunna pekas ut som tillämplig på ett avtal.

¹⁵¹ Skäl 12 Rom I-förordningen.

¹⁵² Guiliano-Lagarde rapporten s. 17.

¹⁵³ Se Bogdan (2016) s. 120.

¹⁵⁴ Eng. version ”habitual residence”.

¹⁵⁵ Se exempelvis McParland (2015) s. 176 – 177, för exempel på hur begreppet används på andra områden inom EU-rätten.

¹⁵⁶ Artikel 19(3) Rom I-förordningen.

För att underlätta för att slå fast vistelseort för juridiska personer finns en hjälpregel i artikel 19. Vid tillämpning av denna förordning ska ett bolag, en förening eller en annan juridisk person anses ha sin vanliga vistelseort där huvudkontoret är beläget. För en fysisk person som bedriver näringsverksamhet ska platsen för näringsverksamhet vara hans vistelseort. Om ett kontrakt har ingåtts med en filial eller annan företagsdel ska den ort där verksamheten är belägen vara företagets vistelseort.

4.2.4.1 Avtal om varor, tjänster och byggtreprenader

Enligt artikel 4(1)(a), som visserligen inte är tillämplig i Sverige,¹⁵⁷ är lagen i det land där säljaren har sin vanliga vistelseort tillämplig på avtal rörande köp av varor. Enligt artikel 4(1)(b) ska lagen i det land där tjänsteleverantören har sin vanliga vistelseort vara tillämplig på tjänsteavtal. Notera att ”tjänsteleverantör” åsyftar den som enligt avtalet har ansvaret att leverera tjänsten, även om det de facto kan komma att utföras av en underleverantör.¹⁵⁸ Det förekommer att upphandlande myndigheter köper eller hyr lokaler för att bedriva sin egen eller andra myndigheters verksamheter.¹⁵⁹ Det kan således vara av intresse att också erinra artikel 4(1)(c), enligt vilken avtal som avser sakrätt till fast egendom eller hyra av fast egendom ska vara underkastade lagen i det land där den fasta egendomen är belägen.

I EU-fördragets mening är tjänster prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.¹⁶⁰ Avsaknaden av definitioner av övriga termer medför dock att begreppet förblir oklart. Rom I-förordningen innehåller inga definitioner av varken varor eller tjänster. Enligt beaktandesats 17 ska begreppen dock ha samma innebörd som i Bryssel Ia-förordningen. EU-domstolens tolkning har givetvis viss grund i fördragen, men menar ändå att ”tjänster” måste förstås utifrån Bryssel Ia-förordningen ursprung och syfte och således ha en autonom innebörd.¹⁶¹ Enligt domstolens resonemang i *C-533/07 Falco Privatstiftung och Thomas Rabitsch mot Gisela Weller-Lindhorst* måste begreppet åtminstone innebära att den som utför en tjänst utför en bestämd verksamhet mot ersättning.¹⁶² Avgörande för om ett avtal är att klassificeras som köp av varor eller tjänster är den karaktäristiska obligationen. Hur parterna själva valt allt karaktärisera avtalet spelar ingen roll för klassificeringen.¹⁶³ I vissa situationer kan avgränsningen mellan ifall ett avtal är ett köp av vara eller en tjänst vara svår att avgöra, och i *C-381/08 Car Trim GmbH mot KeySafety Systems Srl* klagade EU-domstolen att

¹⁵⁷ Se avsnitt 4.3.

¹⁵⁸ Se McParland (2015) s. 377.

¹⁵⁹ Se exempelvis HFD Mål nr 884-15.

¹⁶⁰ Artikel 57 FEUF.

¹⁶¹ Vilket också innebär att även om begreppen innehar en upphandlingsrättsligt klar innebörd, så är det av liten hjälp i den internationell privaträttsliga bedömningen. Se exempelvis LOU 2 kap. 18 § och 21 §.

¹⁶² Mål *C-533/07 Falco Privatstiftung och Thomas Rabitsch mot Gisela Weller-Lindhorst*, EU:C:2009:257, punkt 20 – 29.

¹⁶³ Se McParland s. 367.

frågan avgörs genom att se till vem av parterna som tillhandahåller materialet. Om det är säljaren så är det fråga om ett köp, och om det är köparen så är det fråga om en tjänst.¹⁶⁴ I de flesta situationer torde det dock vara lätt att avgöra huruvida kontraktet rör varor eller tjänster. Som redogjorts för ovan är anknytningsfaktorerna dessutom desamma för båda avtalstyperna.

En relevant fråga i sammanhanget är hur byggentreprenader ska klassificeras för att avgöra tillämplig lag. Beroende på de konkreta omständigheterna i entreprenadavtalet kan det framstå som något oklart om det är fråga om en tjänst, ett blandat avtal eller om det till och med är fråga om ett avtal rörande fast egendom.¹⁶⁵ I Guiliano-Lagarde rapporten menade man att artikel 4(1)(c)¹⁶⁶ inte omfattar konstruktion och reparation av fast egendom, då avtalsobjektet har en närmare anknytning till utförandet av en tjänst snarare än den fasta egendomen.¹⁶⁷ Med det klargjort kvarstår inte någon möjlighet för byggentreprenader att träffa flera olika typer av avtalstyper enligt förordningen, vilket i sådana fall hade gjort artikel 4(2) tillämplig. Rimligtvis kan en byggentreprenad inte klassificeras som ett köp av varor, även om det ofta är en del av vad som ingår i upphandlingen. Regeln som EU-domstolen tog fram i *Car Trim*-målet är således inte relevant i sammanhanget. Inför omarbetandet av den nya Rom I-förordningen föreslog Danmark att en ny strecksats skulle införas under artikel 4(1), enligt vilken avtal angående uppförandet av byggnader skulle regleras av lagen i det land där den fasta egendomen är belägen.¹⁶⁸ Detta kom dock inte att leda till någonting i förordningen.

4.2.4.2 Blandade avtal

Enligt artikel 4(2), om avtalet inte omfattas något av typavtalen i artikel 4(1) eller om delarna i avtalet skulle omfattas av fler än ett av typavtalen i artikel 4(1)(a – h), ska avtalet vara underkastat lagen i det land där den part som ska utföra avtalets karaktäristiska prestation har sin vanliga vistelseort. Den karaktäristiska prestationen i ett unilateralt kontrakt (exempelvis gåva) är oproblematiskt att avgöra. Bilateral avtal kan vara svårare. Om motprestationen utgör betalning, vilket ofta är fallet, så är det åtagandet inte den karaktäristiska prestationen utan det är istället det som ska betalas för – vad det nu än må vara – som är det.¹⁶⁹ Det är kanske inte alltför komplicerat att avgöra den karaktäristiska prestationen i mindre komplexa avtal, men i multilaterala avtal med ömsesidiga förpliktelser måste den karaktäristiska prestationen fastställas med hänsyn till avtalets tyngdpunkt, och domstolen kan då avgöra om detta faller åt någon av avtalsparterna.¹⁷⁰ Om bedömningen

¹⁶⁴ Mål C-381/08 *Car Trim GmbH* mot *KeySafety Systems Srl*, EU:C:2010:90.

¹⁶⁵ Jfr LOU 2 kap. 3 §, och 18 § som ger uttryck för den upphandlingsrättsliga separationen mellan tjänstekontrakt och byggentreprenadkontrakt.

¹⁶⁶ Dåvarande artikel 4(3) i Konventionen 80/934/EEG om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen).

¹⁶⁷ Guiliano-Lagarde rapporten s. 21.

¹⁶⁸ Se McParland (2015) s. 382.

¹⁶⁹ Bogdan (2016) s. 124 – 125.

¹⁷⁰ Skäl 19 Rom I-förordningen.

förefaller alltför svår, anser McParland att domstolen istället bör tillämpa artikel 4(4).¹⁷¹

Det finns olika resonemang om hur man bör hantera blandade avtal. Ett sätt vore att i blandade avtal, där en del endast utgör en försumbar del, kan avtalstypen sägas vara endast den övervägande delen.¹⁷² Ett annat alternativ är att ha ett klart kriterium, som i *Car Trim*-målet, som medför att avtalet klassas som antingen det ena eller det andra.¹⁷³ Problemet med en sådan regel är att artikel 4(2) i så fall aldrig skulle tillämpas, vilket ter sig märkligt.¹⁷⁴

4.2.4.3 Artikel 4(3) och 4(4)

Enligt artikel 4(3), om det framgår av alla omständigheter i fallet att avtalet uppenbart har en närmare anknytning till ett annat land, ska lagen i det landet tillämpas. Artikeln talar om ”avtalet”, och det omfattar avtalet i sin helhet. Det finns alltså ingen möjlighet för domstolen att komma fram till att vissa delar av avtalet ska vara underkastat lagen i ett land, samtidigt som de övriga delarna är underkastade ett annat lands lag. Vad gäller de omständigheter som ska undersökas, är både den anknytning som framgår enligt artikel 4(1) och 4(2), samt anknytningen till det land som avtalet har en nära anknytning till för att därigenom avgöra vilken faktor som är viktigast.¹⁷⁵ En anknytning till ett annat land kan utgöras av ett nära samband med ett eller flera andra avtal som i sin tur har anknytning till ett visst land.¹⁷⁶ Exempelvis vore ett avropsavtals anknytning till ett ramavtal en sådan faktor som hade kunnat beaktas för att avgöra tillämplig lag. Bortsett från det verkar endast ett fåtal anknytningar kunna vara relevanta: Fullgörandeorten, typen och platsen som kontraktet rör, parternas vanliga vistelseort samt platsen för avtalsslutet.¹⁷⁷ Om däremot ingen tillämplig lag kan tillämpas enligt artikel 4(1) eller 4(2) så ska avtalet enligt artikel 4(4) vara underkastat lagen i det land till vilket det har närmast anknytning. Skillnaden gentemot artikel 4(3) är att domstolen inte behöver bedöma om en annan lag än den som pekats ut enligt de övriga artiklarna ska tillämpas trots redan utpekad lag, utan domstolen är här fri i sin bedömning.

4.2.5 Den tillämpliga lagens räckvidd

4.2.5.1 Allmänt

Den lag som är tillämplig på avtalet enligt bestämmelserna i Rom I-förordningen ska särskilt reglera tolkningen av avtalet, dess fullgörelse,

¹⁷¹ Se McParland (2015) s. 427.

¹⁷² För ett liknande resonemang, se Mål C-464/01 *Johann Gruber mot Bay Wa AG*, EU:C:2005:32.

¹⁷³ Dessa två idéer kan jämföras med den upphandlingsrättsliga klassificeringen av kontrakt, där överviktsprincipen gäller, se avsnitt 2.2.1.

¹⁷⁴ Se McParland (2015) s. 425.

¹⁷⁵ Se McParland (2015) s. 433.

¹⁷⁶ Skäl 20 Rom I-förordningen.

¹⁷⁷ Se McParland (2015) s. 435.

konsekvenserna av avtalsbrott, förpliktelseernas upphörande samt följderna av avtalets ogiltighet. Uppräkningen är inte uttömmande.¹⁷⁸ Vad gäller sättet på vilket fullgörelsen av avtalet ska göras, samt åtgärder vid brister i fullgörandet, ska hänsyn tas till lagen i det land där fullgörelsen äger rum.¹⁷⁹ Innebörden av detta är att en domstol får ta hänsyn till fullgörelseortens lag (*lex loci solutionis*) för frågor av mindre vikt, exempelvis möjligheten att skjuta upp betalning till närmaste bankdag.¹⁸⁰

4.2.5.2 Begränsningar i tillämpningen av utpekad lag

4.2.5.2.1 Omständigheter vid tidpunkten för valet

Rom I-förordningen ska enligt artikel 2 tillämpas oavsett om lagvalsklausulen pekar ut en annan medlemsstats lag eller ett tredje lands lag. Om dock alla relevanta omständigheter vid tidpunkten för lagvalet hänvisar till en eller flera medlemsstater, får parternas val enligt artikel 3(4) av tredje lands lag inte hindra tillämpningen av sådana regler i gemenskapsrätten som inte kan avtalas bort. I C-381/98 *Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc* kunde kalifornisk rätt inte tillämpas på ett avtal om handelsagentur, i den mån tillämpandet går emot EU-direktivet om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter.¹⁸¹

Om alla omständigheter vid tidpunkten för lagvalet hänvisar till en och samma medlemsstat, kan parterna enligt artikel 3(3) inte frångå tvingande regler i just det landet. Så är även fallet om parterna har avtalat om domsrätt till domstolarna i det land vars lag man valt ska vara tillämplig på avtalet.¹⁸²

4.2.5.2.2 Internationellt tvingande regler

Enligt artikel 9 Ska reglerna i Rom I-förordningen inte förhindra domstolen ifrån att tillämpa nationella internationellt tvingande regler. Begreppet åsyftar sådana regler som ett land anser vara avgörande för att skydda allmänintressen. Begreppet är skiljt ifrån ”bestämmelser som inte får avtalas bort”¹⁸³ och bör tolkas än mer restriktivt än dem.¹⁸⁴ Det är också möjligt att beakta internationell tvingande regler i landet där avtalsförpliktelse ska utföras, om det föranleder att genomförandet av avtalet är olagligt.¹⁸⁵ Denna typ av regler kallas emellanåt för positiv *ordre public* i rättsvetenskapliga sammanhang, vilket förtydligar relationen till klassisk, negativ, *ordre public*. Vad som åsyftats med att genomförandet av är olaglig, är något oklart.¹⁸⁶ Det

¹⁷⁸ Se McParland (2015) s. 744.

¹⁷⁹ Artikel 12 Rom I-förordningen.

¹⁸⁰ Se Bogdan (2016) s. 134.

¹⁸¹ Mål C-381/98 *Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc*, EU:C:2000:605, punkt 25.

¹⁸² Skäl 15 Rom I-förordningen.

¹⁸³ Exempelvis artikel 3(3) Rom I-förordningen.

¹⁸⁴ Skäl 37 Rom I-förordningen.

¹⁸⁵ Artikel 9(3) Rom I-förordningen.

¹⁸⁶ Se Bogdan (2016) s. 132.

är okontroversiellt att påstå att begreppet omfattar situationer då fullgörandet är förbjudet.¹⁸⁷

4.2.5.2.3 Ordre public

Domstolen i en medlemsstat har rätt att vägra tillämpa en bestämmelse som annars skulle vara tillämplig enligt förordningen, endast om en sådan tillämpning är uppenbart oförenlig med grunderna för domstolslandets rättsordning. Notera att det måste vara fråga om en särskild bestämmelse som skulle vara tillämplig i målet för handen, och inte den utländska rättsordningen eller strukturen som sådan. Vad som omfattas av ordre public förändras i takt med samhällsförändringar.¹⁸⁸ Att det krävs en uppenbar strid med grundläggande värderingar medför att tillämpningen blir restriktiv. Liknande förbehåll är vanligt förekommande i internationell privaträttsliga sammanhang.¹⁸⁹

4.3 Tillämplig lag enligt IKL

4.3.1 Allmänt

IKL grundar sig på 1955 års Haagkonvention om tillämplig lag beträffande köp av lösa saker. IKL är tillämpligt på köp av lösa saker som har internationell karaktär. Med köp likställs leverans av lösa saker som ska tillverkas, om materialet tillhandahålls av den som åtagit sig leveransen.¹⁹⁰ I likhet med Rom I-förordningen innehåller konventionen och IKL ingen definition av begreppet ”vara”, men en tolkning i enighet med domstolslandets lag förefaller rimlig.¹⁹¹ Ett avtal anses ha internationell karaktär om det finns en anknytning till utlandet, och det räcker alltså inte med att parterna hänvisar till utländsk rätt i avtalet.¹⁹² Likaledes räcker det inte heller med att en utländsk domstol genom avtalet har exklusiv domsrätt.

Lagens tillämpningsområde begränsas av uppräknade situationer, och i sammanhanget utgör konsumentköp det mest relevanta undantaget. Vid konsumentköp är Rom I-förordningen tillämpning. Anledningen till detta är att om IKL var tillämplig i sådana fall skulle konsumentköp av lösa saker regleras av IKL medan andra typer av konsumentköp skulle regleras av Rom I-förordningen. Konsumentköp bör rimligtvis regleras av samma principer, varför Sverige i likhet med andra nordiska länder valde att undanta konsumentköp från IKL:s tillämpningsområde.¹⁹³

¹⁸⁷ Se McParland (2015) s. 708.

¹⁸⁸ Se Bogdan (2014), s. 69.

¹⁸⁹ Se McParland (2015) s. 713.

¹⁹⁰ IKL 1§; jfr med EU-domstolens tolkning av vad som anses utgöra ”köp” enligt Rom I-förordningen, avsnitt 4.2.4.1.

¹⁹¹ Se Fawcett, Harris, och Bridge (2005) s. 852.

¹⁹² Artikel 1(4) i Haagkonventionen från 1955.

¹⁹³ Prop. 1997/98:14 s. 23.

Parterna till avtalet har möjlighet att själva välja vilket lands lag som ska vara tillämplig på avtalet. Enligt 3 § är det lagen i ett visst land som kan göras tillämplig på ett avtal, varför det inte torde vara möjligt att hänvisa till exempelvis *lex mercatoria*.¹⁹⁴ Utgångspunkten tycks vara att parterna uttryckligen reglerar tillämplig lag, men även om valet inte görs uttryckligt kan det anses otvetydigt framgå av avtalet. De formella kraven på lagvalet avgörs enligt lagen i det land som valts.¹⁹⁵ Om parterna inte nyttjat sin rätt att välja tillämplig lag, så tillämpas lagen i det land som säljaren har sin hemvist. Om säljaren har ett fast driftställe och denne mottager beställningen där, så tillämpas lagen i det land där detta är beläget. Om säljaren mottager beställningen i det land i vilket köparen har sin hemvist eller ett fast driftställe, ska lagen i det landet vara tillämplig istället. Den relevanta tidpunkten för avgörandet är då beställningen mottogs av säljaren.¹⁹⁶

4.3.2 Förhållandet mellan IKL och Rom I-förordningen

Rom I-förordningen och IKL innehåller båda kollisionsregler vad gäller internationella köp av lösa saker, vilket innebär att deras tillämpningsområden överlappar varandra. Rom I-förordningens tillämpningsområde är dock mer omfattande än IKL. Rom I-förordningen ska inte tillämpas av EU-medlemsländer, vilka har ingått en annan konvention före det att Rom I-förordningen tillträdde.¹⁹⁷ Om enbart EU-medlemsstater har ingått en sådan konvention, ska dock Rom I-förordningen ha företräde.¹⁹⁸ För närvarande är Danmark, Finland, Frankrike, Italien, Niger, Norge, Schweiz och Sverige parter till konventionen, vilket medför att IKL har företräde framför Rom I-förordningen och fortfarande är relevant. På grund av att bestämmelserna reglerar samma område har det diskuterats om Sverige bör säga upp Haagkonventionen, och därmed låta Rom I-förordningen vara ensamt tillämplig. För att värna förutsebarheten och internordisk samhandel har man dock valt att inte göra detta än.¹⁹⁹

Efter den här kortfattade redogörelsen för kollisionsreglerna i IKL framstår det som uppenbart att reglerna påminner starkt om Rom I-förordningens kollisionsregler, men de är inte identiska. Den svenska lagstiftaren pekar särskilt ut skillnaden i att Rom I-förordningen i artikel 4(3) har en alternativ regel, om anknytningen till ett visst land är starkare än den generella regeln, vilket saknar motsvarighet i IKL. Vidare påpekas möjligheten att ta hänsyn till internationellt tvingande regler i artikel 9 Rom I-förordningen, vilket heller inte har någon motsvarighet i IKL.²⁰⁰ Dessutom skiljer sig hanteringen

¹⁹⁴ Fawcett, Harris, och Bridge (2005) s. 858.

¹⁹⁵ IKL 3 §.

¹⁹⁶ IKL 4 §.

¹⁹⁷ Artikel 25(1) Rom I-förordningen.

¹⁹⁸ Artikel 25(2) Rom I-förordningen.

¹⁹⁹ Prop. 2013/14:243 s. 25.

²⁰⁰ Prop. 2013/14:243 s. 26.

av avtal som endast har anknytning till ett och samma land, där sådana avtal faller in under Rom I-förordningens tillämpningsområde, medan det faller utanför IKL:s tillämpningsområde.

5 Partsautonomi inom upphandlingsrätten

5.1 Inledning

Avtalsfriheten är en av de viktigaste beståndsdelarna för en fungerande fri marknad. Friheten är inte i sig reglerad i lag, utan anses uttryckt genom annars dispositiv lagstiftning. Det är inte heller fråga om endast en frihet, utan tre: friheten att välja att ingå i ett avtal, friheten att välja vem man ingår avtal med, samt friheten att bestämma avtalets innehåll. LOU som lagstiftning inskränker den upphandlande myndighetens avtalsfrihet, exempelvis genom att myndigheten inte innehar friheten att fritt välja den leverantör med vilken myndigheten ska ingå avtal. Vidare finns begränsningar i att fritt bestämma över avtalets innehåll, samt möjligheten att omförhandla innehållet i ett avtal.²⁰¹

Genom den upphandlande myndighetens begränsade avtalsfrihet begränsas även myndighetens partsautonomi. Möjligheterna att avtala om tillämplig lag är olika beroende på i vilken del av upphandlingsförfarandet som frågan väcks, vilket skiljer sig från den frihet som föreligger i vanliga internationella privaträttsliga sammanhang. Det lands lag som myndigheten ämnar ska vara tillämplig på det framtida avtalet kan framgå redan i förfrågningsunderlaget, i form av ett kommersiellt villkor. När avtal sedermera sluts efter tilldelningsbeslutet blir lagvalet tillämplig på avtalet. Däremot förhindrar upphandlingslagstiftningen att villkor i en redan annonserad upphandling väsentligen ändras, förutom i väldigt specifika fall.²⁰² Om myndigheten i andra fall tillför, tar bort eller väsentligen ändrar villkor i förfrågningsunderlaget eller det upphandlade avtalet riskerar det resulterande kontraktet att betraktas som en otillåten direktupphandling.

En otillåten direktupphandling är för handen, om upphandlingen faller in under upphandlingslagstiftningens reglerade område, men myndigheten har underlåtit att annonsera upphandlingen trots att det föreligger en annonseringsplikt. När villkoren för upphandlingen väsentligen ändras från vad som framgått av annonsen och förfrågningsunderlaget, anses det vara fråga om en upphandling av ett annat avtal, vilket då inte annonserats korrekt. Om en myndighet vidtagit en väsentlig förändring av ett förfrågningsunderlag, sådan att det innebär att fullförandet av upphandlingen skulle innebära en otillåten direktupphandling, utgör detta ett godtagbart skäl för myndigheten att avbryta upphandlingen och börja om. Detta är för att myndigheten ska ha möjligheten att genomföra en upphandling korrekt, utan

²⁰¹ Se exempelvis Svensson (2012) s. 40; jfr Adlercreutz, Gorton, och Lindell-Frantz (2016) s. 139.

²⁰² Det är möjligt att anta anbud som inte uppfyller alla skall-krav, om leverantörer har möjligheten att ange alternativa förfaranden i anbudet, se exempelvis Sundstrand (2012) s. 285; se även avgränsningarna i avsnitt 1.3.

att riskera några sanktioner för en otillåten direktupphandling.²⁰³ Nedan kommer de begränsningar i myndigheters avtalsfrihet att beskrivas, för att senare i analysen utforskas som en begränsning av myndighetens partsautonomi.

5.2 Upphandlande myndigheters partsautonomi

5.2.1 Allmänt

Förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna är civilrättslig, och omfattas därmed av samma civilrättsliga reglering som andra liknande avtalsförhållanden. En upphandlande myndighet har möjligheten, i den mån åtgärder är förenliga med unionsrätten, att fritt välja vad som ska upphandlas samt villkoren för detta. Genom denna frihet innehar myndigheten också partsautonomi att välja tillämplig lag som ett kommersiellt villkor i förfrågningsunderlaget.²⁰⁴

5.2.2 Ändring av förfrågningsunderlag

Som konstaterats ovan är det inte reglerat i lag hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformade, bortsett ifrån att utformningen och innehållet måste vara förenligt med unionsrätten och EU-principerna. Detta omfattar även eventuella ändringar, kompletteringar och förtydliganden. Vilka ändringar som anses vara väsentliga, sådana att en otillåten direktupphandling är för handen, är inte heller reglerat i lag. Bedömningen är kasuistisk, varför praxis utgör den huvudsakliga källan till förståelsen av begreppet.²⁰⁵

Förfrågningsunderlaget utgör en central del av upphandlingsförfarandet, varför det åligger den upphandlande myndigheten ett stort ansvar vid utformandet och beslut om vilka obligatoriska krav som ställs på leverantörer och upphandlingen. Om myndigheten vill frångå ett skall-krav under förfarandet måste detta prövas mot de EU-rättsliga principerna. Det är således inte otillåtet i sig.²⁰⁶ Om frångåendet är förenligt med EU-principerna måste detta kommuniceras tydlig till deltagande och presumtiva anbudsgivare för att inte strida mot transparensprincipen.²⁰⁷ En något mer restriktiv syn tycks

²⁰³ KamR i Jönköping, mål nr 1706-10. Värt att notera är dock att det förekommer en intressant diskussion om upphandlande myndigheters eventuella skadeståndsansvar, när myndigheten medvetet väsentligen ändrar villkoren för en upphandling i syfte att få avsluta den.

²⁰⁴ Se avsnitt 2.

²⁰⁵ Linder och Dubois (2011).

²⁰⁶ HFD Mål nr 555-15; se även HFD Mål nr 2691-15; se även KamR i Sundsvall, mål nr 2218-13; se även Mål C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*, EU:C:2003:651, punkt 94, där EU-domstolen uttalar att det inte är tillåtet att bortse ifrån skall-krav vid anbudsutvärderingen.

²⁰⁷ KamR i Stockholm Mål nr 3190 – 16.

föreligga vad gäller tillägg av skall-krav i förfrågningsunderlaget, vilket i regel anses ändra förutsättningarna för upphandlingen på ett sätt som strider mot likhetsprincipen.²⁰⁸

I C-496/99 *Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta* ansåg EU-domstolen att en upphandlande myndighet inte har rätt att ändra anbuds-förfarandets allmänna struktur, genom att i efterhand ensidigt ändra ett av de grundläggande villkoren för detta, i målet specifikt betalningsformen. Myndigheten får särskilt inte ändra en bestämmelse som, om den hade förekommit i anbudsinfördran, skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud.²⁰⁹ Ett sådant agerande innebär att principerna om öppenhet och likabehandling åsidosattes, eftersom leverantörer inte får samma möjligheter att delta i upphandlingen på lika villkor. Ett liknade ställningstagande gjordes i C-87/94 *Europeiska gemenskapens kommission mot Konungariket Belgien*, i vilket den upphandlande myndigheten hade frångått upphandlingsförfarandet genom att tillåta en av leverantörerna att ändra sitt anbud, i strid med likabehandlingsprincipen.²¹⁰

Bedömningen om en ändring är väsentlig kan påverkas av att det redan i förfrågningsunderlaget förekommer en ändringsklausul, åtminstone vad gäller möjligheten för myndigheten att ensidigt förlänga anbudstiden under upphandlingsförfarandet.²¹¹ Likaledes kan bedömningen vara beroende på när ändringen vidtas, i synnerhet om ändringen vidtas precis innan att anbudstiden går ut. En sådan ändring tillåter inte anbudsgivarna att göra ändringar eller förtydliganden på lika villkor och därigenom begränsar leverantörers möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud, varför det med nödvändighet strider mot likabehandlingsprincipen. Detta kan även vara fallet trots att myndigheten förlänger anbudstiden efter ändringen.²¹² I det nya upphandlingsdirektivet framgår det att myndigheter bör ha möjlighet att förlänga anbudstiden, framför allt om det sker några ändringar i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget.²¹³ Detta är för att anbudsgivare måste ha möjlighet att kunna utarbeta lämpliga anbud. Det poängteras dock att ändringarna inte får vara så väsentliga att de medför att andra leverantörer hade kunnat delta i upphandlingen.

Det är inte helt klart i vilken mån ändringar av bör-krav kan utgöra väsentliga förändringar. Det är en vanlig bedömningsgrund för ändringar av förfrågningsunderlaget att ändringen anses väsentlig om det kan tänkas finnas leverantörer som valt att inte delta i upphandlingen som, om de hade känt till

²⁰⁸ Se exempelvis KamR i Stockholm Mål nr 7711-14; se även KamR i Stockholm Mål nr 6450-15, vi vilket bör-krav stärkts till att bli skall-krav, samt vissa skall-krav slopats.

²⁰⁹ Mål C-496/99 *Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA*, EU:C:2004:236, punkt 116.

²¹⁰ Mål C-87/94 *Europeiska gemenskapens kommission mot Konungariket Belgien*, EU:C:1994:166.

²¹¹ KamR i Stockholm Mål nr 2058-11 och Mål nr 2059-11.

²¹² KamR i Stockholm Mål nr 9825-14.

²¹³ Skäl 81 i dir. 2014/24/EU.

ändringen, hade velat och kunnat göra det.²¹⁴ En ändring av ett bör-krav, som ofta är en del av anbudsutvärderingen, skulle kunna påverka anbudsgivares utformning av anbud på ett lika betydande sätt som skall-krav, varför det torde kunna vara fråga om en väsentlig ändring.²¹⁵ Likaledes torde även ändringar av avtalsvillkoren kunna utgöra väsentliga ändringar, under samma förutsättningar. Exempelvis ansåg Kammarrätten i Sundsvall att borttagandet av ett villkor som innebar att ett landsting genom ett politiskt beslut ensidigt kunde säga upp avtalet med relativt kost varsel måste anses som en väsentlig ändring, då villkoret kan ha påverkat viljan och möjligheterna för andra leverantörer att lämna anbud.²¹⁶

5.2.3 Ändring av kontrakt

Förståelsen av väsentliga ändringar av kontrakt grundar sig på samma principer som ändringar av förfrågningsunderlag, där unionsrätten och de EU-rättsliga principerna utgör den rättsliga ramen för vad som är tillåtet. Generellt sett anses ändringar anses vara väsentliga om skillnaderna mellan det ursprungliga förfrågningsunderlaget och avtalet är betydande, och om parterna haft för avsikt att omförhandla de väsentliga villkoren.²¹⁷

I C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur* från 2008 gjorde domstolen flera vägledande uttalanden kring hur bedömningen ska göras. Domstolen tog sin grund i principen om öppenhet och likabehandling, och byggde vidare på tidigare vedertagen praxis. Ändringar är väsentliga om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet, och om detta visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.²¹⁸ Vidare klargjordes att följande ändringar kan vara betydande om det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs, om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, eller om ändringen medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.²¹⁹

²¹⁴ KamR i Jönköping Mål nr 2016-08; KamR i Stockholm Mål nr 1589-12; se även Rosén, kommentar till LOU 1 kap. 9 §.

²¹⁵ Se exempelvis Linder och Dubois, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*, JP infonet 2011-05-27, hämtad 2016-10-04.

²¹⁶ KamR i Sundsvall Mål nr 1829-10.

²¹⁷ Mål C-337/98 *Europeiska kommissionen mot Franska republiken*, punkt 44; se även Sundstrand (2012) s. 286.

²¹⁸ Mål C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, EU:C:2008:351, punkt 34.

²¹⁹ Mål C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur*, punkt 35 – 37.

Att en ändring anses som väsentlig om andra leverantörer hade kunna delta om de hade haft insikt i de nya förhållandena, är en upprepning av vad som redan hade konstaterats i den tidigare domen C-91/08 *Wall*, i vilket det även fastslogs att byte av underleverantör kan vara en väsentlig ändring i specifika fall.²²⁰ Ändringarna strider mot likabehandlingsprincipen då de gör skillnad mellan intresserade leverantörer, både de som medverkar i upphandlingen och de som, om de känt till de nya villkoren, hade kunnat medverka.²²¹ I *Pressetext*-målet fastställdes det även att byta av leverantör i kontraktet utgör en väsentlig ändring, förutom i väldigt specifika situationer där den ursprungliga kontrahenten äger och kontrollerar ned nya leverantören, samt svarar för skyldigheterna enligt kontraktet.²²²

5.3 De nya upphandlingsreglerna

I det nya upphandlingsdirektivet, och därigenom även i den nya upphandlingslagstiftningen, har EU valt att reglera ändringar av kontrakt under avtalets löptid. Bestämmelserna bygger i stor utsträckning på praxis från EU-domstolen. Ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet, då sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.²²³

Enligt artikel 72 i det nya upphandlingsdirektivet får särskilda ändringar av villkoren i ett kontrakt ändras under dess löptid utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste vidtas. En ändring som inte faller in under artikelns tillämplighet kräver dock ett nytt upphandlingsförfarande.²²⁴ En ändring är tillåten, oavsett monetärt värde, om det anges i det ursprungliga förfrågningsunderlaget genom en ändringsklausul eller option. Omfattningen av ändringen och när ändringsklausulen får tillämpas måste klart framgå. Dessutom får ändringen inte innebära att kontraktets övergripande karaktär ändras.²²⁵ Kompletterande byggtreprenader är tillåtna, om ett entreprenörsbyte genom en ny upphandling skulle medföra ekonomiska eller tekniska olägenheter som skulle innebära betydande olägenheter eller omkostnader för den upphandlande myndigheten.²²⁶ Ändringar är också tillåtna vid oförutsägbara omständigheter, om omständigheterna är sådana att en omdömesgill myndighet inte hade kunnat förutse dem, att kontraktets övergripande karaktär inte förändras, samt om eventuella prisökningar inte

²²⁰ Mål C-91/08 *Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, EU:C:2010:182, punkt 39.

²²¹ Se exempelvis mål C-243/89 *Europeiska gemenskapens kommission mot Konungariket Danmark*, EU:C:1993:257, punkt 43.

²²² Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, punkt 54.

²²³ Skäl 107 dir. 2014/24/EU. Detta är en tydlig koppling till *Pressetext*-målet.

²²⁴ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(5); NLOU 17 kap. 8 §.

²²⁵ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(1)(a); NLOU 17 kap. 10 §.

²²⁶ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(1)(b); NLOU 17 kap. 11 §.

överstiger 50 % av det ursprungliga kontraktsvärdet.²²⁷ Det är möjligt att genomföra ett entreprenörsbyte i vissa fall.²²⁸ Ändringar som inte är väsentliga är alltid tillåtna, oberoende av deras värde.²²⁹ Likaledes är ändringar av tillräckligt lågt värde alltid tillåtna, så länge kontraktets övergripande karaktär inte förändras.²³⁰ En artikel som reflekterar innehåller i *Pressetext*-målet har införts, för att på så sätt visa på vad begreppet ”väsentlig ändring” inbegriper. En ändring anses alltid väsentlig om införandet av nya villkor innebär att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle kunna ha godkänts, att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören, om kontraktets omfattning utvidgas betydligt, eller om det genomförs ett leverantörsbyte i vissa fall.²³¹

Begreppet ”kontraktets övergripande karaktär” återkommer i flera av bestämmelserna, men det behöver inte nödvändigtvis innebära att kontraktets ekonomiska värde ändras. Den svenska lagstiftaren menar att underlåtet att tillämpa ett avtalsvite kan vara en väsentlig ändring, även om detta inte i sig påverkar kontraktsvärdet. Det lämnas dock inte helt klargjort vad begreppet inbegriper, utan frågan ska avgöras av rättstillämpningen.²³² Arrowsmith menar att det åtminstone bör omfatta förändringen av upphandlingsobjektets grundläggande natur.²³³

Införandet av de nya bestämmelserna om väsentliga ändringar grundas på en vilja att kodifiera praxis. Den svenska lagstiftaren är av uppfattningen att det nya direktivet är uttömmande avseende vilka situationer då ändringar är tillåtna.²³⁴ Detta må vara fallet, men då begrepp i bestämmelserna fortfarande är oklara förblir även reglernas tillämpning något oklar. Arrowsmith påpekar dock att direktivet inte är tydligt i frågan om artikeln är uttömmande eller ej, i likhet med domstolens formulering i *Pressetext*.²³⁵ Om så är fallet är de situationer som uttrycks i artikeln och i den svenska lagstiftningen endast exempel på situationer som anses vara väsentliga ändringar, men utesluter inte att andra ändringar också kan vara väsentliga.

²²⁷ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(1)(c); NLOU 17 kap. 12 §.

²²⁸ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(1)(d); NLOU 17 kap. 13 §.

²²⁹ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(1)(e); NLOU 17 kap. 14 §.

²³⁰ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(2); NLOU 17 kap. 9 §.

²³¹ Dir. 2014/24/EU Artikel 72(4); NLOU 17 kap. 14 § 2 st.

²³² Prop. 2015/16:195 s. 850.

²³³ Se Arrowsmith (2014) s. 599.

²³⁴ Prop. 2015/16:195 s. 850.

²³⁵ Se Arrowsmith (2014) s. 597.

6 Analys

6.1 Specifikt om tillämplig offentligrättslig lag

6.1.1 Allmänt om offentligrättsliga kollisioner

Redan tidigt vid Sveriges tillträde till EU var det klart att tillträdet skulle påverka nationell förvaltningsrätt, särskilt vad gäller upphandlingsrätten. Rättsområdet visar redan exempel på de olika verktyg som står lagstiftare till hands i att reglera den offentliga rättens internationella aspekter. Offentlig upphandling är i stor utsträckning likriktad, och principen om ömsesidigt erkännande innehåller element av erkännande av utländska förvaltningsrättsliga beslut. Bestämmelserna i det nya upphandlingsdirektivet är dock uttryck för faktiska kollisionsregler, med innebörden att en svensk myndighet kan vara tvungen att tillämpa utländsk offentlig rätt. Som har påpekats ovan är tillämpningen av utländsk offentlig rätt kontroversiell. I vissa sammanhang kan det dock vara lämpligt och praktiskt genomförbart, framför allt i situationer där området är tillräckligt harmoniserat så att olikheterna i respektive lands lag är minimala och enkla att urskilja. Således behöver konsekvenserna av kollisionsreglernas införande inte anses vara stora i sig. Likaledes torde legalitetsprincipen efterföljas genom hänvisning till utländsk offentlig rätt i nya LOU. Oaktat vilket har en diskussion om införandet av offentligrättsliga kollisionsregler varit frånvarande i den svenska lagstiftarens förarbeten inför den nya lagen.

En relevant fråga att utreda i sammanhanget är om samma underlättande effekter hade kunnat nås med ett mindre kontroversiellt medel. Om syftet var att underlätta för gränsöverskridande samarbeten, kan det tyckas märkligt att man inför regler med effekten att myndigheter kan behöva tillämpa utländsk rätt, när samma underlättande effekt skulle kunna uppnås genom ett ömsesidigt erkännande av upphandlingsrättsliga åtgärder vidtagna enligt något lands upphandlingslagstiftning. Detta är givetvis fallet främst vad gäller användandet av utländska inköpscentraler. Vidare kan det ifrågasättas om införandet av offentligrättsliga kollisionsnormer kommer att ha den effekt som man velat uppnå. Visserligen kommer det innebära ökad tydlighet vid särskilda gränsöverskridande samarbeten, men det är osäkert i vilken mån dessa kommer att öka i och med de nya bestämmelserna. Det är en utgångspunkt i det nya direktivet att medlemsstater kommer att ingå egna avtal för att avgöra tillämplig lag, både vad gäller det reglerade området och de gränsöverskridande samarbeten som inte behandlats i direktivet. Det skapar ännu en nivå av komplexitet vilket påverkar förutsebarheten negativt, vilket måste anses gå emot det uttryckta syftet med regleringen.

6.1.2 De offentlighetsrättsliga kollisionsnormerna i det nya upphandlingsdirektivet

EU-kommissionen har haft för avsikt att skapa klarhet i vilken offentlighetsrättslig lag som ska tillämpas vid gränsöverskridande samarbete i upphandlingar, varför upphandlingsdirektivet innehåller kollisionsregler. Bestämmelserna omfattar ett begränsat antal situationer, och är således redan från början inte heltäckande vad gäller de normkonflikter som kan förekomma vid gränsöverskridande samarbete. Samarbete över gränserna, och nyttjande av utländska inköpscentraler, har redan tidigare varit tillåtna men oreglerade, vilket indikerar kollisionsreglernas begränsade omfattning åtminstone inte begränsar möjligheten till andra upphandlingsrättsliga samarbeten.

Myndigheter får inte använda sig av gränsöverskridande gemensam upphandling i syfte att kringgå nationell lagstiftning, som annars hade varit tillämplig på upphandlingen i fråga. Detta väcker frågan om när det kan anses vara fråga om ett kringgående av annars tillämplig lag. Möjligtvis kan storleken på upphandlingen och det gränsöverskridande elementet påverka bedömningen: Ju mindre upphandlingar, och ju mindre gränsöverskridande samarbete, desto märkligare kan det framstå att låta ett annat lands upphandlingsrätt vara tillämplig. Detta torde dock redan begränsas genom att möjligheten till gränsöverskridande samarbeten endast gäller upphandlingar ovanför tröskelvärdena. Vad gäller storleken på det gränsöverskridande elementet är det svårt att dra några slutsatser angående gällande rätt. Så som regelverket ser ut verkar det inte finnas några begränsningar i hur litet det gränsöverskridande elementet kan vara. Oaktat vilket är tvingande regler i den stat där myndigheten är belägen ändå alltid tillämpliga, oavsett vilket lands upphandlingslagstiftning som ska tillämpas, genom vilket effekterna av att kringgå nationell rätt i slutändan endast skulle få trivial effekt.

De offentlighetsrättsliga kollisionsreglerna är inte tydliga i huruvida dépeçage är tillåtet eller ej. Den svenska lagstiftarens tolkning, att endast ett lands lag kan vara tillämplig på upphandlingsförfarandet i sin helhet, förefaller dock rimlig i syfte att värna förutsebarheten. Det är oklart i vilken mån detta även är fallet i ett mellanstatligt avtal angående tillämplig lag. Det förefaller även otvistigt att den tillämpliga offentlighetsrättsliga lagen även omfattar de upphandlingsrättsliga rättsmedlen. Således ska en domstol, vilken det nu än må vara som har domsrätt, vid frågor om rättsmedel tillämpa den lag enligt vilken upphandlingen har genomförts. Det vore orimligt att en svensk domstol ska kunna döma ut en upphandlingsskadeavgift till följd av att en myndighet vidtagit enligt svensk upphandlingslagstiftning otillåtna åtgärder, i en gränsöverskridande gemensam upphandling på vilken ett annat land upphandlingsrätt ska tillämpas. Domsrättsfrågan är viktig i sammanhanget, och de vanliga forumreglerna torde vara tillämpliga även vid gränsöverskridande samarbeten. Den svenska lagstiftaren är dock av uppfattningen att situationerna är svåröverskådliga och därmed är det heller inte möjligt att i nuläget göra några klara regler för frågor om domsrätt, utan detta överläts till rättstillämpningen. Om kollisionsreglerna alltid pekar ut

endast ett lands lag i sin helhet, förefaller det lämpligt och rimligt att även detta lands lag beträffande rättsmedel tillämpas, och dess domstolar har domsrätt. Detta torde även framstå som tillräckligt förutsägbart för deltagande leverantörer.

Som redogjorts för ovan, så är lagen i det land där en inköpscentral belägen tillämplig på åtgärder som vidtas inom ramen för dess verksamhet. Som påpekats förekommer det att den upphandlande myndigheten typiskt sett själv ansvarar för vissa åtgärder, vilka då omfattas av utländsk offentlig rätt. En sådan ordning innebär att de leverantörer som inköpscentralen sluter kontrakt med har ett och samma upphandlingsrättsliga regelverk att förhålla sig till, oavsett vilka myndigheter som utnyttjar inköpscentralens tjänster. Även om leverantörsperspektivet inte har varit ett ändamål i sig med kollisionsreglernas utformning, har man vägt leverantörernas intresse tyngre än intresset att myndigheter enhetligt ska tillämpa sin nationella rätt. Intresseavvägningen verkar ligga till grund även för tolkning av övriga kollisionsregler, exempelvis angående möjligheten till dépeçage. Samma slutsatser hade dock kunnat nås även med andra utgångspunkter, såsom rättstillämpningens koherens, varför argumentationen ändå vittnar om de värden som ligger till grund för tolkningen av bestämmelserna.

6.1.3 Myndigheters partsautonomi

En upphandlande myndighets möjlighet att välja tillämplig offentligrättslig lag under upphandlingsförfarandet är olika beroende på vilken av de gränsöverskridande samarbetsmetoderna som används. Vad gäller den första metoden, användandet av utländska inköpscentraler, så förekommer det ingen partsautonomi. Kollisionsreglerna i upphandlingsdirektivet anger att lagen i det land där inköpscentralen är belägen ska tillämpas, även av myndigheter som vidtar upphandlingsrättsliga åtgärder inom ramen för användandet av inköpscentralens verksamhet.

Vid de andra typerna av gränsöverskridande samarbete förekommer dock viss partsautonomi. Den svenska lagstiftaren har uppfattningen att myndigheters partsautonomi är begränsad, även om detta inte klart följer av de EU-rättsliga bestämmelserna. Man menar att samarbetade myndigheter är begränsade till att välja någon av de upphandlingsrättsliga regleringarna som gäller i någon av staterna i vilken någon av myndigheterna är belägen, som ska vara tillämpliga på upphandlingsförfarandet. Ställningstagandet grundar sig på en vilja om att säkra tydligheten i upphandlingen. Vidare vore det orimligt att myndigheterna fritt skulle kunna välja vilket lands offentligrättsliga lag som de ska tillämpa, även om det endast är fråga om ett enda upphandlingsförfarande. Att myndigheter fritt skulle kunna välja tillämplig offentlig lag är knappast förenligt med legalitetsprincipen.

Som har redogjorts för ovan är det kontroversiellt i sig att myndigheter kan tillämpa utländsk offentlig rätt. Att begränsa myndigheters partsautonomi i detta sammanhang skulle därför också kunna vara ett uttryck för det

återhållsamhet som den traditionella uppfattningen om internationell offentlig rätt ger uttryck för. Detta kan också vara grunden för remissyttrandet om att myndigheter kan vara bundna vid att endast välja svensk rätt som tillämplig på myndighetens egna ansvarsuppgifter. Huruvida den svenska lagstiftaren har en alltför snäv uppfattning av bestämmelserna återstår att avgöras av EU-domstolen.

Vidare är upphandlande myndigheters partsautonomi begränsad *när* de kan avtala om tillämplig offentligrättslig lagstiftning. Det regleras redan av upphandlingsdirektivet att valet av tillämplig offentligrättslig lag ska framgå av förfrågningsunderlaget. Att under upphandlingsförfarandet ändra vilken offentligrättslig lag som är tillämplig kan träffas av reglerna om väsentliga ändringar. Eftersom det inte är fråga om en offentligrättslig lag som är tillämplig i det civilrättsliga förhållandet mellan myndighet och leverantör, så är väsentliga ändringar av kontrakt inte relevanta i sammanhanget. Om myndigheterna ändrar vilken offentligrättslig lag som är tillämplig på upphandlingsförfarandet, kan myndigheterna frångå det upphandlingsförfarande som de från början annonserat att de skulle följa, vilket inte är tillåtet. Detta kan vara fallet i två möjliga scenarion, exemplifierade nedan med utgångspunkten i ett öppet förfarande:

- a) Om myndigheterna går ifrån att använda ett öppet förfarande enligt den ena statens reglering, till att tillämpa ett något annat förfarande enligt den andra statens reglering.
- b) Om myndigheterna går ifrån att använda ett öppet förfarande enligt den ena statens reglering, till att tillämpa ett öppet förfarande enligt den andra statens reglering.

Det första scenariot träffas redan enligt nationell rätt av hindret mot att ändra förfaranden under en pågående upphandling, varför det måste anses vara okontroversiellt att det är en väsentlig förändring. I det andra scenariot föreligger dock en viss osäkerhet. Om två medlemsländer har införlivat direktiven på samma sätt så torde det innebära att det upphandlingsförfarandet egentligen inte ändras. Domsrättsfrågan blir dock relevant igen på så sätt att om domsrätt är anknutet till vilket lands lag som är tillämplig på frågan, såsom den svenska utredningen föreslog, så skulle en ändring av tillämplig offentligrättslig lag kunna innebära en väsentlig ändring trots att det i övrigt inte ändrar villkoren för upphandlingsförfarandet. Oaktat vilket skulle en ändring av tillämplig offentligrättslig lag strida mot de EU-rättsliga principerna, i synnerhet transparensprincipen, varför det inte kan vara tillåtet på den grunden.

Slutligen kan myndigheters partsautonomi vara begränsad av att det finns en internationell överenskommelse mellan stater kring vilken offentligrättslig lag som ska tillämpas vid gränsöverskridande samarbete. Myndigheters agerande måste vara grundat på lag. Genom den svenska implementeringen av det nya upphandlingsdirektivet är det åtminstone lagreglerat hur ramarna för hur ett gränsöverskridande myndighets-samarbete ska fungera, samt de

rättsliga ramarna för vilken lag som ska vara tillämplig. Sådana förfaranden var redan innan tillåtna enligt det tidigare direktivet, varför även det får anses ge legal grund. Det är dock inte säkert att existensen av ett sådant avtal uppfyller legalitetskravet som åligger svenska myndigheters ageranden, åtminstone innan avtalet inkorporeras i svensk rätt genom lag. Detta innebär att trots ambitionen att öppna för möjligheten till ett specialiserat och öppet regelverk medlemsstater emellan, kan den svenska inställningen till internationella avtal göra processen något långsammare.

6.2 Specifikt om tillämplig civilrättslig lag

6.2.1 Allmänt om kollisionsreglerna i Rom I-förordningen

Rom I-förordningen är endast tillämplig på avtal inom privaträttens område, och specifikt inte på förvaltningsrättsliga frågor. I Rom I-förordningens mening är förvaltningsrättsliga frågor sådana handlingar som ger uttryck för det offentliga makt. Detta brukar beskrivas som att myndigheter ensidigt påverkar eller upprättar ett rättsförhållande, vilket typiskt sett inte anses vara fallet under ett upphandlingsförfarande.²³⁶ När ett upphandlingsförfarande är avslutat och ett avtal finns för handen, är förhållandet mellan myndigheten och leverantören privaträttslig. En av anledningarna till att indirekta gränsöverskridande upphandlingarna är mer vanligt förekommande än de direkta är att vid indirekt gränsöverskridande upphandling blir det i praktiken fråga om två parter från samma land. Detta innebär att det inte längre finns en internationell anknytning som aktualiserar Rom I-förordningens tillämpning, utan istället tillämpas nationell avtalsrätt. I de fall då detta inte är fallet blir dock förordningen tillämplig. Om parterna underlåtit att själva välja tillämplig lag måste en domstol vända sig till Rom I-förordningen, eller IKL, för att genom deras generella regler avgöra vilket lands lag som ska tillämpas i förhållande till avtalet. Tillämpningen av kollisionsreglerna i förordningen och lagen är förhållandevis oproblematiske vad gäller de typer av avtal som tenderar vara föremål för upphandlingar. Köp av varor och tjänster ställer inte upp några större problem. Tillämplig lag avseende byggentreprenader kan i viss mån diskuteras, men det förefaller okontroversiellt att sådana avtal ska behandlas på samma sätt som tjänsteavtal i stort, oavsett den upphandlingsrättsliga klassificeringen.

Även om begrepps användningen i Rom I-förordningen är autonom så är det inte omöjligt att EU-domstolen skulle göra bedömningar liknande de enligt upphandlingsrätten, vad gäller att karaktärisera vilket typ av kontrakt det är fråga om vid blandade avtal. Om ett avtal rör både köp av varor och tjänster så avgörs frågan upphandlingsrättsligt av överviktsprincipen, och enligt Rom I-förordningen är det den karaktäristiska prestationen som avgör vilket lands lag som är tillämplig. Bedömningarna görs i olika syften. Den internationellt

²³⁶ Se dock avsnitt 2 om synen på inslag av myndighetsutövning i upphandlingsförfarandet.

privaträttsliga bedömningen av blandade avtal klassificerar egentligen inte kontraktet *i sig*, men eftersom den övervägande delen av ett kontrakt i de flesta fall också torde utgöra dess karaktäristiska prestation, så torde de ofta kunna överlappa. Den internationellt privaträttsliga klassificeringen torde ligga än närmare den upphandlingsrättsliga bedömningen av ett kontrakts huvudsyfte när byggentreprenadkontrakt har inslag av andra kontraktstyper.

I min kontakt med upphandlande myndigheter inför det här arbetet stötte jag på uppfattningen att trots avsaknad av en lagvalsklausul, så skulle anknytningen till Sverige ändå anses vara tillräckligt starkt för att svensk lag vore tillämplig på avtalet i fråga. Vid en snabb blick på reglerna i Rom I-förordningen kan man dock snabbt konstatera att så inte alls är fallet, då det klart framgår att anknytningen för köp av varor eller tjänster är säljarens hemvist. Närmast till hand är att klassa byggentreprenader som tjänst, och därmed tillämpa artikel 4(1)(b) i Rom I-förordningen. Trots att det är vedertaget att artikel 4(1)(c) om tillämplig lag avseende fast egendom inte är tillämplig på uppförande av byggnader kan det ändå tyckas märkligt med att låta artikel 4(1)(b) reglera byggentreprenader, särskilt med åtanke om att fast egendom annars lämpligen regleras av lagen i det land där den fasta egendomen befinner sig. Möjligtvis skulle artikel 4(3) kunna utgöra en grund för att påstå att en annan lag än den som pekas ut av de vanliga kollisionsreglerna är att tillämpa. Dock förhåller det sig så att även om det faktum att det rör sig om fast egendom kan anses utgöra en anknytning till lagen i det land där den fasta egendomen befinner sig, är detta inte i sig tillräckligt för att kunna tillämpa artikel 4(3). För artikelns tillämpning måste alla relevanta omständigheter som rör avtalet peka på en annan lag än den som pekas ut av de generella kollisionsreglerna. Bedömningen görs kasuistiskt. På samma vis kan det faktum att en av parterna är en myndighet, som givetvis även är en stark anknytning till ett vist land genom att det är köparens land, utgöra ett sådant anknytningsmoment men är inte i sig tillräckligt.

6.2.2 Myndigheters partsautonomi

I det nya upphandlingsdirektivet särskiljs ändringar från väsentliga ändringar. Oavsett ändringens typ krävs det ett nytt upphandlingsförfarande om inte ändringen är tillåten enligt direktivet. En ändring anses väsentlig om ändringarna medför att kontraktet skiljer sig väsentligen från det kontrakt som ursprungligen ingicks. Om det nya direktivet är uttömmande, vilket är den svenska lagstiftarens uppfattning, så sätter direktivet även gränsen för vilka ändringar som anses väsentliga. Den fråga som är relevant för det här arbetet är om införandet av en lagvalsklausul i en redan annonserad upphandling eller under avtalets löptid kan utgöra en väsentlig ändring av kontraktet, sådant att det utgör en otillåten direktupphandling. Som påpekats tidigare behandlar den praxis som finns på området i huvudsak skall-krav och i begränsad mån börkrav, och inte på de kommersiella villkoren för avtalet. Som dock också påpekats tidigare är det relevanta för bedömningen vilka konsekvenser som en ändring innebär, vilket innebär att frågan kan utredas utifrån de principer

som fastställs i praxis samt de bestämmelser som kommer till uttryck i det nya upphandlingsdirektivet.

En ändring är alltid väsentlig om det införs villkor som, om de hade förekommit i förfrågningsunderlaget, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. Strecksatsen är en direkt kodifiering av *Pressetext*-målet. Det är svårt att bedöma huruvida införandet av en lagvalsklausul träffas av denna generella grund. Visserligen kan det vara en fördel för en leverantör att ha kunskap om vilket lands lag som kommer att tillämpas på avtalet, men det förefaller inte helt sannolikt att det faktum att ett annat lands lag är tillämpligt på avtalet avskräcker leverantörer från att medverka i upphandlingar. Möjligtvis kan det verka avskräckande för mindre leverantörer, vilka redan har svårigheter att delta i upphandlingar från första början. Det kan dock påverka hur leverantörer väljer att utforma sina anbud, utefter avtalsparternas respektive rättigheter och skyldigheter i nationella rätt, varför ändringen av tillämplig lag kan innebära en väsentlig ändring. Detta vore i så fall vara en kasuistisk bedömning och är en fråga som är svårt att avgöra på förhand. Samma bedömning ligger till grund för att avgöra om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet. Införandet eller ändringen av en lagvalsklausul skulle därför kunna utgöra en väsentlig ändring.

Det kan kort konstateras att på grund av en lagvalsklausuls karaktär kan införandet av en lagvalsklausul inte träffas av bestämmelsen kring nya villkor som medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. Likaledes är det inte fråga om något leverantörsbyte.

Om införandet av en lagvalsklausul inte anses som en väsentlig ändring enligt artikel 72(4), så kan det vara fråga om en tillåten ändring enligt artikel 72(1) eller 72(2). Om det redan av förfrågningsunderlaget ingår en ändringklausul som möjliggör ändring av den tillämpliga lagen, så kan detta vara en tillåten ändring såvida kontraktets övergripande karaktär inte ändras genom införandet. Bedömningen är svårt, då begreppet ”kontraktets övergripande karaktär” inte är helt klarlagt. Klart är dock att det monetära värdet inte är avgörande. Arrowsmiths tolkning förefaller rimlig, att ändringen måste vara hänförlig till upphandlingsobjektets grundläggande natur, varför en lagvalsklausul inte torde medföra en ändring av ett kontrakts övergripande karaktär. Lagvalsklausuler är hänförliga till kontraktet i sig snarare än det objekt som kontraktet rör.

Det går inte att uppskatta ett monetärt värde i en lagvalsklausul, varför artikel 72(2) blir svår att tillämpa i sammanhanget. Även om det går att uppskatta ett värde så kvarstår problemen med förståelsen av begreppet ”kontraktets övergripande karaktär”. Ändringar kan också vara tillåtna vid oförutsägbara omständigheter i vissa situationer. Det är dock svårt att tänka sig att en myndighet kan bli förvånad över behovet att reglera lagvalet. Det är en realitet

att utländska aktörer kan tänkas vilja delta i upphandlingen, varför lagvalet alltid bör vara reglerat redan i förfrågningsunderlaget.

Det nya upphandlingsdirektivet behandlar inte ändringar av förfrågningsunderlag, men liknande övervägningar görs i det förhållandet. Bedömningen kommer därför att göras på samma sätt som redan är fallet, i att pröva ändringen gentemot de EU-rättsliga principerna. Vidare är ändringen otillåten ifall det hade varit möjligt att godkänna andra anbud, eller om fler leverantörer hade kunnat delta, om villkoret hade varit en del av upphandlingen redan från början. Samma svårighet föreligger i denna bedömning som för ändringar i gällande kontrakt.

6.3 Sammanfattande slutsatser

För att upphandlande myndigheter ska kunna dra nytta av den inre marknadens potential måste reglerna om gränsöverskridande upphandlingar och gränsöverskridande samarbete vara klara och kunna tillämpas i en upphandlingsrättslig kontext. De offentligrättsliga kollisionsreglerna uppfyller detta inom tillämpningsområdet. Trots argumentationen som förekommit i det svenska lagstiftningsarbetet kommer reglerna troligtvis inte att vara oproblematiske att tillämpa. En upphandlande myndighets möjlighet att välja tillämplig offentligrättslig lag är, såsom framgått, begränsad, vilket förefaller rimligt. Dessutom är en ändring av vilken offentligrättslig lag som är tillämplig på upphandlingsförfarandet vara en väsentlig ändring, då myndigheten frångår det upphandlingsförfarande som den annonserat ut skulle tillämpas. Det måste än en gång påpekas att diskussionen kring offentligrättsliga kollisionsregler sorgligen varit frånvarande.

De privaträttsliga kollisionsreglerna har tolkats och tillämpats under en lång tid, och ställer inte upp nya problem i en upphandlingsrättslig kontext. Däremot sätter det upphandlingsrättsliga regelverket upp ramar för den partsautonomi som annars är för handen i vanliga avtalsrelationer. Införandet av en lagvalsklausul i en redan annonserad upphandling, eller i ett gällande kontrakt, utgör troligtvis en väsentlig ändring. Slutsatsen grundas på att det skulle påverka vilka leverantörer som skulle kunna tänka sig att delta i upphandlingen, samt sannolikt hur leverantörer väljer att utforma sina anbud. Troligtvis är detta fallet i första hand för utländska leverantörer som vill delta i en svensk upphandling; Svenska leverantörer arbetar redan under förutsättningen att svensk rätt är tillämplig på det framtida avtalet. Det bör samtidigt beaktas att förekomsten av indirekt gränsöverskridande upphandling är låg, men att detta inte i sig ursäktar en upphandlande myndighet från att behandla frågan redan i förfrågningsunderlaget.

En av de mer intressanta situationerna uppstår då två upphandlande myndigheter i olika medlemsländer samarbetar i att upphandla ett ramavtal. Vad som då måste avgöras är för det första vilket lands offentligrättsliga lagstiftning som är tillämplig på upphandlingsförfarandet, men även vilket lands civilrättsliga lagstiftning som är tillämplig på avropen. En

upphandlande myndighet måste redan från början ta ställning till lagvalet, för att inte riskera att komplicerade avtalsrelationer, eller göra sig skyldig till en otillåten direktupphandling till följd av en väsentlig ändring. Detta bör vara fallet även om den upphandlande myndigheten inte anser det föreligga en risk att utländska leverantörer vill delta i upphandlingen, för att förhindra att upphandlingen måste göras om. Det är också viktigt att ha i åtanke att den upphandlingsrättsliga klassificeringen av ett avtal inte nödvändigtvis stämmer överens med den internationellt privaträttsliga klassificeringen, varför upphandlande myndigheter borde vidta försiktighet för att nå ett tillfredsställande resultat.

Bilaga A

Utdrag ur Migrationsverkets förfrågningsunderlag, Refnr.: 3.2.2-2015-47581

11.9 Lagval och tvister

Eventuella tvister rörande tolkningar eller tillämpningar av Avtalet ska så långt som möjligt lösas genom förhandling mellan parterna och i andra hand avgöras av svensk domstol med tillämpning av svensk rätt.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 2013:12 – *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*

SOU 2014:51 – *Nya regler om upphandling*

Propositioner

Prop. 1997/98:14 – *Romkonventionen - tillämplig lag för avtalsförpliktelser*

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

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

Prop. 2013/14:243 – *Lagvalsregler på civilrättens område - Rom I- och Rom II-förordningarna*

Prop. 2015/16:195 – *Nytt regelverk om upphandling*

Lagrådsremiss

Lagrådsremiss – *Nytt regelverk om upphandling*

Myndighetspublikationer och övriga officiella dokument

Konkurrensverket

Konkurrensverkets rapport 2013:5 – *Överprövningar av offentliga upphandlingar – siffror och fakta*

Konkurrensverkets rapport 2015:9 – *Siffror och fakta om offentlig upphandling*

Konkurrensverkets beslut dnr 761/2013

Europeiska unionen

EU-kommissionens rapport, 2011, *Cross-border procurement above EU thresholds*

Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I. *Official Journal C 282*, 31/10/1980 P. 0001 – 0050
EES-kommitténs beslut no 97/2012

Övrigt

Kammarkollegiets vägledning 2014:1 – *Kommersiella villkor*

Norska prop. 114 S (2015 – 2016)

Litteratur

Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars & Lindell-Frantz, Eva, *Avtalsrätt. 1*, 14. uppl., Juristförlaget, Lund, 2016

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK*, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014

Bogdan, Michael, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 8., [aktualiserade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Bogdan, Michael, *Concise introduction to EU private international law*, 3. ed., Europa Law Pub., Groningen, 2016

Fawcett, J. E. S., Harris, Jonathan & Bridge, Michael, *International sale of goods in the conflict of laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, i Svensk Juristtidning 2004

Kleineman, Jan, *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla*, i Juridisk Tidskrift 1994 – 95.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9. [uppdaterade och omarb.] uppl., Iusté, Uppsala, 2016

Marcusson, Lena, *The internationalization of administrative law*, I “Administrative law beyond the state – Nordic perspectives” red. Lind, Anna-Sara, och Reichel, Jane, 2013

Munck, Johan, *Rättskällor förr och nu*, i Juridisk publikation, jubileumsnummer 2014

McParland, Michael, *The Rome I regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2015

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, i Svensk Juristtidning 2004

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1974

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, i Svensk Juristtidning 2005

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3., [utök.] uppl., Jure, Stockholm, 2013

Persson, Vilhelm, *Rättsliga ramar för gränsöverskridande samarbete: förvaltningsmyndigheters internationella avtalsförhållanden*, Juristförlaget, Diss. Lund : Lunds universitet, 2005, Lund

Sánchez Graells, Albert, *Public procurement and the EU competition rules*, 2. ed., Hart Publishing, Oxford, 2015

Sánchez Graells, Albert, *Collaborative Cross-border procurement in the EU: Future or Utopia?*, I Upphandlingsrättslig tidskrift volym 1, 2016

Sandgren, Claes: ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?” I: Tidskrift for rettsvittenskap 2005

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007

Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Allmän förvaltningsrätt*, 26., uppdaterade och aktualiserade uppl., Liber, Malmö, 2014

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

Svensson, Ola, *Avtalsfrihet och rättvisa: en rättsfilosofisk studie*, Juristförlaget, Lund, 2012

Warnling-Nerep, Wiweka, *Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag och domstolstrots?*, Juridisk Tidskrift, Nr 2 2006/07

Wenander, Henrik, *En princip om internationell öppenhet – 1 kap. 10 § regeringsformen och socialförsäkringsrätten*, I förvaltningsrättslig tidskrift 2011

Wenander, Henrik, *A toolbox for administrative law cooperation beyond the state*, I “Administrative law beyond the state – Nordic perspectives” red. Lind, Anna-Sara, och Reichel, Jane, 2013

Elektroniska källor

Eriksson, Per, *Gränslöst nyttigt med nordenssamarbete*, Inköpsrådet 2016-11-08, hämtad 2016-11-17,
<https://inkopsradet.se/bransch/ovriga-tjanster/granslost-nyttigt-med-nordensamarbete/>

Linder, Fredrik och Dubois, Mikael, *Förändringar av förfrågningsunderlag – analys*, JP infonet 2011-05-27, hämtad 2016 – 10-04,

<https://www.jpinfo.net.se/dokument/Analyser-och-referat/793313/strongForandringarstrong-av-strongforfragningsunderlagstrong--stronganalysstrong?pageid=22179&search=F%C3%B6r%C3%A4ndringar%20av%20f%C3%B6rfr%C3%A5gningsunderlag%20%20E2%80%93%20analys>

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, hämtad 2016-09-17,

http://zeteo.wolterskluwer.se.ludwig.lub.lu.se/document/loukomm_loukap01?anchor=xloukommq2007q1091_1_kap_1_px

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från svenska domstolar

Högsta domstolen

NJA 1998 s. 873

NJA 2000 s. 712

NJA 2007 s. 349

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2010 ref. 78

HFD Mål nr 471-11

HFD Mål nr 884-15

HFD Mål nr 555-15

HFD Mål nr 2691-15

Kammarrätterna

KamR i Sundsvall Mål nr 1829-10

KamR i Jönköping Mål nr 1706-10

KamR i Stockholm Mål nr 2058-11 och Mål nr 2059-11

KamR i Stockholm Mål nr 1589-12

KamR i Sundsvall Mål nr 2218-13

KamR i Stockholm Mål nr 7711-14

KamR i Stockholm Mål nr 9825-14

KamR i Stockholm Mål nr 6450-15

KamR i Jönköping Mål nr 2016-08

KamR i Stockholm Mål nr 3190 – 16

Rättsfall från EU-domstolen

Mål C-29/76 *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG mot Eurocontrol*, EU:C:1976:137

Mål C-120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42

Mål C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna*, EU:C:1988:422

Mål C-243/89 *Europeiska gemenskapens kommission mot Konungariket Danmark*, EU:C:1993:257

Mål C-172/91 *Sonntag mot Waidmann c.s.*, EU:C:1993:144

Mål C-331/92 *Gestión Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria and Gran Casino de Las Palmas SA*, EU:C:1994:155

Mål C-87/94 *Europeiska gemenskapens kommission mot Konungariket Belgien*, EU:C:1994:166

Mål C-381/98 *Ingmar GB Ltd mot Eaton Leonard Technologies Inc*,
EU:C:2000:605

Mål C-337/98 *Europeiska kommissionen mot Franska republiken*,
EU:C:2000:543

Mål C-496/99 *Europeiska kommissionen mot CAS Succhi di Frutta SpA*,
EU:C:2004:236

Mål C-271/00 *Gemeente Steenbergem mot Luc Baten*, EU:C:2002:656

Mål C-19/00 *SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo*, EU:C:2001:553

Mål C-464/01 *Johann Gruber mot Bay Wa AG*, EU:C:2005:32

Mål C-448/01 *EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich*,
EU:C:2003:651

Mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen AG*, EU:C:2005:605

Mål C-234/03 *Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud)*, EU:C:2005:644

Mål C-220/05 *Jean Auroux mot Commune de Roanne*, EU:C:2007:31

Mål C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*,
EU:C:2008:351

Mål C-423/07 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*,
EU:C:2010:211

Mål C-533/07 *Falco Privatstiftung och Thomas Rabitsch mot Gisela Weller-Lindhorst*, EU:C:2009:257

Mål C-381/08 *Car Trim GmbH mot KeySafety Systems Srl*, EU:C:2010:90

Mål C-91/08 *Wall AG mot La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, EU:C:2010:182