



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Adam Gullstrand

Först i mål men snuvad på konfekten?

En studie av den vinnande leverantörens möjlighet till
tredjemansinträde vid överprövning av en offentlig upphandling

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Wenander

Termin för examen: Period 1 HT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod	9
1.3.1 Rättsdogmatisk metod	9
1.3.2 Prejudikattolkning	11
1.4 Avgränsningar	12
1.5 Material	14
1.6 Disposition	16
2 GRUNDLÄGGANDE REGLER FÖR KLAGORÄTT	18
2.1 Inledning	18
2.2 Allmänt om överklagande i förvaltningsprocessen	19
2.3 Terminologi i förvaltningsprocessen	20
2.4 Förutsättningar för överklagande	21
2.5 Saklegitimation för enskilda	22
2.5.1 Partsställning	23
2.5.2 Erkänt intresse av rättsordningen	23
2.5.3 Påverkad rättställning	24

2.5.4	Rättsskyddsintresse	25
2.6	Kravet på kontraritet	26
2.7	Tredjemansinträde i förvaltningsprocessen	27
3	RÄTTSLIGA RAMAR FÖR UPPHANDLING	30
3.1	Inledning	30
3.2	EU-rättslig bakgrund	30
3.3	Rättsmedelsdirektiv och rätt till effektiva rättsmedel	31
3.4	Överprövning enligt LOU	33
3.4.1	Anhängiggörande	34
3.4.2	Klagorätt enligt LOU	35
3.4.3	Förvaltningsdomstolens val av åtgärd	37
4	TREDJEMANSINTRÄDE VID RÄTTELSE AV UPPHANDLING	39
4.1	Inledning	39
4.2	Tidigare ordning	39
4.3	HFD 2011 ref. 29 – Arqdesign	41
4.4	HFD 2011 ref. 85 – Skanska	42
4.5	HFD 2012 ref. 2 – Maserfrakt	43
4.6	Vad gäller när leverantören har gjort fel i sitt anbud?	44
4.6.1	Vad gäller när en leverantör utesluts i domskälen?	45
4.6.2	Kammarrättspraxis där tredjemansinträde godtas	46
4.6.3	Kammarrättspraxis där tredjemansinträde nekas	47
4.7	Analys	50
4.8	Vad gäller om någon annan än leverantören gjort fel?	53
4.9	Rättelsesdomens utformning	55
4.10	Sammanfattning av rättelsesdomar	57

4.11	Analys	58
5	TREDJEMANSINTRÄDE NÄR EN UPPHANDLING SKA GÖRAS OM	62
5.1	Inledning	62
5.2	Beslut om att en upphandling ska göras om	62
5.3	Kommentarer i doktrinen	65
5.4	Analys	65
6	TREDJEMANSLEVERANTÖRENS STÄLLNING I ÖVERPRÖVNINGSPROCESSEN	69
6.1	Inledning	69
6.2	Prövningsramen i förvaltningsmål	69
6.3	Partsställning och tillåtna yrkanden	72
6.4	Analys	75
7	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	78
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	81

Summary

When an administrative court decides that a public procurement are to be recommenced or corrected, this will have consequences for the supplier that has won the procurement. Examples of this can include that the winning supplier becomes excluded from the new evaluation of tenders or that the winning supplier is allowed to participate in the new evaluation of tenders but with a lower score than before. The focus of this essay will be third party entry. This means that a supplier that is affected by the review procedure wants to enter the procedure without being a part of it from the start.

The set of questions are therefore concerning third party entry and these can be divided in two parts. One concerns the possibility to enter an ongoing review and the other concerns the possibility to appeal against a verdict in a procurement case. In the process of answering these questions I have used a legal dogmatic method and the material used has been retrieved from the conventional sources of law. Among these, case law has been of major importance together with legal doctrine since the written laws regarding third party entry in procurement cases are limited to the generally held regulation in 33 § FPL. Since the Swedish legislation on public procurement and legal remedies are based on EU-law, I have used an EU-law method in the parts of the essay that concerns EU-law.

The most important conclusions that can be drawn regarding third party entry, are that it has to be stated in the judgment that a supplier is excluded to make it possible to appeal. To make a third party entry in an ongoing review procedure the court must consider excluding the supplier from a new evaluation of tenders. In some cases it has been shown that the administrative courts chooses not to state an exclusion in the judgment, instead an interpretation of the grounds has to be made to decide if a supplier has been excluded or not. This makes it harder for suppliers to foresee the possibilities to make a third party entry.

Sammanfattning

När en förvaltningsdomstol beslutar att en upphandling ska rättas eller göras om, får detta konsekvenser för den leverantör som vunnit upphandlingen. Exempel på detta kan vara att den vinnande leverantören ska uteslutas från en ny anbudsutvärdering eller att den vinnande leverantören får vara med i den nya anbudsutvärderingen men med en lägre poäng än tidigare. I uppsatsen studeras det som kallas tredjemansinträde. Detta innebär att en leverantör som deltagit i en upphandling blir påverkad av en överprövning och vill träda in i processen utan att ha varit part i överprövningen från början.

De frågeställningar jag har valt kretsar därför kring tredjemansinträde och kan delas i två delar. Den ena handlar om att göra inträde i en pågående överprövning och den andra om att överklaga en dom i ett överprövningsmål. I arbetet med att svara på dessa frågor har jag använt en rättsdogmatisk metod där materialet är hämtat ur de sedvanliga rättskällorna. Bland dessa har framförallt rättspraxis utgjort en stor del men även doktrin har använts eftersom lagstiftningen gällande tredjemansinträde i överprövningsmål är begränsad till den allmänt hållna bestämmelsen i 33 § FPL. Eftersom den svenska lagstiftningen om upphandling och rättsmedel bygger på EU-rätt har även en EU-rättslig metod använts i de delar som behandlar EU-rätt.

De viktigaste slutsatserna som kan dras kring tredjemansinträde är att det måste framgå av domslutet att en leverantör utesluts för att det ska finnas en möjlighet att överklaga domen. För att en leverantör ska få göra inträde i en pågående överprövning krävs det att domstolen överväger att utesluta leverantören. Det har dock visat sig att inte alla domstolar skriver i domslutet att en leverantör ska uteslutas. Istället måste det göras en tolkning av domskälen för att avgöra om en uteslutning skett eller inte. Detta göra att

bedömningen om tredjemansinträde blir mer vansklig och det blir svårare för den som är leverantör att förutse möjligheterna till inträde.

Förord

I och med inlämnandet av denna examensuppsats avslutas en viktig del av mitt liv och en annan tar sin början. Det är nu nästan sex år sedan jag började studera och studietiden har verkligen fått mig att utvecklas och är en period jag kommer minnas med glädje. Förutom detta har jag även hunnit bli pappa och fått vänner för lång tid framöver. Jag vill också passa på att tacka alla studiekamrater som stöttat mig under resans gång och ett extra tack till kollegorna på infosök-kontoret. Alla pingisspelande och dartsmatcher kommer bli saknade.

Adam Gullstrand

Lund 14/1 2018

Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
Ds	Departementsserien
EUD	EU-domstolen
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Kommunallag (2017:725)
LOU	Lag om offentlig upphandling (2016:1145)
LUF	Lag om upphandling i försörjningssektorerna (2016:1146)
LUFS	Lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (2011:1029)
LUK	Lag om upphandling av koncessioner (2016:1147)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
Rskr.	Riksdagskrivelse
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är en stor del av de svenska offentliga finanserna. 2014 uppskattades värdet av offentlig upphandling vara 634 miljarder kronor vilket motsvarar ca 18 procent av Sveriges BNP.¹ Detta gör att det finns stora incitament för företag i många branscher att delta i upphandlingar och ta del av de offentliga affärerna. Vad som då också är av största vikt är att det finns tydliga regler om vad som ska hända när något går fel i en upphandling. En fråga som blivit mer och mer aktuell under det senaste decenniet är vilka möjligheter den leverantör som vunnit en upphandling har att föra sin talan i domstol när upphandlingen blir föremål för en överprövning.²

Detta kan exemplifieras av följande scenario. En upphandlande myndighet har nyligen fattat beslut om att tilldela ditt företag ett stort och viktigt kontrakt i en upphandling. En annan leverantör, vilken inte blivit tilldelad kontraktet, är mindre nöjd, varpå de ansöker om överprövning hos förvaltningsrätten. Du tar kontakt med ditt företags juridiska ombud för att ta reda på vad det innebär med en överprövning och om det finns någon risk att ert företag förlorar kontraktet. Ombudet förklarar för dig att överprövningen handlar om att pröva ifall någon del av upphandlingen skett på ett felaktigt sätt. Ombudet påpekar även att det finns praxis från HFD (Högsta förvaltningsdomstolen) som innebär att om ditt företags anbud riskerar att uteslutas från upphandlingen, har du rätt att föra talan mot detta. Under överprövningen får den vinnande leverantören argumentera för varför anbudet inte ska uteslutas och denne har även rätt att överklaga

¹ Upphandlingsmyndighetens rapport 2016:2, s. 12.

² Sundstrand (2014) s. 289.

förvaltningsrättens dom.³ Mot bakgrund av vad ombudet sagt blir du förvånad när domstolen väljer att upphandlingen ska rättas på så sätt att det ska genomföras en ny anbudsutvärdering och i samband med rättelsen utesluts ditt företags anbud utan att ditt företag har fått föra talan mot detta. Du får inte heller överklaga domen, som innebär att ditt företags anbud utesluts.⁴

Den ovan beskrivna situationen bygger på HFD:s avgörande i HFD 2011 ref. 29 och ett antal kammarrättsfall. I kammarrättsfallen har tredjemansinträde inte medgivits trots att en dom om rättelse kan innebära att den vinnande leverantören inte får vara med i den nya anbudsutvärderingen.⁵ Den regel som slås fast i HFD 2011 ref. 29 är att en vinnande leverantör ska medges tredjemansinträde när dennes anbud riskerar att bli uteslutet.⁶ Även om HFD 2011 ref. 29 uttrycker en relativt tydlig regel om när tredjemansinträde ska medges har det, som vi sett ovan, visat sig att avgörandet kanske ändå inte är helt enkelt att tillämpa. Det finns exempel på avgöranden från kammarrätterna där domstolarna har gjort andra bedömningar av situationer som varit väldigt lika den i HFD 2011 ref. 29.⁷ En annan aspekt är att frågan i HFD 2011 ref. 29 var om en leverantör skulle erkännas klagorätt när denne riskerade uteslutning på grund av fel i det egna anbudet. Efter detta avgörande har frågan om vad som ska gälla när en leverantör riskerar uteslutning på grund av att det är den upphandlande myndigheten som gjort fel uppkommit.⁸ En ytterligare fråga är om tredjemansleverantören ska anses vara part i målet, samt vilka av de argument leverantören för fram till försvar av sitt anbud som domstolen ska ta hänsyn till.⁹

³ HFD 2011 ref. 29.

⁴ Sundstrand (2014) s. 296f.

⁵ Se avsnitt 4.6.3.

⁶ Vestling (2017) s. 41f.

⁷ Sundstrand (2014) s. 296f.

⁸ Sundstrand (2014) s. 298.

⁹ Johansson (2016) s. 83.

Det förhållande som ligger till grund för den juridiska problematiken är att det som utgångspunkt bara är den leverantör som ansökt om överprövning som kan vara part och föra sin talan i överprövningsmålet. I situationen som beskrivs ovan handlar det om att en leverantör som inte är part vill träda in i processen. Detta kallas tredjemansinträde och är inom förvaltningsprocessen möjligt under vissa förutsättningar.¹⁰ För att någon ska få överklaga en dom från en förvaltningsrätt gäller enligt 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) FPL, att beslutet ska angå och gå denne emot. Samma kriterier gäller för att tredjeman ska få överklaga en dom från en förvaltningsdomstol. Det som är speciellt med upphandlingsmålen är att tredjeman inte bara ges en möjlighet att överklaga utan även får föra sin talan i en pågående överprövning av en upphandling. En närmare redogörelse kring detta kommer i ett senare avsnitt.¹¹ Uppsatsen kommer att handla om tredjemansinträde och behandla de problemformuleringar om beskrivits ovan.

1.2 Syfte och frågeställningar

Som vi sett ovan finns det möjlighet för den leverantör som riskerar att bli utesluten från en upphandling att träda in i och föra sin talan i överprövningsmålet. Det finns dock flera olika situationer där ett tredjemansinträde kan bli aktuellt och dessa har hanterats på olika sätt av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Syftet med uppsatsen är således att undersöka hur möjligheten till tredjemansinträde har utvecklats genom praxis från de allmänna förvaltningsdomstolarna. I samband med detta kommer jag även att utreda hur frågan behandlas i den juridiska doktrinen där det finns delade åsikter om rättsläget och vad som behöver förändras.

¹⁰ Lavin (2016) s. 61f.

¹¹ Se avsnitt 2.7.

Med utgångspunkt i uppsatsens syfte ska följande frågeställning besvaras:

- Vilka förutsättningar ska vara uppfyllda för att tredjemansinträde ska bli aktuellt i överprövningsmål av offentlig upphandling?

Utifrån huvudfrågeställningen ska även följande frågor besvaras:

- I vilka situationer kan tredjemaninträde aktualiseras och hur hanteras dessa av de allmänna förvaltningsdomstolarna?
- Är en tredjemansleverantör att anse som part i överprövningsmålet?
- Vilka av de argument och yrkanden som anförs av tredjemansleverantören ska en förvaltningsdomstol ta hänsyn till i sin prövning?

1.3 Metod

1.3.1 Rättsdogmatisk metod

I arbetet med uppsatsen har jag utifrån det valda syftet med tillhörande frågeställningar undersökt hur gällande rätt ser ut i förhållande till dessa. I arbetet med detta har jag utifrån ett antal olika situationer som kan uppstå vid ett tredjemansinträde, jämfört HFD:s praxis med rättsfall från kammarrätterna. Detta för att ta reda på vilka de praktiska konsekvenserna är för en leverantör som vunnit en upphandling som blir överprövad. I uppsatsen används också juridisk doktrin för att se hur dessa avgöranden kommenteras och hur de ska förstås. I de analysavsnitt som finns i uppsatsen, ger jag min syn på frågeställningarna och de svar utredningen av dessa gett mig. I dessa delar är min ambition också att komma med förslag på justeringar eller lösningar för att ytterligare förtydliga rättsläget där det är behövligt.

Det ovan beskrivna sättet att arbeta med de juridiska källorna kan betecknas som en rättsdogmatisk metod. Det som kännetecknar denna metod är att utgångspunkt tas i de traditionella rättskällorna, vilka är lagstiftning,

rättspraxis, förarbeten och doktrin.¹² Dessa rättskällor används sedan för att besvara de juridiska frågeställningarna vilka finns presenterade i uppsatsen.¹³ Den rättsdogmatiska metoden är alltså ett tillvägagångssätt för att på ett systematiskt och rationellt sätt komma fram till vad som är gällande rätt. Inom ramen för rättsdogmatik tillåts även att man går utanför den gällande rätten för att få nya perspektiv och kanske hitta nya svar och lösningar.¹⁴ Ett annat sätt att beteckna denna typ av metod är att säga att en rättsvetenskaplig metod har använts. Denna liknar den rättsdogmatiska metoden till stora delar och kan beskrivas på följande sätt, tänk dig cirklar med varierade storlek där de allmänt accepterade rättskällorna finns i den innersta cirkeln. I nästa cirkel finns den juridiska metoden som används för att välja ut vilken information från rättskällorna som är relevant för att lösa den juridiska frågeställningen som valts. Slutligen kan den rättsvetenskapliga metoden beskrivas som den yttersta cirkeln som kompletterar de övriga genom att den också innehåller en analys av gällande rätt.¹⁵

I vissa av uppsatsens avsnitt används EU-rättsligt material vilket gör det påkallat att säga något om detta. Den EU-rättsliga metoden är en form av rättsdogmatik på så sätt att det handlar om att utifrån de allmänt accepterade rättskällorna fastställa vad som är gällande rätt. Metoden kan beskrivas som ett sätt att hantera EU-rättsligt material snarare än att det skulle vara fråga om en särskild metod.¹⁶ De rättskällor som utgör EU-rätten är till att börja med primärrätten som utgörs av EU-fördragen, vilka är fördraget om Europeiska unionen (FEU), fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan). Även allmänna rättsprinciper räknas till primärrätten. Sekundärrätten är också en viktig rättskälla inom EU-rätten och denna

¹² Kleineman (2013) s. 21.

¹³ Kleineman (2013) s. 44.

¹⁴ Jareborg (2004) s. 4.

¹⁵ Sandgren (2015) s. 40.

¹⁶ Reichel (2013) s. 109.

består av förordningar, direktiv och beslut. En annan central del inom EU-rätten är den praxis som kommer från EU-domstolen (EUD).¹⁷ Praxis från EUD har en framträdande ställning som rättskälla eftersom dess uppgift inte enbart är att komplettera de övriga rättskällorna utan ofta är helt central för hur dessa ska förstås.¹⁸

1.3.2 Prejudikattolkning

Som vi kommer att se längre fram i uppsatsen spelar praxis från de allmänna förvaltningsdomstolarna stor roll för frågan om tredjemansinträde.¹⁹ Vi kommer också att se exempel på kammarrätter vilka dömer olika i förhållande till de prejudikat som finns.²⁰ Frågan som då uppstår är hur detta ska hanteras och vilka konsekvenser det får. Det kan därför vara lämpligt att säga något om praxis- och prejudikattolkning eftersom ett senare avsnitt i uppsatsen kommer ta upp olika sätt att tolka HFD:s avgöranden i överprövningsmål. Till en början kan det sägas att när en domstol ska bedöma en rättslig fråga spelar avgöranden från prejudikatinstanserna (Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen, Arbetsdomstolen etc.) stor roll.²¹ Dessa domstolars främsta uppgift är således att skapa vägledning åt den övriga rättstillämpningen för att denna ska kunna vara konsekvent, alltså inte bara till underrätterna utan även andra som arbetar med juridik.²² Viktiga skäl till att ha en enhetlig rättstillämpning är bland annat att det leder till ökad rättssäkerhet och förbättrad processekonomi.²³ Det ska också sägas att det inte finns någon formell prejudikatbundenhet i Sverige. Underrätterna är alltså inte tvungade att följa de prejudikat som högsta instanserna lämnar ifrån sig.²⁴ Det är dock inte alltid helt enkelt att förstå

¹⁷ Bernitz & Kjellgren (2014) s. 178f.

¹⁸ Hettne & Eriksson (2011) s. 49.

¹⁹ Se avsnitt 2.4.

²⁰ Se avsnitt 4.6.

²¹ Heuman (2014) s. 133.

²² Prop. 1971:45 s. 82f.

²³ Strömholm (1996) s. 389.

²⁴ Peczenik (1995) s. 239f.

och tolka de prejudikat som finns och anledningarna till detta kan vara flera. I vissa fall kan det vara svårt att slå fast om en princip som uttrycks i ett prejudikat är tillämplig på fallet man har för handen eftersom förhållandena skiljer sig från förhållandena i prejudikatet. Det kan också vara så att de formuleringar som används, till sin form är vaga eller svåra att förstå på andra sätt.²⁵

I de fall det inte finns något avgörande från HFD kan även domar från kammarrätterna få betydelse för rättsläget. Dessa avgöranden anses dock inte väga lika tungt som HFD:s.²⁶ I uppsatsen kommer vi även få se exempel på avgöranden från kammarrätter som kan sägas avviker från HFD:s praxis. Om en kammarrätt skulle välja att inte följa den praxis HFD slagit fast kommer kammarrättens avgöranden ändå stå fast så länge inte prövningstillstånd meddelas av HFD. Enligt 36 § FPL kan detta ske om fallet kan bidra till rättsutvecklingen eller om det finns synnerliga skäl till prövningstillstånd. De synnerliga skälen kan vara antingen grund för resning eller att en dom beror på ett uppenbart misstag eller förbiseende.²⁷ Att inte följa praxis från HFD skulle förmodligen inte falla in under grunderna för prövningstillstånd. Grunden för detta påstående är att om en allmän domstol, exempelvis en hovrätt inte skulle följa ett prejudikat räcker inte för att få prövningstillstånd i Högsta domstolen eftersom det redan finns ett prejudikat.²⁸ Enligt mig borde då detsamma kunna gälla för de allmänna förvaltningsdomstolarna.

1.4 Avgränsningar

I uppsatsen har jag valt att fokusera på frågor om klagorätt inom den klassiska sektorn. Med detta menas upphandling av varor och tjänster samt byggtreprenader, vilka ryms inom ramen för lag om offentlig upphandling

²⁵ Heuman (2014) s. 144.

²⁶ Lehrberg (2016) s. 172.

²⁷ Lavin (2016) s. 117.

²⁸ Lehrberg (2016) s. 173.

(2016:1145), LOU. Det finns ytterligare tre lagar vilka behandlar offentlig upphandling. Dessa är lag om upphandling i försörjningssektorerna (2016:1146), LUF, vilken gäller vid upphandling av energi, vatten, post och posttjänster, lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (2011:1029), LUF, lag om upphandling av koncessioner (2016:1147), LUK, vilken gäller när en bygg- eller tjänstekoncessioner ska upphandlas. Dessa tre lagar kommer inte att behandlas i uppsatsen eftersom jag har valt att utreda frågan om tredjemansinträde i förhållande till den klassiska sektorn.

En annan fråga som är intressant när det gäller tredjemansinträde i mål om offentlig upphandling är vad som gäller när en domstol överväger att ogiltigförklara ett avtal mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Detta kommer jag inte heller titta närmare på i uppsatsen eftersom de frågeställningar jag valt handlar om tredjemansinträde vid en överprövning av en upphandling och inte överprövning av ett avtals giltighet. En ytterligare fråga som jag tycker är intressant är vilka regler som gäller om det är den upphandlande myndigheten som vill överklaga en dom i ett upphandlings mål. Också denna fråga faller utanför ramarna för denna uppsats och kommer därför inte behandlas i uppsatsen.

Gällande de materiella förutsättningar vilka ska vara uppfyllda för att en överprövning ska tas upp och bifallas kommer bara beröras i den utsträckning som behövs för att skapa en förståelse för frågeställningarna.

Gällande avgränsningar kommer uppsatsen inte heller att beröra laglighetsprövningar enligt kommunallagen (2017:725) KL. Prövningar enligt 13 kap. KL skiljer sig från ett överklagande enligt FPL på det sättet att det bara är fråga om en laglighetsprövning. Prövningen kan alltså bara resultera i att ett beslut står fast eller förkastas och avser inte heller att granska beslutets innehåll. Laglighetsprövningen kan ses som ett sätt för kommunmedlemmar att kontrollera att kommunens beslut är förenliga med

lagen.²⁹ I 13 kap. 3 § KL finns den bestämmelse som avgör om KL är tillämplig eller inte. Enligt bestämmelsen ska 13 kap. KL inte tillämpas om det i någon annan lag finns bestämmelser om överklagande. Det finns även en bestämmelse i 20 kap. 19 § LOU som säger att om LOU är tillämpligt på ett beslut ska inte bestämmelserna i 13 kap. KL tillämpas.

1.5 Material

Uppsatsens övergripande tema är olika frågeställningar kopplade till tredjemansinträde i förvaltningsprocessen. I uppsatsens kapitel 2 behandlas de grundläggande reglerna för överklagade och tredjemansinträde. I detta avseende är framförallt 33 § FPL tillämplig. Bestämmelsen som är mycket generellt utformad, beskriver vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en dom från allmän förvaltningsdomstolen ska kunna överklagas. Detta göra att praxis från de allmänna förvaltningsdomstolarna spelar en avgörande roll för utvecklingen av gällande rätt på området.³⁰ I detta avseende har jag även valt att använda doktrin för att beskriva gällande rätt. När det gäller doktrin har jag valt att använda de framställningar som betraktas som standardverk på området. Bland dessa kan följande verk nämnas, *Förvaltningsprocesslagen m.m. - en kommentar* av Ulrik von Essen, *Förvaltningsprocessrätt* av Rune Lavin och *Förvaltningsprocessens grunder* av Hans Ragnemalm. De rättsfall vilka redogörs för i kapitlet har valts med tanke på deras förekomst i doktrin och förarbete. Rättsfall har även valts ut genom sökningar efter överprövningsmål som behandlar tredjemansinträde i juridiska databaser som Karnov och Infotorg juridik.

I kapitel 3, där de rättsliga ramarna för upphandling går igenom, kan följande sägas om materialet. Till att börja med beslutade riksdagen i slutet av 2016 att anta en ny upphandlingslagstiftning.³¹ Detta aktualiserar frågan om det rättsliga värdet av förarbete och doktrin vilka skrivits med tidigare

²⁹ Warnling-Nerep (2015) s. 105.

³⁰ Prop. 1971:30 s. 398f.

³¹ Rskr. 2016/17:66.

lagstiftning i åtanke. När det gäller den del av lagstiftningen som reglerar överprövning medför den nya lagstiftningen inga materiella förändringar eftersom det i propositionen till den nya LOU hänvisas till förarbetena till den äldre lagstiftningen.³² Detta gör också att de juridiska framställningar vilka baserats på den äldre lagstiftningen kan fortsätta att användas på de områden där det inte skett några förändringar. Ett sådant område är bestämmelserna om rättsmedel.³³ I kapitel 3 har jag valt att använda mig av förarbeten, praxis från HFD och juridisk doktrin för att beskriva rättsläget. Av de framställningar vilka varit särskilt värdefulla kan *Överprövning av upphandling* av Anders Asplund m.fl. och *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar* av Helena Rosén Andersson nämnas.

De frågor som behandlas i kapitel 4-6 har sin utgångspunkt i 33 § FPL, vilket gör att de i stor utsträckning är beroende av den praxis som kommer från HFD. Därför har det i dessa delar varit naturligt att använda en stor mängd rättsfall för att beskriva rättsläget. I detta avseende har jag använt mig av rättsfall både från HFD och från kammarrätterna. Anledningen till detta är dels för att belysa tillämpningen av HFD:s avgöranden och dels för att det gällande vissa frågor bara finns kammarrättspraxis att tillgå. Urvalet av rättsfall har gjorts med utgångspunkt i litteraturen och genom sökningar i juridiska databaser som Karnov och Infotorg juridik. Angående urvalet av rättsfall är det även värt att säga att uppsatsen inte gör anspråk på att innehålla ett fullständigt urval av alla de rättsfall som på något sätt berör tredjemansinträde i offentlig upphandling. Att redogöra för dessa hade tagit för mycket utrymme i anspråk och krävt mer tid än den som står till förfogande för examensarbetet. Därför har urvalet gjorts på det ovan beskrivna sättet. Till detta har jag i dessa kapitel även använt mig av juridisk doktrin för att belysa konsekvenserna av gällande rätt.

³² Prop. 2015/16:195 s. 1151.

³³ Karnov internet, lag om offentlig upphandling (2016:1145) stjärnnoten, 2017-12-12.

1.6 Disposition

Uppsatsen har följande struktur. I kapitel 2 kommer de allmänna reglerna för klagorätt att förklaras. Dessa är viktiga för att kunna tillgodogöra sig delen om tredjemansinträde eftersom de avgörande faktorerna för att detta ska medges är saklegitimation och kontraritet. I kapitel 3 presenteras de rättsliga ramarna för upphandlingslagstiftningen ur ett EU-rättsligt perspektiv eftersom LOU till stora delar bygger på EU-rätt. Även de grundläggande reglerna för överprövning av en upphandling tas upp. Anledningarna till att ta upp reglerna om överprövning är att frågan om tredjemansinträde bara aktualiseras efter att en upphandling begärts överprövad. Även domstolens val av åtgärd i en överprövning har stor betydelse för om tredjemansinträde ska medges eller inte. I kapitel 4 kommer frågan om tredjemansinträde vid rättelse av en upphandling tas upp. Inom ramen för denna finns det ett antal olika scenarion som prövats av HFD med olika utgång. Detta gör att det är av stor vikt att veta vilka förhållanden som måste vara för handen för att tredjemansinträde ska medges. I kapitlet görs även en löpande analys där de olika scenarierna jämförs med kraven på saklegitimation och kontraritet. I analysen tas även hänsyn till de olika uppfattningar som finns i den juridiska litteraturen om hur dessa frågor ska behandlas.

I kapitel 5 behandlas frågan om vad som ska gälla när en upphandling ska göras om. När det gäller denna situation finns det ingen praxis tillgänglig. Istället görs en genomgång av avgöranden från kammarrätterna som kompletteras av vad som skrivits om situationen i den juridiska litteraturen. Även detta avsnitt avslutas med en analys i vilken jag försöker dra slutsatser kring det rådande rättsläget. Min ambition är även att komma med egna åsikter om huruvida det nu gällande rättsläget är tillfredsställande och vilka praktiska konsekvenser det får för den som är leverantör. I kapitel 6 behandlas frågan om vilken rättslig ställning den som medgivit ett tredjemansinträde får. Med rättslig ställning avser jag om denna leverantör ska anses ha ställning som part eller inte. En anslutande fråga är vad av det

som tredjemansleverantören framför som förvaltningsdomstolen får grunda sin dom på. Även detta avsnitt avslutas med en analys där jag drar slutsatser kring rättsläget och försöker reda ut vilka praktiska konsekvenser detta får för den som är leverantör. I kapitel sju gör jag några avslutande reflektioner kring de frågeställningar jag har besvarat. I kapitlet kommer jag också att sammanfatta vilka praktiska konsekvenser nu gällande rättsläge har för den leverantör som vill göra ett tredjemansinträde. Ambitionen är även att presentera de förändringar som enligt min mening skulle göra rättsläget mer tydligt.

2 Grundläggande regler för klagorätt

2.1 Inledning

I detta kapitel kommer de allmänna förutsättningarna ges gällande vad som krävs för att man ska få överklaga en dom från en förvaltningsdomstol. Kapitlet ligger även till grund för besvarandet av frågeställningen om vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att tredjemansinträde ska medges. Anledningen till detta är att det i LOU saknas bestämmelser om när en leverantör kan överklaga en dom i ett överprövningsmål, i ett sådant fall ska bestämmelsen i 33 § FPL om överklagande användas. Det är enligt denna regel ett tredjemansinträde kan medges.³⁴ Förutom en redogörelse om kriterier för överklagande behövs det även en genomgång av reglerna om överprövning. Anledningen till detta är att frågan om den vinnande leverantörens klagorätt uppkommer först när en annan leverantör har ansökt om överprövning av ett beslut i en upphandling.³⁵ Det finns därför anledning att ha ett kapitel som beskriver grunderna även för överprövning.

Det är också värt att påpeka att de krav som ska vara uppfyllda för att man ska få överklaga en dom i ett upphandlingsmål skiljer sig en aning från de generella krav som ska vara uppfyllda för att man ska få överklaga en dom från en förvaltningsdomstol. Grunderna är dock desamma och skillnaden är framförallt att det är utformningen av domen som i stor utsträckning kommer att avgöra om kriterierna i 33 § FPL är uppfyllda.³⁶ Därför anser jag att det är bra för läsaren att en förståelse för de grundläggande elementen

³⁴ Sundstrand (2014) s. 295f.

³⁵ Sundstrand (2014) s. 293f.

³⁶ von Essen (2017) s. 409f.

kring överklaganden för att på bästa sätt kunna ta till sig avsnitten om tredjemansinträde i upphandlingsmål.

2.2 Allmänt om överklagande i förvaltningsprocessen

Inledningsvis kan det vara bra att säga något om de bestämmelser som reglerar klagorätten när någon vill överklaga en dom från en förvaltningsdomstol. I detta avseende finns FPL som innehåller grundläggande bestämmelser om överklagande. Det kan även finnas bestämmelser om överklagande i andra författningar som reglerar en viss fråga. Gällande förhållandet mellan FPL och de specialförfattningar vilka reglerar klagorätt kan sägas att om någon av dessa har en annan innebörd än det som står i FPL ska dessa gälla istället för de allmänna bestämmelserna i FPL.³⁷ Detta innebär att om en bestämmelse i en specialförfattning säger något annat är det som föreskrivs i FPL ska specialförfattningen tillämpas före FPL. Detta följer av 2 § FPL. När det gäller LOU, som är specialförfattning i förhållande till FPL, saknas det regler om vem som har rätt att överklaga en dom från en förvaltningsdomstol vilket gör att bestämmelsen i 33 § FPL ska tillämpas.³⁸ För tydlighetens skull kan det dock sägas, att gällande upphandling finns det bestämmelser om överprövning i 20 kap. LOU där frågan om klagorätt regleras i 4 § LOU. Denna säger att den leverantör som antingen anser sig ha lidit skada eller skulle kunna göra det, får ansöka om att en förvaltningsdomstol ska överpröva en upphandling samt de avtal som slutits mellan leverantören och den upphandlande myndigheten. Viktigt att poängtera här är att dessa specialregler gäller enbart överprövning av myndighetsbeslut och reglerar inte frågan om överklagande av en dom från en förvaltningsdomstol i ett mål om offentlig upphandling.³⁹

³⁷ Prop. 1971:30 s. 513f.

³⁸ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 676.

³⁹ Sundstrand (2014) s. 295.

2.3 Terminologi i förvaltningsprocessen

Det kan även vara bra att säga något om terminologin inom förvaltningsrätten. En uppfattning i den juridiska doktrinen är att begreppet förvaltningsprocessrätt avser processen både hos en förvaltningsdomstol och en förvaltningsmyndighet. Enligt detta synsätt är de regler och principer som används knutna till varandra på ett sådant sätt att de bildar en gemensam uppsättning av regler.⁴⁰ Detta gäller inte minst frågan om klagorätt dels vid ett överklagande av en förvaltningsmyndighets beslut och dels vid ett överklagande av ett mål i förvaltningsdomstol. För ett överklagande av förvaltningsbeslut gäller bestämmelsen i 22 § Förvaltningslag (1986:223) FL. Denna har samma lydelse som 33 § FPL vilken reglerar frågan om klagorätt för överklagande av en dom från en förvaltningsrätt.⁴¹ Ett annat sätt att se på saken är att göra en formell uppdelning, där termen förvaltningsprocessrätt med fördel kan användas för att beskriva de regler och principer som är tillämpliga när ett mål handläggs av en förvaltningsdomstol.⁴² Eftersom syftet med uppsatsen framförallt är inriktat på klagorätsfrågor i samband med tredjemansinträde i förvaltningsprocessen kommer jag att använda mig av begreppet förvaltningsprocessrätt för att beskriva handläggningen av ett mål i en förvaltningsdomstol.

Namnen på instanserna för de allmänna förvaltningsdomstolarna är förvaltningsrätt, kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen.⁴³ HFD hette tidigare Regeringsrätt⁴⁴ och avgöranden från domstolen publicerades i Regeringsrättens årsbok RÅ jämfört med dagens avgöranden vilka publiceras i Högsta förvaltningsdomstolens årsbok HFD.⁴⁵ Detta får

⁴⁰ Ragnemalm (2014) s. 32.

⁴¹ Ragnemalm (2014) s. 171.

⁴² Lavin (2016) s. 13.

⁴³ Prop. 2008/09:165 s. 111f.

⁴⁴ Lavin (2016) s. 20.

⁴⁵ Ragnemalm (2014) s. 52.

betydelse när det gäller referering till avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen. De rättsfall vilka har beteckningen RÅ kommer även fortsättningsvis att ha denna men i beskrivningarna av fallen kommer jag använda förkortningen HFD istället.

Gällande en förvaltningsdomstols avgöranden kan sägas att dessa enligt terminologin i FPL är betecknade som beslut.⁴⁶ Ett avgörande där en fråga avgörs materiellt ska dock betecknas som dom, vilket framgår av 10 § förordning om mål i allmän förvaltningsdomstol (2013:390). När en förvaltningsdomstol avgör någon annan fråga ska dessa avgöranden betecknas som beslut. Exempel på detta kan vara ett beslut om avvisning eller beslut om att återförvisa ett mål till en lägre instans.⁴⁷

I detta avsnitt vill jag också förklara hur jag har använt mig av begreppen klagorätt och talerätt. Under arbetet med uppsatsen har jag inte hittat någon gemensam definition för när dessa begrepp ska användas i förhållande till var i instansordningen ett ärende befinner sig. Av den anledningen har jag valt att använda begreppet klagorätt, både när jag redogör för överklagande och tredjemansinträde enligt 33 § FPL. Jag har även bestämt mig för att använda klagorätt när jag redogör för överprövning enligt LOU. Anledningen till att jag använder mig av klagorätt vid överprövning är att det som jag ser det redan finns ett tilldelningsbeslut som en leverantör vill få överprövat. I detta avseende anser jag att leverantören inte nöjd med beslutet och vill klaga på det, vilket gör att jag även här kommer använda mig av klagorätt i de delar som beskriver överprövning.

2.4 Förutsättningar för överklagande

Det har tidigare nämnts att reglerna för överklagande finns i 33 § FPL. I 33 § FPL sägs att en dom får överklagas av den domen angår och att den ska

⁴⁶ Lavin (2016) s. 98.

⁴⁷ von Essen (2017) s. 334.

gått denne emot. Denna allmänt hållna bestämmelse sätter ramen för vad som krävs för att någon ska kunna överklaga en dom och vid en första anblick verkar andemeningen av dessa regler ganska enkla att förstå. Nämligen att någon ska vara berörd av och att avgörandet ska ha gått denne emot. Det svåra är dock att reglerna inte ger några exakta svar på vad som ska gälla i det enskilda fallet. Därför behöver reglerna fyllas ut genom praxis för att vi ska få reda på vem som har rätt att överklaga.⁴⁸ Kravet på att ett beslut ska angå någon brukar betecknas saklegitimation och kravet på att beslutet ska gå någon emot brukar kallas kontraritet eller överklagbarhet.⁴⁹ I de kommande avsnitten kommer jag att redogöra för de generella förutsättningar som ska vara uppfyllda för att det ska finnas en rätt att överklaga en dom från en förvaltningsdomstol.

2.5 Saklegitimation för enskilda

I detta avsnitt kommer saklegitimation för enskilda att behandlas. Att beslutet måste angå den enskilde gör att det finns en yttre gräns för vem som kan ha klagorätt. Detta medför även att det inte finns någon allmän klagorätt, så kallad *actio popularis*.⁵⁰ Ett praktiskt exempel på detta är RÅ 1992 ref. 13 där frågan var om en privatperson fick överklaga ett serveringstillstånd för en restaurant. I sin bedömning konstaterade HFD att det för någon som inte är part, krävs att beslutet antingen påverkar den enskildes rättsställning eller att ett intresse som erkänts av rättsordningen berörs. Eftersom privatpersonens rättsställning inte påverkades undersökte domstolen om kommunmedlemmar kunde ha klagorätt baserat på någon bestämmelse i en specialförfattning. Även i detta avseende kom domstolen fram till att något av rättsordningen erkänt intresse inte berörs och därför har kommunmedlemmar inte rätt att överklaga ett meddelat serveringstillstånd. Det går alltså inte att grunda klagorätt på att en person företräder ett allmänt

⁴⁸ Strömberg & Lundell (2014) s. 207.

⁴⁹ Asplund m.fl. (2012) s. 322.

⁵⁰ Hellners & Malmqvist (2010) s. 286.

intresse. Från denna huvudregel finns det dock undantag vilka främst gäller olika miljöorganisationer.⁵¹ Förutom de skäl som nämns i rättsfallet är det naturligt att den som är part i ett beslut från en myndighet har saklegitimation och detta kan även uppnås genom att den som överklagar har ett beaktansvärt intresse.⁵²

2.5.1 Partsställning

Till att börja med är det självklart att den som är part i ett myndighetsbeslut är saklegitimerad. I detta avseende kan RÅ 1995 ref. 5 användas för att illustrera hur en smittskyddsläkare ansågs ha klagorätt i förhållande till en dom i länsrätt där domstolen ogillat en ansökan om tvångsisolering framställd av smittskyddsläkaren. Ett annat exempel från praxis är RÅ 1995 ref. 77 där ett reklambolag hade avtalat med en markägare om att en reklamskylt skulle vara uppställd på dennes mark. I den aktuella kommunen ansåg byggnadsnämnden att bygglov behövdes för skylten och markägaren blev ålagd att ta ner den. När reklambolaget överklagade beslutet konstaterade domstolen att eftersom reklambolaget inte varit part i myndighetsbeslutet kunde de inte överklaga. Beslutet, vilket visserligen påverkade bolaget negativt, var inte ett tillräckligt skäl för att bolagets rättsliga ställning skulle påverkas. Detta gjorde att bolaget inte hade klagorätt.

2.5.2 Erkänt intresse av rättsordningen

Nästa grund för saklegitimation är om den enskilde har ett intresse i saken som är erkänt av rättsordning. Frågan blir då hur bedömningen ska göras av vad som är ett sådant intresse. Vid denna bedömning ska det göras en undersökning om den som klagat har tillerkänts en rätt att yttra sig, i de för ärendet tillämpliga lagarna eller dess förarbeten.⁵³ I detta avseende framgår

⁵¹ Warnling-Nerep (2015) s. 138f.

⁵² von Essen (2017) s. 396.

⁵³ SOU 2010:29 s. 660.

det ofta i lagtexten att specifika personer ska ges tillfälle att yttra sig. Det kan också framgå att vissa gruppers intresse ska beaktas vid beslutsfattandet.⁵⁴ Ett exempel på vad som kan vara ett av rättsordningen erkänt intresse är RÅ 2003 ref. 19. I fallet hade en person inte haft några invändningar mot en kungörelse om att en annan person ville byta till samma efternamn. Efter att tiden för invändning gått ut ansökte personen om resning mot beslutet om namnändring. Det konstaterades inledningsvis att klagorätt tillerkänns den som överklagar på ordinarie sätt. Men i detta fall berördes personen som bärare av det aktuella namnet på ett påtagligt sätt vilket gjorde att hon hade ett sådant intresse som erkänns i namnlagen att hon fick ansöka om resning.

2.5.3 Påverkad rättställning

Denna grund för saklegitimation bygger på att ett beslut påverkar rättställningen för någon som inte ursprungligen varit part i förvaltningsärendet. Ett exempel på detta kan vara när ett beslut, riktat mot en fastighetsägare, påverkar ett hyresavtal mellan fastighetsägaren och hyrestagaren. I dessa fall kan hyrestagaren bli saklegitimerad genom att beslutet mot fastighetsägaren påverkar även hyrestagaren.⁵⁵ I detta avseende kan det ovan nämnda rättsfallet, RÅ 1995 ref. 77, tjäna som exempel. Trots att ägaren till reklamskylten blev tvungen att ta bort skylten som en konsekvens av beslutet mot markägaren ansågs ägarna till reklamskylten inte saklegitimerade. Anledningen som gavs av domstolen var att beslutet endast indirekt påverkade reklambolaget och att den ekonomiska effekt detta fick inte kunde utgöra grund för saklegitimation. I en kommentar till fallet sägs att det avgörande för bedömningen är om verkningarna av beslutet enligt lag kan föras över på någon annan än den ursprungliga parten. Denna grund till saklegitimation är relativt ovanlig och har främst aktualiserats när det gäller beslut riktade mot fastighetsägare där beslutets

⁵⁴ von Essen (2017) s. 403.

⁵⁵ von Essen (2017) s. 405.

verkningar påverkar hyresgästernas hyresavtal.⁵⁶ Det betyder att även om ett beslut kan ha stor påverkan och röra ekonomiska värden, räcker detta inte för att man ska bli saklegitimerad på denna grund.⁵⁷

2.5.4 Rättsskyddsintresse

Den sista grunden för saklegitimation är att någon kan ha ett beaktansvärt intresse eller ett rättsskyddsintresse. För att avgöra om något sådant finns ska en bedömning göras utifrån vilka verkningar ett beslut får för det intresse som personen representerar.⁵⁸ Detta innebär att det alltså kan finnas en grund till saklegitimation trots att du inte är part, att ditt intresse inte är skyddat av rättsordningen eller att din rättsliga ställning inte påverkas.⁵⁹ Det som skiljer denna grund för saklegitimation från framförallt ett av rättsordningen erkänt intresse är en viss förskjutning från vad rättsordningen säger till vilka verkningar beslutet får. Skillnaden är att istället för att titta på vilka intressen som erkänns i rättsordningen ska fokus ligga på vilka verkningar ett beslut får i förhållande till det intresse den som klagat representerar.⁶⁰ Ett exempel på detta går att finna i RÅ 2006 ref. 9 där ett läkemedelsbolag ansökt om tillstånd för att få sälja ett läkemedel. Detta utgjorde generika till ett sedan tidigare godkänt originalläkemedel och efter att tillståndet beviljats ville originaltillverkaren överklaga tillståndsbeslutet. Gällande frågan om klagorätt för tillverkaren av originalläkemedlet konstaterade HFD att det inte fanns något i den relevanta läkemedelslagstiftningen som kunde grunda klagorätt vilket gjorde att domstolen fick falla tillbaka på 22 § FL. HFD tittade sedan på de allmänna principer som utvecklats i praxis och kom fram till att den som inte varit part från början kan få överklaga ett beslut om detta påverkar den som överklagar. Det krävs även att den som klagat på något sätt företräder ett intresse som är erkänt av rättsordningen. HFD går

⁵⁶ Warnling-Nerep (2015) s. 144.

⁵⁷ von Essen (2017) s. 405.

⁵⁸ Warnling-Nerep (2015) s. 145.

⁵⁹ von Essen (2017) s. 406f.

⁶⁰ SOU 2010:29 s. 660.

efter detta igenom läkemedelslagstiftningen och kommer fram till att syftet med denna är att skydda folkhälsan. Originaltillverkaren har därför ett beaktansvärt intresse av att få de rättsliga förutsättningarna för tillståndsbeslutet prövade eftersom generikatillverkaren använder en annan aktiv substans. I kommentarer till fallet kan vi läsa att trots att HFD inte lyfter fram något erkännande av originaltillverkarens intresse medges ändå en rätt att överklaga. HFD verkar istället koncentrera sig på hur originaltillverkaren faktiskt påverkas av tillståndsbeslutet.⁶¹ Domstolen går i fallet bortom den formella rätten att yttra sig som kan framgå av lagtexten. Istället tittar domstolen på vilka faktiska verkningar som beslutet får och om det intresse som klagande säger sig representera finns i lagstiftningen kan detta vara grund för klagorätt.⁶² Det intresse som var avgörande för att ge originaltillverkaren rätt att överklaga är att bolaget riskerade att lida skada om det generiska läkemedlet var felaktigt eftersom tillverkaren använde sig av samma forskningsunderlag men en annan aktiv substans. Därför fanns ett beaktansvärt intresse av att få tillståndsbeslutet överprövat. Det kan därför finnas en grund för saklegitimation genom ett rättsskyddsintresse när ett beslut på ett kvalificerat sätt berör den som klagar.⁶³

2.6 Kravet på kontraritet

Detta innebär att beslutet ska ha gått den klagande emot, antingen helt eller delvis. Detta krav är dock sällan föremål för kontrovers av den anledningen att om rätten kommer fram till att ett beslut angår dig, har det också med stor sannolikhet gått dig emot. Om ett beslut har så stor påverkan på dig att du väljer att överklaga det kan man utgå från att det också har gått dig emot.⁶⁴ Det kan också påpekas att det är den enskildes uppfattning om att beslutet har gått denne emot som ska vara avgörande för bedömningen. Att det är partens uppfattning som ska ligga till grund för bedömningen om

⁶¹ Lavin (2008) s. 507.

⁶² Warnling-Nerep (2015) s. 145.

⁶³ von Essen (2017) s. 407.

⁶⁴ Ragnemalm (2014) s. 171.

kontraritet skiljer sig dock från vad som gäller vid upphandlingsmål.⁶⁵ Vi kommer senare i uppsatsen se att domstolen inte är bunden av en parts yrkanden vilket medför att om domstolen väljer att vidta en annan åtgärd än den yrkande anses detta inte gå parten emot.⁶⁶

2.7 Tredjemansinträde i förvaltningsprocessen

Till att börja med kan det vara på sin plats att klargöra vad som menas med tredjemansinträde. Begreppet beskriver en situation där en ny part tar plats i en process tillsammans med de parter som redan finns där. Det kan vara värt att notera att det inte handlar om att byta ut en part mot en annan.⁶⁷ Det är också av vikt att ha klart för sig att frågan om tredjemansinträde kan delas upp i två situationer där den ena handlar om en att någon som inte är part vill överklaga antingen ett beslut från en förvaltningsmyndighet eller en dom från en förvaltningsrätt. Den andra situationen vilken framförallt blir aktuell i upphandlingsmål handlar om när en part vill föra sin talan i ett pågående mål där utgången av målet kan bli betungande för den parten.⁶⁸

Den första av dessa situationer är den vilken traditionellt avsetts när tredjemansinträde diskuterats. För att det ska bli aktuellt med tredjemansinträde krävs det, precis som när en part vill överklaga ett förvaltningsbeslut eller en dom från förvaltningsrätt, att parten har klagorätt. Parten måste alltså kunna visa att den är saklegitimerad. Av de grunder för saklegitimation vilka redovisats tidigare är det ett av rättsordningen erkänt intresse, samt påverkad rättsställning samt rättsskyddsintresset som kan utgöra grund för klagorätt för en tredje part.⁶⁹ Ett exempel på

⁶⁵ von Essen (2017) s. 420.

⁶⁶ Se avsnitt 3.4.3.

⁶⁷ Lavin (2008) s. 495.

⁶⁸ Lavin (2016) s. 61f.

⁶⁹ Lavin (2008) s. 498.

rättskyddsintresse såg vi i det tidigare nämnda fallet RÅ 2006 ref. 9, där ett läkemedelsföretag kunde få klagorätt och överklaga ett beslut från läkemedelsverket trots att bolagets rättsställning inte påverkades och att bolaget inte heller omfattades av ett intresse som erkänts i rättsordningen.⁷⁰

Ett fall som delvis belyser och besvarar hur tredjemansinträde i överprövningsmål har hanterats av HFD är RÅ 2002 ref. 5. Fallet gällde en upphandling vilken blev föremål för överprövning efter ansökan av en leverantör som inte var nöjd med tilldelningen av kontraktet. Den leverantör som ansökte om överprövning hade av beslutsmyndigheten fått sitt anbud förkastat. Länsrätten beslutade sedan att upphandlingen skulle rättas, med den innebörden att leverantören skulle få komplettera sitt anbud och delta i en ny utvärdering. Domen överklagades av den leverantör som först tilldelats kontraktet och frågan var nu om denne hade klagorätt. I denna fråga konstaterade HFD till en början att det i LOU inte finns några regler om vem som får överklaga en dom från länsrätten. Istället ska den allmänna regeln i 33 § FPL tillämpas. I själva bedömningen om klagorätten utreder domstolen till en början om den vinnande leverantören är att anse som motpart till den som ansökt om överprövning. I sådant fall skulle klagorätt kunna grundas på detta förhållande eftersom ansökningshandlingar och andra handlingar som hör till ansökningen ska vidarebefordras till motparten enligt 10 § FPL. Domstolen konstaterar dock att även om resultatet av en rättelse kan vara både negativt eller positivt för leverantörer som deltagit i upphandlingen, medför det inte att en leverantör blir motpart bara för att en annan leverantör har ansökt om överprövning. Rätten tittade även på om det faktum att en leverantör blivit antagen som leverantör kunde medföra ställning som part. Detta faktum ansåg sig rätten inte kunna grunda klagorätt på eftersom myndighetens beslut inte medförde några förpliktelser eller rättigheter, varken för kommunen eller den vinnande leverantören. Dessutom var överklagandet inte riktat mot det vinnande anbudet, utan var riktat mot myndighetens beslut att inte beakta den klagandes anbud.

⁷⁰ von Essen (2016) s. 203f.

Slutligen konstaterade HFD att även om en leverantör inte har varit part så kan klagorätt grundas på ett av rättsordningen erkänt intresse. Enligt HFD finns dock inte något sådant i LOU eller någon annan bakomliggande EU-lagstiftning. Slutsatsen av rättsfallet är att den först utpekade vinnaren av en upphandling inte anses vara part när en annan leverantör ansöker om överprövning och yrkar på att få vara med i anbudsutvärderingen. Den vinnande leverantören hade därför inte rätt att yttra sig om detta och inte heller rätt att överklaga domen, vilken innebär att upphandlingen ska rättas på det sättet att en tidigare utesluten leverantör nu ska få vara med i en ny anbudsutvärdering.⁷¹

I kapitel fyra kommer utvecklingen av HFD:s praxis kring tredjemansinträde att behandlas vi kommer där se olika exempel på hur HFD hanterat både situationen med inträde i den pågående processen och överklagande av en dom i ett upphandlingsmål.

⁷¹ Sundstrand (2014) s. 295.

3 Rättsliga ramar för upphandling

3.1 Inledning

Kapitlet inleds med en kort genomgång av den EU-rättsliga bakgrunden till upphandlingslagstiftningen. Detta eftersom en central del vid en överprövning enligt 20 kap. 6 § LOU är att avgöra om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna för upphandling vilka återfinns i 4 kap. 1 § LOU. I detta avseende blir den bakomliggande EU-rätten viktig att förhålla sig till eftersom den styr utformningen av de svenska upphandlingsreglerna.⁷² Därefter görs en genomgång av de bestämmelser i den svenska upphandlingslagstiftningen som handlar om överprövning. Anledningen till att detta är relevant för frågor om tredjemansinträde är att en förvaltningsdomstols handläggning och val av åtgärd i ett överprövningsmål har stor påverkan på möjligheterna till tredjemansinträde.⁷³

3.2 EU-rättslig bakgrund

Ett av målen med EU är enligt artikel 3 FEU är att det ska upprättas en inre marknad, där EU ska verka för en hållbar utveckling med hjälp av bland annat en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft samt en hög miljöskyddsnivå. Tanken med den inre marknaden är ökad handel mellan medlemsstaterna och att främja fri handel samt rörlighet av varor, tjänster, arbetstagare, företag och kapital.⁷⁴

⁷² Pedersen (2017) s. 22.

⁷³ Asplund m.fl. (2012) s. 109; von Essen (2017) s. 409.

⁷⁴ Pedersen (2017) s. 22.

De svenska upphandlingslagarna bygger på upphandlingsdirektivet.⁷⁵ Bestämmelserna i upphandlingsdirektivet har sin grund i FEU:s artiklar om etableringsfrihet, fri rörlighet av tjänster och fri rörlighet av varor.⁷⁶ Av direktivets genomförandeskäl framgår det också att upphandlingar av medlemsstaternas myndigheter ska genomsyras av de grundläggandeprinciper som finns angivna i FEU. De principer som utgör grunder för de EU-rättsliga reglerna om upphandling är ömsesidigt erkännande, likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet.⁷⁷ Det som ska uppnås med upphandlingsdirektivet är att detta ska vara en del i arbetet med nå upp till tanken om en inre marknad.⁷⁸

3.3 Rättsmedelsdirektiv och rätt till effektiva rättsmedel

Bestämmelserna i 20 kap. LOU om överprövning bygger på EU:s rättsmedelsdirektiv för den klassiska sektorn.⁷⁹ Det finns även ett rättsmedelsdirektiv för de så kallade försörjningssektorerna,⁸⁰ vilka innefattar upphandlingar inom energi-, vatten-, telekommunikation-, och transportsektorerna.⁸¹ Med hänvisning till de avgränsningar som gjorts kommer det senare direktivet inte att behandlas i den kommande framställningen.

⁷⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁷⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 20.

⁷⁷ Enligt skäl 1 i upphandlingsdirektivet.

⁷⁸ Pedersen (2017) s. 22.

⁷⁹ Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG).

⁸⁰ Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

⁸¹ Pedersen (2017) s. 188.

Syftet med rättsmedelsdirektivet är framförallt att se till att bestämmelserna i upphandlingsdirektivet följs av EU:s medlemsstater. Rättsmedelsdirektivet reglerar bland annat vilka regler som ska gälla för upphandlingsskadeavgift, överprövning och skadestånd.⁸² I artikel 1 i rättsmedelsdirektivet sägs att medlemsstaterna ska se till att när en upphandlande myndighet fattar ett beslut i en upphandling ska prövningen ske skyndsamt och effektivt. Gällande klagorätten säger artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet, att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga för ”var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse”.⁸³ Det är dock upp till medlemsländerna att införa dessa prövningsförfaranden samt hur de ska vara utformade.⁸⁴

Förutom bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet finns det i den bakomliggande EU-rätten en rättsskyddsprincip. Denna innebär att det måste finnas en möjlighet för enskilda att få sin sak prövad i domstol om en överträdelse grundar sig på en rättighet inom EU-rätten.⁸⁵

Rättsskyddsprincipen återfinns i artikel 19.1 FEU och enligt denna har varje medlemsstat ansvar för att det finns möjlighet att överklaga som en del av ett effektivt domstolsskydd på de områden som EU-rätten omfattar. Även i EU-stadgan finns bestämmelser om rättsmedel. I artikel 47 EU-stadgan sägs det att om en unionsrättslig fri- eller rättighet har kränkts har var och en rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol. Denna prövning ska ske inom skäligen tid inför en oavhängig och opartisk domstol.

Dock är det förmodligen oftast så att det är bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet och LOU som får störst betydelse i överprövningsmål. Detta främst beroende på att det skydd som erbjuds där är mer långtgående än det som erbjuds via den allmänna rättsskyddsprincipen. Enligt

⁸² Asplund m.fl. (2012) s. 21.

⁸³ Se artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet.

⁸⁴ Sundstrand (2014) s. 292.

⁸⁵ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 650.

rättsmedelsdirektivet har enskilda till exempel rätt till en skyndsam prövning. Enligt artikel 47 EU-stadgan ska detta ske inom skäligen tid.⁸⁶

I anslutning till redogörelsen om rättsskydd kan det också sägas att det enligt rättsmedelsdirektivet inte finns någon specifik rätt till överprövning utan det är tillgången till prövning som garanteras. För svensk del har detta definierats som en rätt att ansöka om överprövning av en upphandling. Det som blir intressant i frågan om tredjemansinträde är vad som gäller vid överklagande och möjligheten att föra sin talan i den pågående överprövningen. När det inte finns några specifika regler om rättsmedel inom unionsrätten på ett område som omfattas av EU-rätten är det nämligen upp till medlemsstaterna att bestämma vilka dessa ska vara.⁸⁷ När det gäller förhållandet mellan LOU och FPL har vi sett att LOU utgör specialförfattning i förhållande till FPL enligt 2 § FPL. Dock innehåller LOU inte några bestämmelser om överklagande, istället den allmänna bestämmelsen i 33 § FPL användas för att avgöra klagorätsfrågan vid ett tredjemansinträde.⁸⁸

3.4 Överprövning enligt LOU

För att fullt ut förstå problematiken kring tredjemansinträde behövs en grundläggande förståelse för vilka rättsmedel som finns tillgängliga för den leverantör som anser sig ha blivit förfördelad i en upphandling.⁸⁹ I praxis har det visat sig att möjligheten till tredjemansinträde både för vinnande leverantör och andra anbudsgivare, till stor del är beroende av vilken åtgärd domstolen väljer att ta när en upphandling blir föremål för överprövning.⁹⁰ Men även beslutets utformning kommer få en avgörande betydelse.⁹¹

⁸⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 33.

⁸⁷ Sundstrand (2014) s. 292f.

⁸⁸ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 676.

⁸⁹ Sundstrand (2014) s. 293f.

⁹⁰ Ulfsdotter Forsell (2016) s. 367.

⁹¹ Vestling (2017) s. 41.

3.4.1 Anhängiggörande

Till att börja med kan sägas att ett överprövningsmål kan anhängiggöras i förvaltningsrätt som första instans, antingen privat eller publikt. Detta är beroende på om det är en enskild eller juridisk person eller om det är det allmänna som tagit initiativ till ärendet. När det gäller privat anhängiggörande kan ett detta ske genom en ansökan, en anmälan eller ett överklagande.⁹² Att ett mål kommer till en förvaltningsrätt genom en ansökan från en enskild eller juridisk person är bara aktuellt om det antingen är en ansökan om rättsprövning av vissa regeringsbeslut eller en ansökan om överprövning av en upphandling. Ett mål om offentlig upphandling anhängiggörs till en förvaltningsrätt genom att en leverantör ansöker om överprövning enligt 20 kap. 4 § LOU.⁹³ Att upphandlingsmålen är ansökningsmål gör att även FPL blir tillämplig eftersom det är i denna lag de grundläggande bestämmelserna för ansökningsmål finns.⁹⁴ Den sökande leverantören måste dels uppfylla de formella krav på ansökan i 3 § FPL och dels de materiella krav på innehållet i ansökan som finns i 4 § FPL.⁹⁵ Detta gör att reglerna i LOU och FPL kompletterar varandra eftersom det finns tillämpliga bestämmelser i båda lagarna. Anledningen till att LOU blir tillämplig är att lagen utgör specialförfattning i förhållande till FPL genom 2 § FPL.⁹⁶ För tydlighets skull kan det igen poängteras att det ovan sagda gäller när en förvaltningsmyndighets beslut blir överprövat i förvaltningsrätt. När det handlar om att överklaga en dom från en förvaltningsdomstol gäller bestämmelsen i 33 § FPL eftersom det saknas regler om överklagande i LOU.⁹⁷

⁹² Ragnemalm (2014) s. 57.

⁹³ Lavin (2016) s. 45f.

⁹⁴ Asplund m.fl. (2012) s. 113.

⁹⁵ Lavin (2016) s. 43.

⁹⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 113.

⁹⁷ von Essen (2017) s. 410.

Gällande vilka som är parter i ett mål om överprövning kan följande sägas. I rättsfallet RÅ 2004 ref. 48 kom HFD fram till att det är den upphandlande myndigheten som ska anses vara motpart även om det är ett kommunalt bolag som genomfört själva upphandlingen. I de flesta fall är det inte särskilt svårt att urskilja vilka som är parter i ett överprövningsmål. Part blir den leverantör som ansöker om överprövning och motpart till denne blir den upphandlande myndigheten.⁹⁸ Dock blir frågan om partsställning mer komplicerad när resultatet av en överprövning riskerar att påverka en konkurrent till den leverantör som ansökt om överprövning.⁹⁹

3.4.2 Klagorätt enligt LOU

I 20 kap. 4 § LOU finns den klagorätsregel som gäller när en leverantör vill ansöka om överprövning. Enligt bestämmelsen får den leverantör som lidit eller skulle kunna ha lidit skada ansöka om att en förvaltningsdomstol ska överpröva en upphandling eller giltigheten av ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. När det handlar om att leverantören lidit skada eller skulle kunna göra det, är det leverantörens egen uppfattning som ska vara avgörande. Det finns alltså en presumtion som innebär att om en leverantör ansöker om överprövning förutsätts det att denne har lidit skada eller skulle kunna göra det.¹⁰⁰ I HFD 2013 ref. 53 konstaterar rätten att det finns en grundläggande skillnad mellan 16 kap. 4 § LOU (nuvarande 20 kap. 4 § LOU) och 16 kap. 6 § LOU (nuvarande 20 kap. 6 § LOU). I 20 kap. 4 § LOU regleras klagorätten och i detta avseende är det den sökandes uppfattning om skada som har betydelse. I 20 kap. 6 § LOU anges det vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att domstolen ska vidta någon åtgärd mot upphandlingen. Kravet för att få

⁹⁸ Pedersen (2017) s. 196.

⁹⁹ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 683.

¹⁰⁰ Asplund m.fl. (2012) s. 103.

ansöka om överprövning är således mycket lågt ställt, och står i skarp kontrast till det objektiva skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU.¹⁰¹

I 20 kap. 6 § LOU krävs det förutom att leverantören själv anser sig ha lidit skada även att denna faktiskt har lidit skada utifrån det som påståtts i ansökan. När domstolen gör sin överprövning av en förvaltningsmyndighets beslut handlar det om att undersöka om några av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har överskridits samt om denna överträdelse verkligen lett till skada för den ansökande leverantören.¹⁰² De principer som avses finns i 4 kap. 1 § LOU, är fem till antalet och handlar om likvärdighet, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Gällande vem som är leverantör kan vi falla tillbaka på den definition av begreppet som finns i artikel 2.1 tionde punkten i upphandlingsdirektivet. Här sägs det att både fysiska och juridiska personer eller offentliga enheter vilka erbjuder sig att leverera varor, tillhandahålla tjänster eller utföra byggnadsentreprenader ska anses vara en ekonomisk aktör. Begreppet ekonomisk aktör har översatts till leverantör i LOU där det i 1 kap. 16 § LOU sägs att med leverantör avses någon som erbjuder tjänster, varor eller utför byggnadsentreprenader på marknaden. Det är alltså bara den som är leverantör som har möjlighet att ansöka om överprövning. Andra personer eller intresseorganisationer kan inte ansöka om att en upphandling ska överprövas.¹⁰³ Det krävs dock inte att en leverantör faktiskt har deltagit i en upphandling för att kunna överpröva den. Genom praxis från EU-domstolen har det visat sig att det räcker att uppfylla kraven för definitionen av leverantör.¹⁰⁴

¹⁰¹ Karnov internet, Lag om offentlig upphandling (2016:1145) 20 kap. 4 §, not 364, 2017-10-20.

¹⁰² Ds 2009:30 s. 197f.

¹⁰³ Asplund m.fl. (2012) s. 102.

¹⁰⁴ C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5 punkt 40.

3.4.3 Förvaltningsdomstolens val av åtgärd

När en förvaltningsdomstol bifaller en ansökan om överprövning kan domstolen bestämma att upphandlingen ska göras om eller att den inte får slutföras utan att en rättelse gjorts. Om domstolen beslutat att upphandlingen ska göras om innebär detta att den ska göras om från början. I samband med den nya upphandlingen tas ett nytt förfrågningsunderlag fram och i detta ska den upphandlande myndigheten ha tagit med sig de synpunkter som domstolen haft i sin dom.¹⁰⁵

Om domstolen beslutar att en upphandling inte får avslutas innan rättelse har gjorts, innebär detta att avtal får slutas först efter att den upphandlande myndigheten följt domstolens instruktioner om på vilket sätt rättelsen ska ske. En instruktion om hur rättelsen ska göras kan domstolen göra antingen i domslutet eller i domskälen. En anslutande fråga är hur domstolen ska resonera när den väljer mellan rättelse och att upphandlingen ska göras om. I detta sammanhang kan en skiljelinje dras mellan det konkurrensuppsökande skedet och kvalificeringsskedet av upphandlingen.¹⁰⁶ Med det konkurrensuppsökande skedet menas den tidsperiod som potentiella leverantörer har på sig att lämna in sina anbud. De fel som aktualiseras i denna fas är ofta kopplade till den upphandlande myndighetens agerande, exempelvis vid utformandet av de tilldelningskriterier som används.¹⁰⁷ När det handlar om ett fel som är begånget i det konkurrensuppsökande skedet är det lämpligast att förvaltningsdomstolen beslutar om att upphandlingen ska göras om, eftersom detta kan påverka möjligheten för anbudsgivare att lämna anbud vilka når upp till de ställda kraven.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Asplund m.fl. (2012) s. 215.

¹⁰⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 216.

¹⁰⁷ Asplund m.fl. (2012) s. 203.

¹⁰⁸ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 702.

Med kvalificeringsskedet menas tiden efter det att anbudsperioden har gått ut och det är i denna fas som själva anbudsutvärderingen görs. Om ett fel är begånget i kvalificeringsskedet är det ofta mer lämpligt att besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett, eftersom domstolen ska välja den åtgärd som är minst ingripande.¹⁰⁹ I detta avseende är det även värt att påpeka att det är domstolen som fritt väljer vilken åtgärd som ska vidtas. Detta gäller oavsett vilken åtgärd en leverantör yrkat på vid ansökan om överprövning.¹¹⁰ Att domstolen har ett fritt val i denna fråga innebär även att den leverantör som inte får gehör för sitt yrkande inte heller har rätt att överklaga domstolens val av åtgärd.¹¹¹ Dock gäller som huvudregel vid upphandlingsmål att en domstol inte ska beakta andra omständigheter än sådana som förekommit i målet. Detta gör att det ändå finns ett incitament för den leverantör som ansöker om överprövning att argumentera för att en viss åtgärd ska väljas.¹¹²

Vi kommer i de nästkommande kapitlen se att den åtgärd en förvaltningsdomstol beslutar om vid omprövningen har stor betydelse för tredjemansleverantören. Både gällande möjligheten att yttra sig under överprövningens gång och att överklaga förvaltningsdomstolens avgörande.¹¹³ För att på ett pedagogiskt sätt redogöra för betydelsen av domstolens val av åtgärd kommer de följande kapitlen vara uppdelade enligt följande. I kapitel fyra kommer olika frågor kopplade till en dom om rättelse behandlas och i avsnitt fem kommer frågor kopplade till att en upphandling ska göras om att behandlas.

¹⁰⁹ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 701.

¹¹⁰ Prop 2009/10:180 s. 150.

¹¹¹ HFD 2012 ref. 2.

¹¹² RÅ 2009 ref. 69.

¹¹³ von Essen (2017) s. 409.

4 Tredjemansinträde vid rättelse av upphandling

4.1 Inledning

Avsnittet kommer att återknyta till den situation som återgavs i uppsatsens bakgrundsavsnitt, det vill säga att det finns möjlighet till tredjemaninträde i upphandlingsmål. Syftet med kapitlet är också att svara på frågeställningen om vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att tredjemansinträde ska bli aktuellt och i vilka situationer detta kan aktualiserats och hur de allmänna förvaltningsdomstolarna hanterat dessa. Avsnittet kommer att inledas med en redogörelse av de rättsfall från HFD vilka bidragit till rättsutvecklingen och lett fram till dagens rättsläge. Efter detta kommer ett antal kammarrättsavgöranden att återges för att belysa hur den av HFD fastlagda praxisen åtföljs, vilka problem som omgärdar denna samt vilka de praktiska konsekvenserna blir för den leverantör som vill göra ett tredjemansinträde.

4.2 Tidigare ordning

Vi har tidigare sett att HFD i fallet RÅ 2002 ref. 5 nekade en leverantör tredjemansinträde i överprövningsprocessen genom att denne inte fick ställning som part och inte heller fick överklaga domen. Detta innebar att anbudsutvärderingen skulle göras om och en tidigare utesluten anbudsgivare skulle tillåtas vara med. HFD tog upp ett antal omständigheter vilka inte kunde medföra klagorätt.¹¹⁴

I fallet RÅ 2007 not. 131 togs frågan om tredjemansinträde upp på nytt med anledning av att en kammarrätt beslutat att en upphandling skulle rättas på

¹¹⁴ Se avsnitt 2.7.

det sättet, att den leverantör som ansökt om överprövning skulle ta den vinnande leverantören plats som vinnare. Den vinnande leverantörens anbud därmed skulle förkastas. Detta ville den ursprungliga vinnaren av upphandlingen av naturliga skäl överklaga. På frågan om det var möjligt, konstaterade HFD med hänvisning till RÅ 2002 ref. 5 att den leverantör vilken först antagits som leverantör, inte har rätt att överklaga en dom vilken ska rättas på det sätt som skett i detta fall.

I efterhand fick domen utstå en del kritik, framförallt på grund av sin brist på överensstämmelse med den bakomliggande EU-rätten. Den situation som uppstod var att den leverantör som vunnit en upphandling inte hade någon möjlighet till tredjemansinträde. Varken när det gäller att få föra sin talan i den pågående processen eller möjlighet att kunna överklaga domen. I denna situation får den leverantör som inte ges rätt att överklaga ingen möjlighet att tillvara ta sina intressen, vilket denne dels har rätt till enligt reglerna i rättsmedelsdirektivet och dels enligt den allmänna rättsskyddsprincipen.¹¹⁵ Domen i RÅ 2002 ref. 5 har också fått utstå kritik vid en jämförelse av de tidigare redovisade grunderna för saklegitimation. Framst i förhållande till om den först antagna leverantören fått sin rättsställning påverkad eller inte. Det som står klart är att denna leverantör har förlorat något, nämligen att vara antagen som leverantör. HFD argumenterade dock för att dennes rättsställning inte blivit påverkad då tilldelningsbeslutet enbart var ett internt, kommunalt beslut utan rättigheter eller skyldigheter. HFD hade även angående rättsställningen påpekat att överklagandet inte var riktat mot den vinnande leverantören utan mot den upphandlande myndighetens beslut att inte beakta ett anbud. Ett annat kritiskt argument vilket är värt att framföra är att både RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131 har likheter med det tidigare redovisade fallet RÅ 2006 ref. 9 om läkemedel, på så sätt att det rör sig om en konkurrenssituation och att partsförhållandena är relativt lika. I

¹¹⁵ Rosén Andersson (2015) s. 678.

det senare fallet gick det att grunda saklegitimation på den intresseställning som originaltillverkaren hade.¹¹⁶

4.3 HFD 2011 ref. 29 – Arqdesign

I fallet HFD 2011 ref. 29, vilket avgjordes i plenum¹¹⁷, tog HFD på nytt upp frågan om tredjemansinträde i förvaltningsprocessen. Omständigheterna i fallet var följande. I en upphandling hade företaget Astral antagits som leverantör och anbudet från Arqdesign och Windoor hade placerats på andra och tredje plats. Windoor ansökte om överprövning och resultatet blev att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse hade skett genom att Astral och Arqdesigns anbud inte fick vara med i den nya utvärderingen. Arqdesign, som överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten, ansågs inte ha klagorätt med hänvisning till RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131. Arqdesign överklagade kammarrättens beslut till HFD, som började med att konstatera att det varken i LOU eller rättsmedelsdirektivet finns några bestämmelser om rätten att överklaga ett avgörande från en förvaltningsdomstol. Därför skulle den allmänna klagorättsregeln i 33 § FPL tillämpas. HFD kommenterade även 2002 års fall och menade att inga säkra slutsatser kan dras från fallet, eftersom situationerna i fallet var annorlunda än den som nu är för handen. Domstolen gick vidare och delade upp sitt svar i en del gällande tredjemansinträde i en pågående överprövning och i en del gällande överklagande av dom i förvaltningsmål. I den första delen sa HFD följande. I RÅ 2002 ref. 5 har en leverantör inte rätt till tredjemansinträde när en annan leverantör ska vara med i en ny anbudsutvärdering. Den situationen skiljer sig dock från den som nu var aktuell där det är fråga om att en leverantör ska uteslutas från den nya utvärderingen. Detta medförde att när förvaltningsrätten övervägde uteslutning borde de ha låtit Arqdesign uttala sig om detta enligt 10 § FPL. När det gäller rätten att överklaga

¹¹⁶ Lavin (2008) s. 501f.

¹¹⁷ Begreppet innebär att samtliga ledamöter dömer i ett mål där det framkommit att rättsens uppfattning i målet inte stämmer med tidigare rättsgrundsatser eller lagtolkningar som meddelats av HFD. Lavin (2016) s. 28.

avgörandet sade HFD, att det faktum att Arqdesign har uteslutits från den nya prövningen innebär att förvaltningsrättens dom går företaget emot. Detta gör att deras ställning som anbudsgivare påverkas i så stor omfattning att domen angår dem enligt 33 § FPL. HFD påpekar även att den situation som är aktuell i detta fall är relativt lik den som var för handen i 2007 års fall, vilket gör att slutsatsen i det fallet inte längre ska tillämpas.

Den leverantör vilken på grund av brister i det egna anbudet antingen har uteslutits eller riskerar att uteslutas ska ges rätt att dels yttra sig i målet men även rätt att överklaga rättsens avgörande.¹¹⁸ Det är också värt att påpeka att det finns olika uppfattningar i den juridiska doktrinen om vilken ställning RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131 har. En uppfattning är att dessa fall inte längre har någon betydelse på grund av det nya prejudikatet i Arqdesign-fallet. Tyvärr ges inte någon närmare förklaring till varför.¹¹⁹ En annan uppfattning är att i vart fall RÅ 2002 ref. 5 fortfarande är tillämpligt när det rör sig om en situation som var aktuell i det fallet. Det vill säga att istället för att ett anbud ska bli förkastat, handlar det om att ett tidigare förkastat anbud ska få vara med i den nya utvärderingen.¹²⁰ För egen del kan jag tänka mig att det senare synsättet hänger ihop med att HFD i Arqdesign-fallet uttalar sig om likheterna med de tidigare fallen. HFD menar att den situation som är för handen i Arqdesign liknar den i 2007 års fall, varför den nya domen ersätter det som sägs där men att situationen skiljer sig från den i 2002 års fall, vilket gör att det prejudikatet från RÅ 2002 ref. 5 fortfarande gäller om en liknande situation dyker upp igen.

4.4 HFD 2011 ref. 85 – Skanska

I fallet var situationen följande. Skanska hade blivit tilldelade ett kontrakt avseende asfaltsarbete i Katrineholms, Vingåkers och Flens kommuner. Denna upphandling blev sedan föremål för överprövning efter ansökan av

¹¹⁸ Sundstrand (2014) s. 296; Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 679.

¹¹⁹ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 679.

¹²⁰ Asplund m.fl. (2012) s. 105; Ulfsdotter Forsell (2016) s. 367.

NCC. I förvaltningsrätten konstaterades att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse hade skett, vilken innebar att Skanska visserligen skulle få vara med i den nya utvärderingen men att deras anbud nu skulle ges en lägre meritpoäng. Detta innebar att de inte längre skulle vara att anse som vinnare i upphandlingen vilket Skanska av naturliga skäl inte var nöjda med.

Gällande frågan om tredjemansinträde menade HFD att det nu aktuella fallet skiljde sig från HFD 2011 ref. 29 i vilket det var fråga om att en leverantörs anbud skulle uteslutas eller riskerade att uteslutas. I det nu aktuella fallet handlade det inte om att något anbud skulle uteslutas utan endast om att poängfördelningen skulle göras på ett annat sätt. I HFD 2011 ref. 29 var det uteslutningen som medförde klagorätt men domstolen ansåg inte att detta kan utsträckas till att omfatta även situationen i detta fall. Anledningen till detta är att den vinnande leverantören inte riskerar uteslutning, utan ska få vara med i den nya anbudsutvärderingen. Situationerna var helt enkelt inte jämförbara, varför rätt till tredjemansinträde inte fanns enligt HFD.

För frågan om tredjemansinträde i upphandlingsmål tycker jag att fallet belyser det faktum att även om prejudikatet i Arqdesign målet är ganska tydligt och enkelt att förstå så är det inte generellt tillämpligt på frågan om tredjemansinträde. Det som framstår som viktigt är att hela tiden hålla koll på vilken situation som är aktuell i det enskilda fallet och sedan jämföra det mot de prejudikat om tredjemansinträde i upphandlingsmål som finns.

4.5 HFD 2012 ref. 2 – Maserfrakt

I detta fall var situationen den att en leverantör hade ansökt om överprövning och yrkat på rättelse. Istället förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen skulle göras om och frågan var om leverantören hade rätt att överklaga detta beslut. Även om fallet inte rörde frågan om tredjemansinträde på samma sätt som tidigare fall är det ändå intressant eftersom HFD uttalade sig om tolkningen av RÅ 2002 ref. 5, HFD 2011 ref.

29 och HFD 2011 ref. 85.¹²¹ I HFD 2012 ref. 2 konstaterade HFD till en början att förvaltningsrätten hade rätt att bestämma att upphandlingen antingen skulle göras om eller att den skulle rättas, oavsett vad den överprövningssökande leverantören yrkat på. Som grund för detta hänvisade HFD till RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26.

Nästa fråga gällde om det gick att överklaga en förvaltningsdomstols beslut om åtgärd. I denna del konstaterade HFD att 33 § FPL var tillämplig då det inte finns några bestämmelser om överklagade i LOU. Förvaltningsrättens dom kunde överklagas av MaserFrakt om den angick dem och gick dem emot. I detta avseende gick HFD igenom de ovan kommenterade rättsfallen RÅ 2002 ref. 5, HFD 2011 ref. 29 och HFD 2011 ref. 85. Utifrån dessa rättsfall konstaterade HFD att det bara är när en vinnande leverantör utesluts eller ersätts med en annan leverantör som det finns klagorätt. Det är bara i den situationen som den vinnande leverantörens ställning som anbudsgivare påverkas tillräckligt mycket för att den dom ska anses angå och gå emot leverantören. Detta sammanfattades av HFD till kriteriet: att det krävs att ett beslut har en precis och påtaglig betydelse för den som klagar, och att resultatet av domstolens åtgärd inte spelar någon roll. Resultatet av de rättade upphandlingarna ska alltså inte spela in i bedömningen av en precis och påtaglig betydelse. Klagorätsfrågorna ska därför avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. I det aktuella fallet kom HFD fram till att förvaltningsrättens beslut om att upphandlingen skulle göras om istället för att rättas, inte har en tillräckligt precis och påtaglig betydelse för att Maserfrakt skulle få överklaga.

4.6 Vad gäller när leverantören har gjort fel i sitt anbud?

Det vi kan se utifrån de ovan återgivna fallen från HFD är att den möjlighet som finns till tredjemansinträde gäller när det blivit fel i en leverantörs

¹²¹ Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 681.

anbud. Detta följer som vi sett av HFD 2011 ref. 29. Vi har också sett i HFD 2012 ref. 2 att frågan om tredjemansinträde ska avgöras baserat på omständigheterna i varje enskilt fall. I denna situation verkar det finnas en tydlig praxis där en leverantör som riskerar att uteslutas eller har uteslutits på grund av fel i det egna anbudet. Leverantören har både rätt att träda in i överprövningsprocessen och att överklaga domstolens avgörande.¹²² Trots detta finns det en rad avgöranden från kammarrätter med liknande situationer där tredjemansinträde inte har medgivits eftersom uteslutningen av leverantören har skett i domskälen och inte i domslutet.¹²³

4.6.1 Vad gäller när en leverantör utesluts i domskälen?

Skillnaden mellan HFD 2011 ref. 29 och de rättsfall som ska redogöras för i kommande avsnitt är att domstolen i domslutet bara skriver att upphandlingen inte får avslutas förrän den rättats. Det är istället i domskälen som domstolen förklarar på vilket sätt rättelsen ska ske, vilket innebär att uteslutningen sker i domskälen istället för i domslutet.¹²⁴ För den leverantör som utesluts eller riskerar att uteslutas har detta en avgörande betydelse för frågan om tredjemansinträde. Detta på grund av att det finns en princip om att det bara går att överklaga domslut. Domskal går däremot inte att överklaga. Detta följer av rättsfallet NJA 1995 s. 152. Även HFD har uttalat sig om vad som gäller angående överklagande av domskäl. I RÅ 2006 ref. 21 menade domstolen att huvudregeln är att domskäl inte går att överklaga. Undantagsfallet är när ett uttalande i domskälen får självständiga rättsverkningar. I de kommande avsnitten kommer vi att se exempel på fall där förvaltningsrätten i domskälen föreskrivit att en leverantör ska uteslutas. I kammarrätten har sedan olika bedömningar gjorts. Detta har gett upphov

¹²² Ulfsson (2016) s. 364f.

¹²³ Sundstrand (2014) s. 296f.

¹²⁴ Sundstrand (2014) s. 297.

till en divergerande praxis där det inte är alldeles säkert att tredjemansinträde medges.¹²⁵

4.6.2 Kammarrättspraxis där tredjemansinträde godtas

I ett mål som var överklagat till Kammarrätten i Stockholm hade förvaltningsrätten i domslutet föreskrivit att en upphandling skulle rättas genom att en ny anbudsutvärdering skulle göras. I domskälen förklarades detta med att den vinnande leverantören inte uppfyllt alla myndighetens krav. I sin dom menade kammarrätten att det visserligen inte uttryckligen sägs i förvaltningsrättens domskäl att den vinnande leverantören ska uteslutas. Kammarrätten tycker dock inte det går att tolka avgörandet på något annat sätt än att vinnaren inte ska få vara med i den nya utvärderingen, eftersom denne inte når upp till de krav den upphandlande myndigheten ställt. I och med att förvaltningsrättens dom medför en uteslutning av den vinnande leverantören, anser kammarrätten istället att domen har en sådan påtaglig och precis betydelse för den vinnande leverantören för att klagorätt ska medges i enlighet med HFD 2011 ref. 29 och HFD 2012 ref. 2.¹²⁶

I ett annat mål från kammarrätten i Stockholm 2013 tar domstolen åter upp frågan om tredjemansinträde där förvaltningsrätten har förordnat om att en leverantör ska uteslutas i domskälen. Gällande tillämpligt lagrum börjar kammarrätten med att konstatera att det inte finns några bestämmelser om överklagande av domar i LOU eller i rättsmedelsdirektivet. Detta göra att 33 § FPL blir tillämplig tillsammans med den praxis gällande tredjemansinträde som finns. I detta avseende går domstolen igenom HFD 2011 ref. 29, HFD 2011 ref. 85 och HFD 2012 ref. 2. Den situation som har uppstått i dessa mål är väldigt lik den i det ovan återgivna kammarrättsfallet,

¹²⁵ Johansson (2016) s. 71.

¹²⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6902-13, dom 2014-03-06.

nämligen att en förvaltningsrätt har förordnat om att en upphandling inte får avslutas förrän rättelse har skett på det vis att en ny anbudsutvärdering ska göras. Anledning till detta är att den vinnande leverantören inte har uppfyllt alla de krav vilka den upphandlande myndigheten ställt upp. Även om det inte bokstavligen uttrycks att den vinnande leverantörens anbud inte ska få vara med i den nya anbudsutvärderingen finns det inget annat sätt att tolka domen på eftersom anledningen till den nya utvärderingen är just att den vinnande leverantören inte har uppfyllt alla krav. På grund av detta anser kammarrätten att domslutet, innehållande rättelsen med en ny anbudsutvärdering, har sådan betydelse för den vinnande leverantören att denna borde beretts tillfälle att yttra sig. Förvaltningsrättens dom ska därför undanröjas och målet återförvisas till förvaltningsrätten.¹²⁷

I en dom från kammarrätten i Jönköping är situationen den att den vinnande leverantören har uteslutits genom formuleringar i domskälen.

Upphandlingen skulle rättas på det sättet att en ny anbudsutvärdering skulle göras, och i denna skulle den vinnande leverantören inte få vara med. I frågan om klagorätt kom kammarrätten fram till att det krävs att en dom har en precis och påtaglig betydelse för den som klagar och att det inte spelar någon roll vad resultatet blir av den åtgärd domstolen väljer. Kammarrätten menade att förvaltningsrättens formuleringar i domskälen har en sådan betydelse för den vinnande leverantören att denna borde fått yttra sig i målet hos förvaltningsrätten.¹²⁸

4.6.3 Kammarrättspraxis där tredjemansinträde nekas

I ett kammarrättsavgörande från Stockholm 2014 är en liknande situation för handen som i de ovan återgivna kammarrättsfallen. I domen gör domstolen inledningsvis en liknande bedömning gällande vilka grunder ett

¹²⁷ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4531-13, dom 2013-11-08.

¹²⁸ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2063-13, dom 2014-02-17.

tredjemansinträde ska grundas på, nämligen 33 § FPL och rättsfallen HFD 2011 ref. 29, HFD 2011 ref. 85 och HFD 2012 ref. 2. Utifrån dessa ska det överklagade beslutet ha en precis och påtaglig betydelse för leverantören, oavsett den åtgärd domstolen väljer och frågan ska avgöras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Här slutar dock likheterna. Istället för att tolka förvaltningsrättens formuleringar i domslutet som att dessa har en tillräckligt precis och påtaglig betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare, gör domstolen i detta fall en mer strikt tolkning av förvaltningsrättens avgöranden. Kammarrätten konstaterar att förvaltningsrätten har förordnat om att en upphandling inte får avslutas förrän rättelse har skett på det viset att en ny kvalificering av anbuderna ska göras. Eftersom kammarrätten varken anser att någon annan leverantör ska utses som vinnare eller att någon leverantör har uteslutits, finns det inte något skäl att godta ett tredjemansinträde.¹²⁹

I en dom från Kammarrätten i Sundsvall är situationen följande. Den vinnande leverantören efter tilldelningsbeslutet har tillåtits komplettera sitt anbud för att uppfylla ett obligatoriskt krav. Upphandlingen blev därefter föremål för överprövning i förvaltningsrätten vilken kommer fram till att den upphandlande myndigheten har stridit mot likabehandlingsprincipen och att upphandlingen ska rättas genom att en ny anbudsutvärdering görs. Den vinnande leverantören väljer att överklaga förvaltningsrättens dom och gällande frågan om klagorätt menar rätten att det av praxis framgår att det krävs att en dom har en påtaglig och precis betydelse, oavsett vilken åtgärd domstolen beslutar om, för att klagorätt ska ges. I detta fall menar kammarrätten att det inte uttryckligen sägs i förvaltningsrättens dom att den vinnande leverantören ska uteslutas, vilket gör att det inte finns någon grund för klagorätt.¹³⁰

¹²⁹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6906-13, dom 2014-01-24.

¹³⁰ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2893-13, dom 2013-10-07.

I ett annat fall från Kammarrätten i Sundsvall har frågan om tredjemansinträde tagits upp efter att den leverantör som kommit tvåa i anbudsutvärderingen ansökt om överprövning. Anledningen till detta var att leverantören menade att den vinnande leverantören i sitt anbud inte uppfyllt alla de krav vilka den upphandlande myndigheten ställt. Förvaltningsrättens bedömning var att den upphandlande myndigheten gjort fel när den utvärderade ett anbud, vilket inte varit fullständigt och att detta medfört skada för den leverantör som inte blev tilldelad kontraktet. Upphandlingen skulle därför rättas på det sättet att anbudsutvärderingen skulle göras om. I sin prövning av tredjemansinträde, kom rätten fram till att det krävs att den vinnande leverantören antingen utesluts från den vidare handläggningen eller att denne förlorar ett kontrakt genom att en annan leverantör placeras som vinnare. I förvaltningsrättens dom är det ingen leverantör som utesluts eller någon annan leverantör som pekas ut som vinnare. Detta gör att domen inte går den vinnande leverantören emot på det sätt som krävs för att tredjemansinträde ska tillåtas, varför överklagandet avslås.¹³¹

Även i andra kammarrättsavgöranden har situationen varit att förvaltningsrätten beslutar om att upphandlingen ska rättas men beskrivning av hur det ska göras finns i domskälen istället för i domslutet. I dessa fall har den först utpekade vinnaren förlorat kontraktet på grund av någon brist i anbudet och blivit nekad tredjemansinträde av kammarrätten i samband med överklagande av förvaltningsrättens dom. Den motivering som används av kammarrätterna är att den vinnande leverantören varken blir utesluten från den nya utvärderingen eller att någon annan leverantör blir antagen som vinnare. Kammarrätterna konstaterar även att det finns möjlighet för den vinnande leverantören som förlorar uppdraget att begära överprövning av det nya tilldelningsbeslutet i den rättade upphandlingen.¹³²

¹³¹ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2130-16, dom 2016-09-21.

¹³² Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7136-13, dom 2013-11-28; Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7262-13, dom 2013-12-13.

I de ovan återgivna kammarrättsavgörandena har vi sett olika sätt att hantera frågan om tredjemansinträde. I den juridiska doktrinen har dessa avgöranden om tredjemansinträde kommenterats på olika sätt. När vi tittar på de domstolar vilka har godtagit ett tredjemansinträde har dessa tolkat domslutet som att skrivningarna i domskälen innebär att leverantören utesluts, även om detta inte uttryckligen sägs i domen. Anledningen till detta är att anbudsutvärdering måste göras om och eftersom det vinnande anbudet varit felaktigt måste detta också innebära att den leverantören inte får var med i den nya utvärderingen.¹³³ Detta gör att leverantören påverkas i tillräcklig omfattning för att tredjemansinträde ska godtas.¹³⁴ En uppfattning om rättsläget efter HFD 2011 ref. 29 är att underrätterna gått från en situation där de till en början lät de flesta till leverantörer komma till talls. Detta har senare övergått till en situation där bara de leverantörer som uteslutits genom att det direkt framgår av domslutet får yttra sig och de som utesluts i domskälen inte får det. Efter detta verkar det dock nu som att det finns en situation där de leverantörer som utesluts i domskälen ibland kan få klagorätt och ibland inte, beroende på hur domstolen tolkar praxis.¹³⁵ De kammarrätter vilka inte medger tredjemansinträde resonerar som vi sett på det sättet att om det inte uttryckligen sägs att någon leverantörs anbud ska uteslutas eller att någon annan leverantör ska sättas som vinnare medges inget tredjeinträde. Dessutom menar dessa domstolar att det efter den nya anbudsprövningen går att ansöka om överprövning av denna om en leverantör inte är nöjd.¹³⁶

4.7 Analys

Till att börja med anser jag att rättsläget gällande tredjemansinträde när uteslutning sker i domslutet verkar vara relativt tydligt. I denna situation finns det inget som pekar på någon avvikande praxis eller någon utbredd

¹³³ Sundstrand (2014) s. 297.

¹³⁴ Johansson (2016) s. 71.

¹³⁵ Ulfsdotter Forsell (2016) s. 371f.

¹³⁶ Johansson (2016) s. 71.

diskussion i den juridiska doktrinen gällande innebörden av HFD 2011 ref. 29. Däremot ser vi att det när det endast av domskälen framgår hur en rättelse ska göras, finns olika sätt för underrätterna att hantera frågan om tredjemansinträde. Något som också komplicerar frågan är att när vi tittar på de kammarrättsfall vilka redogjorts för tidigare, framgår det inte direkt av domskälen att någon leverantör ska uteslutas eller att något anbud ska förkastas.¹³⁷ Istället verkar det vara upp till respektive kammarrätt i dessa fall att tolka vad förvaltningsrättens domar egentligen innebär. Det faktum att det inte står klart och tydligt i några domskäl att en leverantör ska uteslutas gör det således svårt att veta om en uteslutning skett eller inte.

I de tre avgöranden där tredjemaninträde har medgetts har det handlat om situationen att förvaltningsrätterna i sina domar föreskrivit om rättelser av upphandlingarna genom att en ny anbudsutvärdering ska göras. Detta har då tolkats av kammarrätterna som att den leverantör som först var utpekad som vinnare inte längre ska få vara med. Den främsta anledningen till detta verkar vara att det som medför en ny anbudsutvärdering är det faktum att den vinnande leverantörens anbud inte uppfyller de krav den upphandlande myndigheten ställt. Från detta sätt att se på situationen känns det inledningsvis rimligt att tredjemansinträde medges vid en jämförelse med HFD 2011 ref. 29 och HFD 2012 ref. 2. För mig råder det ingen tvekan om att förvaltningsrättens dom har en precis och påtaglig betydelse för den leverantör vilken först utpekats som vinnare. Det faktum att det nu ska göras en ny anbudsutvärdering medför att leverantören med stor sannolikhet kommer att förlora det tilldelade kontraktet. För egen del tycker jag att detta har en precis och påtaglig betydelse för den leverantören. Det som dock verkar oklart är om det är detta som avses med precis och påtaglig betydelse. Några exempel på vad detta kan vara har inte angetts av HFD sedan HFD 2012 ref. 2, vilket jag kan tänka mig är en av anledningarna till att kammarrätterna har dömt på det sätt vi sett exempel på.

¹³⁷ Se avsnitt 4.6.2; avsnitt 4.6.3.

Vid en jämförelse av kammarrättsdomarna och HFD 2011 ref. 29 ställer jag mig mer tveksam till om kammarrätternas bedömning är korrekt. I HFD 2011 ref. 29 kan vi se att det som medför en rätt till tredjemansinträde är när domstolen överväger att utesluta en leverantör på grund av felaktigheter i det lämnade anbudet. Är det verkligen det förvaltningsrätterna gör i dessa fall när de beslutar om att anbudsutvärderingen ska göras om. Detta är naturligtvis väldigt svårt att avgöra och kokar ner till hur den som ska döma i fallet tolkar de uttalanden som förvaltningsrätten gör. Innan jag går in på vilka konsekvenser jag tycker att dessa tolkningar får vill jag skriva lite om de kammarättsavgöranden där tredjemansinträde inte medgivits.

I de kammarrättsfall där tredjemansinträde inte medgivits har domstolarna främst motiverat detta med att det inte uttryckligen framgår att någon leverantör ska uteslutas eller att en annan leverantör ska sättas i den vinnande leverantörens ställe. Därför innebär rättelsesdomen inte att det finns en tillräckligt precis och påtaglig betydelse för den vinnande leverantörens ställning som anbudsgivare. Det domstolarna har helt rätt i är just det att det inte framgår att någon leverantör ska uteslutas eller tilldelas kontraktet istället för den tidigare vinnaren. Enligt min uppfattning är det just tolkningen av domskälen som ger upphov till problem. En anledning till detta kan jag tänka mig är att det är svårt för domstolarna att veta hur HFD 2012 ref. 2 ska förstås. Uttalandet i detta fall om en precis och påtaglig betydelse samt att det är omständigheterna i det enskilda fallet som ska vara avgörande har uppenbarligen fått kammarrätterna att agera på olika sätt.

Jag tycker därför inte att det är speciellt konstigt att vi får den situationen som vi har just nu. Det jag dock inte tycker är tillräckligt tillfredställande är att det finns situationer som behandlas väldigt olika. Detta gör att vi får en situation där en leverantör som hamnar i ett läge där anbudsutvärderingen ska göras om på grund av ett fel i den vinnande leverantörens anbud, måste hoppas på att förvaltningsdomstolen gör en utvidgad tolkning av begreppet precis och påtaglig betydelse. Annars är det alternativ som kvarstår precis som vissa kammarrätter påpekar att ansöka om överprövning av den nya

kontraktstilldelningen efter den rättade anbudsutvärderingen. Jag menar därför att det är olyckligt att förvaltningsrätterna väljer att i domslutet ha formuleringar som möjliggör olika tolkningar av domarna. Det skulle helt enkelt behövas ett avgörande från HFD där domstolen tar ställning till hur uttalandet om precis och påtaglig betydelse ska förstås i förhållande till formuleringar i domskäl.

4.8 Vad gäller om någon annan än leverantören gjort fel?

Vi har i ett tidigare avsnitt fått en redogörelse av rättsläget gällande tredjemansinträde där det vinnande anbudet på något sätt varit felaktigt.¹³⁸ I detta avsnitt kommer en annan situation att behandlas, nämligen vad som gäller om en felaktighet inte är hänförlig till det vinnande anbudet. I denna situation är det framförallt prejudikaten RÅ 2002 ref. 5 och HFD 2011 ref. 85 som är tillämpliga. I det första fallet har en vinnande leverantör inte klagorätt mot att ett tidigare förkastat anbud ska få vara med i en ny anbudsutvärdering. I det senare fallet har en vinnande leverantör inte klagorätt mot att värderingen av meritpoäng ska göras annorlunda, vilket medför att denne förlorar det kontrakt man först tilldelats. Gemensamt för fallen är att upphandlingarna ska rättas av en annan anledning än att det är fel i det egna anbudet.¹³⁹

Det som tål att diskuteras i samband med dessa domar är på vilket sätt dessa inte anses angå och gå emot den leverantör som ursprungligen vunnit upphandlingen. En uppfattning i doktrinen är att HFD har tagit på sig tolkningsrätten när det handlar om att bestämma vad som ska innebära skada för den vinnande leverantören enligt EU-rätten. Vi har ju tidigare sett att en vinnande leverantör endast anses lida skada när en dom har en precis och påtaglig betydelse för leverantören, detta oavsett utfallet av

¹³⁸ Se avsnitt 4.6.

¹³⁹ von Essen (2017) s. 408f.

överprövningen. Tredjemansinträde ska även bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan ju då tyckas konstigt att det bara är i de fall felaktigheten är hänförlig till det egna anbudet som HFD tycker att skada föreligger jämfört med när felaktigheten ligger hos myndigheten. Vid en jämförelse med EU-rätten rimmar de svenska domstolarnas syn på tredjemansinträde illa. Enligt EU-rätten ska vad som innebär skada för en leverantör bestämmas utifrån vad en leverantör faktiskt lider för skada och inte utifrån vad som generellt anses vara en skada. I detta avseende går det att argumentera för att när en leverantör först tilldelas ett kontrakt och sedan förlorar det måste detta innebära en väsentlig skada, vilken borde medföra klagorätt. Det argumenteras också för att LOU ska vara tillämplig istället för FPL gällande klagorätt för den vinnande leverantören. Detta eftersom alla leverantörer som anser sig lida skada har rätt att ansöka om överprövning hos förvaltningsrätten, vilket även borde innefatta när en leverantör anser sig lida skada på grund av att en förvaltningsrätt beslutar om rättelse i en upphandling där felaktigheten begåtts av den upphandlande myndigheten.¹⁴⁰

En annan uppfattning än den som framförs ovan är att rätten till tredjemansinträde inte alls kan grundas på 20 kap. 4 § LOU eftersom denna bestämmelse enbart reglerar rätten att ansöka om överprövning till förvaltningsrätten. Den rätt till tredjemansinträde som finns grundar sig inte heller på LOU eller den bakomliggande EU-rätten, istället är den ett resultat av att en domstol överväger att utesluta en leverantör efter att en upphandlande myndighet brutit mot LOU. Det är dock inte överträdelsen i sig som ger rätt till tredjemansinträde utan det är att en domstol överväger att vidta åtgärder på grund av överträdelsen som rätten ges.¹⁴¹

¹⁴⁰ Sundstrand (2014) s. 299f.

¹⁴¹ Johansson (2016) s. 78.

4.9 Rättelsesdomens utformning

Gällande utformningen av rättelsebeslut kan det vara värt att återigen påpeka det vi sett i tidigare avsnitt, nämligen att domstolen vid en rättelse bara ska avhjälpa de felaktigheter som blivit begångna i den aktuella upphandlingen.¹⁴² Om domstolen däremot uttalar sig även om andra förhållanden finns en risk att domstolen påverkar även sådant som inte varit föremål för prövning. Också en vagt formulerad rättelse kan dock leda till problem genom att det blir svårt för den upphandlande myndigheten och leverantörerna att veta vilka åtgärder som måste vidtas för att upphandlingen ska kunna avslutas.¹⁴³

En uppfattning i doktrinen är att den typ av rättelse som gjordes i RÅ 2002 ref. 5 är för långtgående. Domen, vilken innebär att om en upphandling ska rättas på det viset att en tidigare utesluten leverantör ska få vara med i en ny anbudsutvärdering, medges inte tredjemansinträde för den vinnande leverantören. En sådan rättelse innebär att ett tidigare förkastat anbud ska få vara med i en ny utvärdering och att den upphandlande myndigheten inte får förkasta det anbudet eller utesluta leverantören. Det som uppfattas som för långtgående är att det enbart prövats om anbudet skulle förkastas på grunder som den upphandlande myndigheten anfört i sin uteslutning. Detta säger inget om att det inte kan finnas andra felaktigheter i anbudet vilka kan medföra uteslutning. Anledningen till detta är att när en myndighet väl förkastat ett anbud på någon grund, finns det inte skäl att utvärdera resten av anbudet. Nu innebär rättelsesdomen att det från början förkastade anbudet ska få vara med i utvärderingen utan att det är utrett, om anbudet uppfyller samtliga krav. Istället hade det varit bättre om förvaltningsdomstolen i en rättelsesdom skrivit att anbudet inte får förkastas på de grunder som varit föremål för prövning. I denna situation hade den upphandlande

¹⁴² Se avsnitt 3.4.3.

¹⁴³ Johansson (2016) s. 72.

myndigheten även behövt undersöka resten av anbudet innan en ny utvärdering kunnat ske.¹⁴⁴

Utformningen av domen i HFD 2011 ref. 29 har fått beröm för att vara skriven på ett tydligt sätt, eftersom den pekar ut ett anbud som kan komma att förkastas. Detta gör att den leverantör vilken riskerar uteslutning får möjlighet att bemöta argumenten om varför det egna anbudet ska förkastas. Om det däremot enbart anges i domskälen istället för domslutet kan det som vi sett leda till att tredjemansinträde inte medges, vilket inte riktigt stämmer överens med avgörandet i HFD 2011 ref. 29.¹⁴⁵

Inom ramen för rättelsesdomens utformning vill jag även skriva några rader om varför vissa av HFD:s rättelsesdomar ger rätt till tredjemansinträde medan andra inte gör det. I detta avseende kan vi titta på ett argument i doktrinen som gör gällande att vi måste titta på de allmänna principerna i förvaltningsprocessrätten, framförallt gällande överklagbarhet. Detta innebär att det krävs att en dom från en förvaltningsdomstol har faktiska verkningar som inte i obetydlig omfattning kan påverka leverantörens ställning i upphandlingen. Därför ska det vara en doms faktiska effekt som är utgångspunkt när en bedömning om tredjemansinträde ska göras. I detta fall handlar det om leverantörens förlorade möjlighet att bli tilldelad ett kontrakt. När det gäller en förlorad möjlighet att tilldelas kontrakt får det dock inte röra sig om en alltför avlägsen risk att förlora kontraktet genom förvaltningsdomstolens dom. Det ska handla om en situation där det framstår som troligt att leverantören kommer att förlora kontraktet genom domen för att tredjemansinträde ska medges. Utifrån detta anses utgången i HFD 2011 ref. 29 vara rimlig eftersom förvaltningsrätten i detta fall förkastade ett anbud, vilket får sägas i hög grad påverka leverantörens

¹⁴⁴ Johansson (2016) s. 73f.

¹⁴⁵ Johansson (2016) s. 75.

ställning. Här kan det inte råda några tveksamheter gällande leverantörens förlorade möjlighet att tilldelas kontraktet.¹⁴⁶

4.10 Sammanfattning av rättelsesdomar

Utifrån de ovan redovisade avgörandena från både kammarrätter och HFD är min ambition att redogöra för de slutsatser jag kommit fram till gällande dessa domar. Till att börja med har HFD bedömt rätten till tredjemansinträde i tre olika situationer, RÅ 2002 ref. 5, HFD 2011 ref. 29 och HFD 2011 ref. 85. Av dessa fall är det bara i HFD 2011 ref. 29 som en rätt till tredjemansinträde medges, och situationen var där att domstolen överväger att förkasta ett anbud eller att utesluta en leverantör. Detta gäller alla leverantörer som deltagit i upphandlingen, alltså inte bara den som var utpekad som vinnare.¹⁴⁷ Om situationen däremot är den som förelåg i RÅ 2002 ref. 5, ges inte rätt till tredjemansinträde till en leverantör som deltagit i en upphandling, när rätten beslutat att upphandlingen ska rättas på det sättet att en leverantör vilken ansökt om överprövning nu ska få vara med i en ny anbudsutvärdering.¹⁴⁸ Inte heller i HFD 2011 ref. 85 medgavs tredjemansinträde. Situationen var den att en leverantör hade ansökt om överprövning vilket resulterade i att den leverantör som vunnit upphandlingen, visserligen skulle få vara med i den nya anbudsutvärderingen men med en lägre poäng. Mot denna dom fick inte den först utpekade vinnaren rätt att överklaga och således medgavs inget tredjemansinträde.¹⁴⁹

När vi tittar på kammarrättspraxis efter HFD 2011 ref. 29 kan vi trots detta se att frågan om tredjemansinträde behandlas på olika sätt, beroende på om uteslutningen av en leverantör görs i domskälen eller inte.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Johansson (2016) s. 79f.

¹⁴⁷ Se avsnitt 4.3.

¹⁴⁸ Se avsnitt 2.7.

¹⁴⁹ Se avsnitt 4.4.

¹⁵⁰ Se avsnitt 4.6.2; se avsnitt 4.6.3.

4.11 Analys

En fråga vilken varit föremål för diskussion är den om vilken lagstiftning som ska vara tillämplig när ett tredjemansinträde kan bli aktuellt.¹⁵¹ Gällande denna fråga skulle jag även vilja ge min syn på saken. Till att börja med har vi sett att det finns olika regler att förhålla sig till. EU:s rättsmedelsdirektiv är ett exempel och ett annat är den rättsskyddsprincip vilken redogjorts för i ett tidigare avsnitt.¹⁵² Naturligtvis spelar även FPL en avgörande roll för frågan om tredjemansinträde vilket vi sett i flertalet rättsfall, där förvaltningsdomstolarna kommer fram till att LOU inte är tillämplig på frågan om tredjemansinträde ska medges. Istället är det FPL som ska tillämpas.¹⁵³ I doktrinen har vi dock sett att det finns argument mot detta. Bland annat ska tredjemansinträde kunna medges enligt LOU eftersom alla leverantörer ska ha rätt att ansöka om överprövning när de anser sig kunna lida skada på grund av att en förvaltningsrätt är i färd med att rätta en upphandling.¹⁵⁴ Detta argument tycker jag dock haltar en del. Framförallt håller jag inte med om detta när vi tittar på skillnaden mellan överprövning och överklagade. För mig blir det tydligt att reglerna om överprövning bara är tillämpliga när det handlar om att en leverantör vill att en förvaltningsrätt ska överpröva ett beslut från den upphandlande myndigheten. När vi tittar på hur reglerna om rättsmedel från rättsmedelsdirektivet implementerats i LOU tycker jag även att det skulle strida mot instansordningen om dessa var tillämpliga vid ett överklagande. I rättsmedelsdirektivet sägs att det är upp till varje medlemsstat att införa prövningsförfaranden vilka gör att de som anser sig ha lidit skada i en upphandling kan få detta prövat. I förhållande till detta tycker jag att bestämmelserna i LOU väl motsvarar rättsmedelsdirektivet även om dessa i instansordningen enbart slår fast vad som ska gälla när någon vill få ett

¹⁵¹ Se avsnitt 4.8.

¹⁵² Se avsnitt 3.3.

¹⁵³ Se avsnitt 4.3; se avsnitt 4.4; se avsnitt 4.5.

¹⁵⁴ Se avsnitt 4.8.

myndighetsbeslut överprövat. Dessa regler kompletteras sedan av bestämmelserna i FPL vilka i instansordningen reglerar när någon vill överklaga en dom i ett upphandlingsmål.

Vi har i målen RÅ 2002 ref. 5 och HFD 2011 ref. 85 sett hur felaktigheter som inte är hänförliga till en upphandling inte ger rätt till tredjemansinträde. I dessa fall tycker jag att det går att ifrågasätta hur HFD har dömt av flera anledningar. Vi börjar med kriteriet att en dom ska angå någon, det vill säga att leverantören ska vara saklegitimerad. Angående detta har vi sett i HFD 2011 ref. 85 att det för att ett beslut ska angå en leverantör krävs att domstolen överväger att utesluta leverantören, precis som i HFD 2011 ref. 29. Om det enbart är så att rättelsen innebär att den vinnande leverantören ska få en lägre meritpoäng i den nya utvärderingen medges inte tredjemansinträde trots att detta med stor sannolikhet innebär att leverantören kommer att förlora kontraktet. Det som är synd i detta fall är att HFD inte gör en egen redovisning om varför kravet på saklegitimation inte är uppfyllt utan bara hänvisar till att det inte är möjligt att utsträcka rätten till tredjemansinträde från HFD 2011 ref. 29 även till detta fall. Inte heller i RÅ 2002 ref. 5 medgavs någon rätt att överklaga, främst med anledning av att beslutet att bli antagen som leverantör inte medför några förpliktelser för leverantören eller myndigheten. Det fanns inte heller något som skulle kunna medföra saklegitimation på grund av ett i rättsordningen erkänt intresse. Det jag tycker att domstolarna hade kunnat vara tydligare med är om det skulle kunna finnas grund till saklegitimation på grund av ett rättsskyddsintresse. Framförallt i HFD 2011 ref. 85 vilket avgjordes efter fallet med läkemedelsbolaget.¹⁵⁵ I anslutning till det fallet kanske det inte är helt otänkbart att det kan finnas ett rättsskyddsintresse i att åtminstone ges en rätt att överklaga domen där det beslutas att upphandlingen ska göras om. Att få träda in i den pågående överprövningen känns mindre lämpligt med tanke på vad HFD sagt i HFD 2012 ref. 2 om att det inte går att överklaga domstolens val av åtgärd. Detta borde dock inte stå i vägen för ett

¹⁵⁵ Se avsnitt 2.5.4.

överklagande om att upphandlingen ska göras om eftersom det inte handlar om att någon har överklagat en dom där domstolen valt en annan åtgärd än den yrkade.

När det gäller själva rättsskyddsintresset skulle detta kunna bestå i att den leverantör, vilken visserligen ska få vara med i den nya anbudsutvärderingen, riskerar att lida om denna inte kan få prövat om domstolens beslut om att upphandlingen ska rättas är riktigt. Att bara hänvisa till resonemanget om att ingen riskerar att uteslutas eller att en annan leverantör ska sättas in som vinnare tycker inte jag riktigt håller. Även om det inte uttryckligen framgår att den vinnande leverantören ska uteslutas, innebär beslutet i praktiken att någon annan leverantör kommer att tilldelas kontraktet. För den leverantör vilken då har förlorat kontraktet spelar det förmodligen mindre roll hur det gått till när effekten är densamma.

Om jag ska säga något om avsnittet om rättssedomens utformning är det framförallt två saker som jag har svårt att förstå. Den ena är varför vissa förvaltningsdomstolar väljer att inte använda domslutet till att förklara på vilket sätt en upphandling ska rättas. Detta kanske egentligen inte är ett speciellt stort problem men när det handlar om formuleringar som kan tolkas som en uteslutning är det inte optimalt att göra på detta sätt. Om förvaltningsdomstolarna ska fortsätta att skriva sina domar på detta sätt hade det från min sida varit önskvärt om det kunde vidtas några konkreta åtgärder för att undvika att deras formuleringar kan tolkas som ett uteslutande av någon leverantör. Ett sätt att göra detta är naturligtvis att vara tydligare med vad skrivningarna om rättelse innebär. Med detta menar jag att domstolarna skulle kunna vara tydligare med om detta innebär att den vinnande leverantören ska få vara med eller inte i den nya anbudsutvärderingen. Detta skulle kanske kunna leda till lite färre fall där det blir en tolkningsfråga som ska avgöra om det blir aktuellt med tredjemansinträde eller inte. Det mest önskvärda skulle dock vara om domstolarna var tydligare med att uttryckligen säga om det är någon leverantör som riskerar uteslutning. Detta

skulle göra bedömningar om tredjemansinträde lättare eftersom det då skulle gå att luta sig mot HFD 2011 ref. 29, åtminstone i de situationer där felaktigheten är hänförlig till leverantören.

5 Tredjemansinträde när en upphandling ska göras om

5.1 Inledning

Vi har tidigare sett att en förvaltningsdomstol vid en överprövning kan besluta att en upphandling ska rättas eller att den ska göras om.¹⁵⁶ I det förra kapitlet behandlades frågan om tredjemansinträde när en upphandling ska rättas. I detta avsnitt kommer frågan om tredjemansinträde när en förvaltningsdomstol beslutat om att en upphandling ska göras om att behandlas.

5.2 Beslut om att en upphandling ska göras om

Frågan om en leverantörs rätt till tredjemansinträde när en upphandling ska göras om har ännu inte prövats av HFD. Det finns dock ett antal kammarrättsavgöranden vilka beskriver rättsläget i denna fråga.¹⁵⁷ I ett avgörande från kammarrätten i Göteborg är situationen den att en leverantör pekats som vinnare och blivit tilldelad ett kontrakt. Upphandlingen blir sedermera föremål för överprövning efter ansökan av en annan leverantör. Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Frågan är om den vinnande leverantören har rätt att överklaga denna dom. Likt de flesta andra kammarrättsdomar konstaterar domstolen till en början att det är 33 § FPL som är tillämplig tillsammans med den praxis som finns på området. Enligt denna krävs det att förvaltningsrättens dom har en precis och påtaglig betydelse för leverantören och att frågan måste avgöras på grundval av

¹⁵⁶ Se avsnitt 3.4.3.

¹⁵⁷ Vestling (2017) s. 49.

omständigheterna i det enskilda fallet. Mot bakgrund av detta kommer domstolen helt kort fram till att förvaltningsrättens dom inte har den tillräckligt precisa och påtagliga betydelse som krävs för att den vinnande leverantören ska få klagorätt.¹⁵⁸

I ytterligare ett kammarrättsavgörande konstaterar domstolen att upphandlingen ska göras om. Avgörandet ansågs inte heller i detta fall ha en tillräckligt precis och påtaglig betydelse för den vinnande leverantören för att denna ska ges rätt att överklaga. Även i detta fall låg felaktigheten i det konkurrensuppsökande skedet.¹⁵⁹ Det finns fler exempel på fall där ett fel i det konkurrensuppsökande skedet har lett till att en upphandling ska göras om och tredjemansinträde senare nekats. Ett sådant är ett kammarrättsavgörande som börjar med en överprövning av ett tilldelat kontrakt. Under överprövningen kommer förvaltningsrätten fram till att det finns uppenbara brister i förfrågningsunderlaget, vilket gör en rättelse inte kan bli aktuell och upphandlingen måste istället göras om. För den först utpekade vinnaren av upphandlingen innebär detta en förlust av kontraktet och leverantören väljer att överklaga förvaltningsrättens dom. Inledningsvis säger kammarrätten, att det krävs det att en leverantör utesluts från en upphandling eller att den vinnande leverantören mister sitt kontrakt genom att en annan leverantör tilldelas uppdraget för att tredjemansinträde ska medges. Bara då anses en dom angå den först utpekade leverantören enligt 33 § FPL. Vidare menar kammarrätten att eftersom upphandlingen ska göras om, är det ingen leverantör som utesluts och inte heller någon annan som utpekats som vinnare. Detta innebär att domen inte går den först utpekade vinnaren emot eller påverkar dess ställning som anbudsgivare, varför någon rätt att överklaga inte finns.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 85-15, dom 2014-12-12.

¹⁵⁹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 705-15, dom 2015-02-17.

¹⁶⁰ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3247-11, dom 2012-01-09.

Vi har tidigare sett att om det brister i det konkurrensuppsökande skedet av en upphandling, vilket medför att alla leverantörer inte kan lämna anbud på samma villkor, är den lämpligaste åtgärden att en upphandling görs om. Om en felaktighet däremot är hänförlig till en leverantör i ett senare skede av upphandlingen är det ofta lämpligare att rätta upphandlingen.¹⁶¹ Det finns dock exempel på att en domstol har valt att en upphandling ska göras om även när felet är hänförligt till en leverantör. Anledningen till att rättelse inte blivit aktuellt är att det inte längre funnits möjlighet att tilldela någon leverantör kontraktet.¹⁶² Detta kan till exempel bero på att det inte finns några giltiga anbud kvar eller att anbudens giltighet har gått ut.¹⁶³

Ett sådant exempel är ett mål från Kammarrätten i Göteborg. I den tidigare överprövningen hade förvaltningsrätten i en dom beslutat att en upphandling skulle göras om eftersom det inte fanns några giltiga anbud kvar.

Anledningen till detta var att domstolen under överprövningen kommit fram till att ingen av de deltagande leverantörernas anbud levde upp till de krav vilka den upphandlande myndigheten hade ställt upp. Den vinnande leverantören överklagade domen. Detta avvisades, med motiveringen att förvaltningsrättens dom om att göra om upphandlingen inte ansågs ha en så precis och påtaglig betydelse som krävs enligt 33 § FPL.¹⁶⁴ I ett annat kammarrättsfall hade domstolen följande situation att ta ställning till. Efter en ansökan om överprövning kom förvaltningsrätten fram till att den vinnande leverantörens anbud borde diskvalificerats av den upphandlande myndigheten. De övriga anbuden var inte heller kompletta vilket gjorde att förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om. Detta överklagades av den vinnande leverantören. Kammarrätten ansåg istället för att hela upphandlingen skulle göras om att vissa brister i upphandlingen kunde avhjälpas med en rättelse som innebar en ny anbudsutvärdering. I

¹⁶¹ Falk (2014) s. 505.

¹⁶² Vestling (2017) s. 49f.

¹⁶³ Johansson (2016) s. 69.

¹⁶⁴ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 540-13, dom 2013-04-08.

detta fall godtogs således ett tredjemansinträde eftersom leverantören tilläts överklaga en upphandling som skulle göras om.¹⁶⁵

5.3 Kommentarer i doktrinen

I den juridiska doktrinen går det att hitta olika uppfattningar och tolkningar av de rättsfall vilka behandlar frågan om tredjemansinträde när en upphandling ska göras om. En uppfattning är att man inte ska göra någon skillnad på vilken aktör en felaktighet är hänförlig till. Istället menar företrädarna för denna uppfattning mer kategoriskt att de det inte finns någon rätt till tredjemansinträde när en upphandling ska göras om.¹⁶⁶ Av andra författare framhålls det att skillnad måste göras på om felet är hänförligt till den upphandlande myndigheten eller till leverantören. Om felet är hänförligt till den upphandlande myndigheten medges ingen rätt till tredjemansinträde. Om felet däremot är hänförligt till leverantören kan det, som vi har sett, finnas en möjlighet till tredjemansinträde även när en upphandling ska göras om.¹⁶⁷ Det ska dock sägas att det krävs relativt speciella omständigheter för att tredjemansinträde ska medges när rätten beslutar att en upphandling ska göras om på grund av ett fel hänförligt till en leverantör. Det krävs i princip att även de andra ombuden är lika bristfälliga, vilket gör att det inte går att rätta upphandlingen.¹⁶⁸

5.4 Analys

Till en början kan vi se att de kammarrätter som behandlat frågan om tredjemansinträde när en upphandling ska göras om i princip inte medger tredjemansinträde. Det jag finner intressant med dessa domar är de argument vilka används för att inte medge ett tredjemansinträde. De argument som används är desamma som i domarna om upphandlingar som

¹⁶⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1404-12, dom 2012-07-25.

¹⁶⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 106; Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 682.

¹⁶⁷ Vestling (2017) s. 41f.

¹⁶⁸ Johansson (2016) s. 69f.

ska rättas, nämligen att 33 § FPL är det tillämpliga lagrummet och att det krävs en tillräckligt precis och påtaglig betydelse för att medge tredjemansinträde. För att avgöra vad detta innebär använder HFD de slutsatser som drogs i HFD 2011 ref. 29 och RÅ 2007 not. 13. Detta innebär att det krävs att den upphandlande myndigheten antingen överväger att utesluta en leverantör eller att ersätta den vinnande leverantören med en annan leverantör. Att i sig använda dessa kriterier ser jag inte som problematiskt utan snarare rimligt att en leverantör får möjlighet att föra sin talan antingen i den pågående överprövningsprocessen eller genom att överklaga själva domen.

Däremot kan jag tycka att det finns andra sätt att resonera kring bedömningen om klagorätt i upphandlingsmål. I detta avseende tycker jag att det finns utrymme för att argumentera kring hur kraven på saklegitimation och kontraritet ska uppfyllas. Särskilt i förhållande till de grunder för detta som redovisats tidigare i uppsatsen.¹⁶⁹ Till att börja med kan vi titta på hur jag kan tänka mig att en prövning av saklegitimation skulle kunna gå till. Att en förvaltningsdomstol kommer fram till att en upphandling ska göras om för att det har skett en felaktighet i det konkurrensuppsökande skedet, vilket medfört att alla leverantörer inte kunnat lämna anbud på lika villkor, är en bra lösning tycker jag. Det som till viss del kan vara problematiskt är om en leverantör redan blivit tilldelad kontrakt i tro om att allt gått rätt till. Det som nu händer är att den utpekade vinnaren av upphandlingen blir av med kontraktet och på nytt måste delta i upphandlingen. På frågan om detta kan medföra tredjemansinträde har kammarrätterna svarat nekande men kanske man kan se det på ett annat sätt. Den grund för saklegitimation som känns mest lämpad att argumentera utifrån tycker jag är att det kan finnas ett rättsskyddsintresse eller ett beaktansvärt intresse. I tidigare avsnitt har vi sett att saklegitimation i detta avseende kan grundas på en jämförelse mellan ett besluts faktiska

¹⁶⁹ Se avsnitt 2.5.

verkningar och det intresse som den klagande representerar.¹⁷⁰ Att beslutet får faktiska verkningar tycker jag uppfylls genom att den vinnande leverantören inte längre är vinnare eftersom upphandlingen ska göras om. Däremot är frågan vilket intresse denna leverantör representerar. I min värld skulle detta intresse kunna vara att få en rätt att i alla fall kunna överklaga beslutet att upphandlingen ska göras om eftersom leverantören blivit utpekad som vinnare. Detta tycker jag delvis kan jämföras med situationen i RÅ 2006 ref. 9 om läkemedelsbolaget som fick klagorätt mot beslutet att en generikatillverkare tilläts använda samma forskningsunderlag trots att man använde en annan aktiv substans. I det fallet var rättsskyddsintresset att originaltillverkaren riskerade att drabbas av skada om det fanns brister i generikatillverkarens produkt.

Med detta i åtanke känns det inte alltför avlägset att tänka sig att den vinnande leverantörens rättsskyddsintresse skulle kunna vara att när denne är antagen som leverantör lider denne skada när upphandlingen måste göras om. I det fallet anser jag det inte orimligt att den antagna leverantören åtminstone ska ha en rätt att överklaga en sådan dom för att få till en prövning om huruvida beslutet att göra om upphandlingen var korrekt eller inte.

Det finns naturligtvis även argument för att den nuvarande ordningen är rimlig gällande upphandlingar som ska göras om. I detta avseende tänker jag på själva grunden till att en upphandling ska göras om. Nämligen att något har gått fel i upphandlingen som gjort att alla leverantörer i förhållande till likabehandlingsprincipen inte har kunnat lämna anbud på lika villkor. Då är frågan om den vinnande leverantörens intresse av att få överklaga ett avgörande i ett upphandlingsmål är större än de övriga leverantörernas intresse av att kunna delta i den nya upphandlingen på lika villkor. Med detta i åtanke känns det rimligt att om inte alla leverantörer kan lämna anbud på lika villkor och den först utpekade vinnaren får vara med i

¹⁷⁰ Se avsnitt 2.5.4.

den nya upphandlingen, att den görs om. I denna situation är det rimligt att resonera på det sätt kammarrätterna gjort i de fall som redogjorts för och inte medge tredjemansinträde. Detta eftersom ett beslut om att en upphandling ska göras om tas när en upphandlande myndighet misskött sig. I detta fall håller jag med om att ett beslut om att en upphandling ska göras om inte i tillräcklig utsträckning påverkar den utpekade vinnaren eftersom det är taget på felaktiga grunder.

Jag skulle ändå vilja efterlysa att ett mål som handlar om en upphandling som ska göras om får prövningstillstånd i HFD. I så fall skulle vi kunna få svar på om de grunder för att fastställa saklegitimation och kontraritet vilka används när en upphandling ska rättas även kan användas när en upphandling ska göras om. Det skulle också vara önskvärt att HFD klargjorde hur en bedömning av kriteriet precis och påtaglig betydelse ska göras. Som det är nu måste ett anbud riskera att uteslutas eller att en annan leverantör pekats ut som vinnare för att en precis och påtaglig betydelse ska anses föreligga. Framförallt skulle det vara intressant att se hur HFD skulle resonera kring dessa kriterier när en upphandling ska göras om. Då är det inte tal om någon uteslutning eller en annan vinnare eftersom hela upphandlingen ska göras om. Konsekvensen i praktiken för den vinnande leverantören är dock fortfarande att denna blir av med ett kontrakt. Det skulle vara intressant om HFD kunde bedöma om detta är en precis och påtaglig betydelse, istället för att vi bara behöva lita till den kammarrättspraxis som finns. Visserligen kan man tänka sig att HFD inte ser någon skillnad på rättelse och att en upphandling ska göras om. I en sådan situation är svaret ganska klart. I den situationen kan det aldrig bli aktuellt med tredjemansinträde eftersom det inte är någon som utesluts när en upphandling görs om. Om det är såhär HFD ser på situationen hade det i alla fall varit önskvärt att de tog upp ett sådant fall och slog fast detta.

6 Tredjemansleverantörens ställning i överprövningsprocessen

6.1 Inledning

Vid sidan av vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att tredjemansinträde ska medges, finns två andra frågor vilka är relevanta vid ett tredjemansinträde. Den ena är om den leverantör som medges tredjemansinträde i ett överprövningsmål är att anse som part. Den andra handlar om vilka av de argument som tredjemansleverantören framför till stöd för att det egna anbudet inte ska uteslutas, som förvaltningsdomstolen får ta hänsyn till vid sin prövning.¹⁷¹ I avsnittets andra del ges några allmänna förutsättningar angående prövningsramen i förvaltningsmål, i den tredje delen kommer de ovanstående frågorna att besvaras utifrån dessa förutsättningar tillsammans med praxis från HFD och EU-domstolen.

6.2 Prövningsramen i förvaltningsmål

För att förstå frågan om partsställning och vad tredjemansleverantören får yttra sig om, behöver vi först titta på vad som gäller angående prövningsramen i förvaltningsmål. I detta avseende kan vi börja med att titta på 29 § FPL, som säger: ”Rättens avgörande får ej gå utöver vad som yrkas i målet. Om det föreligger särskilda skäl, får dock rätten även utan yrkande besluta till det bättre för enskild, när det kan ske utan men för motstående enskilt intresse.” I förarbetena till 29 § FPL diskuteras det hur denna formulering ska förstås. Där ett förslag är att använda sig av den dispositionsprincip vilken används i dispositiva tvistemål. Principen innebär

¹⁷¹ Se avsnitt 6.3.

att domstolen är bunden av de yrkanden och omständigheter som parterna har åberopat i målet. En annan lösning som föreslås är att domstolen inte är bunden av parternas yrkanden och oavsett vad de anför ska rätten försöka skapa så stor rättvisa som möjligt i det enskilda fallet. Detta alternativ ses dock inte som lämpligt eftersom det skulle belasta domstolarna på ett alltför ansträngande sätt avseende den utredning som skulle behöva göras i varje fall. Att helt använda sig av dispositionsprincipen anses inte heller lämpligt utan istället föreslås en slags mellanväg, där förvaltningsdomstolarna som huvudregel ska vara bundna av parternas yrkanden. Det ska dock gå att göra avsteg från denna huvudregel med hänvisning till den förvaltningsrättsliga grundtanken om att förvaltningsdomstol ska vara till skydd för enskilda. Förvaltningsdomstolen ska därför inte få göra en ändring till det sämre, vilket följer av principen *reformatio in pejus*.¹⁷²

Även 30 § FPL är viktig när det gäller fastställande av processramen. Denna och 29 § FPL ska dock läsas tillsammans med 8 § FPL som handlar om utredningsskyldighet. Även bestämmelserna om kommunikation i 10,12 och 18 §§ FPL är tillämpliga.¹⁷³ I 30 § FPL sägs följande ”Rättens avgörande av mål skall grundas på vad handlingarna innehåller och vad i övrigt förekommit i målet.” Av bestämmelsens utformning kan vi se att förvaltningsdomstolarna inte är bundna enbart till de omständigheter vilka är åberopade av parterna.¹⁷⁴ Det ska dock sägas att detta beror på vilken måltyp det är fråga om. De måltyper vilka är mer tvistemålslika innebär att förvaltningsdomstolarna i viss uträkning är bundna av vad parterna åberopat.¹⁷⁵ En ytterligare bestämmelse som har betydelse för processramen är 8 § FPL. I bestämmelsen uttrycks officialprincipen som är ett uttryck för den utredningsskyldighet som förvaltningsdomstolar har. Den innebär att ett mål ska utredas utifrån dess beskaffenhet, vilket gör att den kan variera från olika måltyper. I måltyper där domstolen har ett stort utredningsansvar

¹⁷² Prop. 1971:30 s. 579f.

¹⁷³ von Essen (2016) s. 185.

¹⁷⁴ von Essen (2017) s. 335.

¹⁷⁵ Lavin (2016) s. 88.

innebär detta att rätten måste ta fram material och argument som talar både för och emot det som parterna yrkar på. Rätten kan i sådana fall alltså inte enbart förlita sig på det parterna i målet åberopar. I denna ände av skalan hittar vi ofta måltyper som har stor påverkan på enskildas personliga förhållanden, exempelvis enligt lag med särskilda bestämmelser om vård av unga (1990:52) LVU. I den andra änden av skalan finns som vi har sett upphandlingsmålen där officialprincipen ska användas med försiktighet.¹⁷⁶ Enligt 10 § FPL ska den som är motpart i ett förvaltningsmål ha tillgång till de handlingar som rör målet och det finns även en huvudregel om en rätt att yttra sig över dessa. Detta hör ihop med uttrycket att ingen ska dömas ohörd.¹⁷⁷

Rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 kan användas ett exempel på att processramen kan vara dynamisk på så sätt att den kan variera beroende på olika omständigheter. HFD konstaterade i fallet att det är den leverantör som påstår att en upphandling är felaktig som har ansvaret för att ange på vilka grunder talan vilar. I fallet hade en länsrätt inte gjort rätt när denna till grund för sitt beslut använde en omständighet som inte åberopats av parten. En förklaring till detta är upphandlingsmålens karaktär där rätten kommer fram till att mål om offentlig upphandling nästan alltid handlar om ekonomiska förhållanden mellan privata aktörer. Måltypen anses därför ha mer likhet med tvistemål vilka avgörs inom ramen för de allmänna domstolarna där dispositionsprincipen gäller. Detta gör att officialprincipen som annars är huvudregel inom förvaltningsrätten ska tillämpas med försiktighet till förmån för förhandlingsprincipen vid upphandlingsmål.

I målet ovan såg vi att officialprincipen ska användas med större försiktighet vid mål med ekonomiska intressen och privata aktörer. Det har dock visat sig att det bland upphandlingsmålen finns gradskillnader av hur framträdande officialprincipen ska vara. I HFD 2015 ref. 55 kom domstolen

¹⁷⁶ Lavin (2016) s. 90f.

¹⁷⁷ Prop. 1995/96:22 s 83

fram till att en förvaltningsdomstol kan vara skyldigt att hämta in uppgifter från en upphandlande myndighet om dessa behövs för att överprövningen ska bli mer effektiv.

Till dessa allmänna bestämmelser om prövningsramen ska även regler i speciallagstiftning läggas. Gällande upphandlingsmålen har vi sett att det i 16 kap. 6 § LOU beskrivs vilka omständigheter domstolen ska lägga till grund för sin prövning, där fokus ligger på om leverantör har eller kan komma att lida skada. Detta på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna för upphandling.¹⁷⁸

6.3 Partsställning och tillåtna yrkanden

I HFD 2011 ref. 29 har vi sett att en leverantör under vissa förutsättningar ska ges rätt att yttra sig. Avgörandet svarar dock inte på frågan om detta ger leverantören ställning som part. Något som också behövs klargöras är vad leverantören får yttra sig över och vad domstolen får lägga till grund för sitt avgörande, när det väl står klart att en part har rätt att yttra sig i enlighet med HFD 2011 ref. 29.¹⁷⁹ Dessa frågor aktualiserades efter att det förekommit olika sätt att hantera frågan i kammarrätterna.¹⁸⁰ I ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm kom domstolen fram till att den leverantör vilken getts tillfälle att yttra sig dels skulle vara att anse som part i målet och dels ges rätt att framställa egna yrkanden mot den leverantör som ansökt om överprövning. Frågan i målet var om tredjemansleverantören fick, utöver att försvara sitt eget anbud, komma med en invändning om att även den sökandes anbud skulle förkastas. Kammarrätten motiverade sitt beslut genom att konstatera att en tredjemansleverantör inte tillåts argumentera för att den sökande leverantörens anbud ska förkastas i andra avgöranden från förvaltningsdomstolar. Skälet till detta har varit *reformatio in pejus* i förhållande till den sökande leverantören. Denna ska inte behöva försättas i

¹⁷⁸ Lavin (2016) s. 88.

¹⁷⁹ Asplund m.fl. (2012) s. 312f.

¹⁸⁰ Johansson (2016) s. 67.

ett sämre läge än innan ansökningen om överprövning. Kammarrätten ansåg dock att detta förhållningssätt kunde strida mot EU-rätten och likabehandlingsprincipen. Även om tredjemansleverantörens anbud inte uppfyller alla krav kan denne ändå anses lida skada om det inte prövas om även den sökande leverantörens anbud ska förkastas. Domstolen påminner även om att upphandlingsmål i stora delar liknar tvistemål mellan likvärdiga parter och i sådana fall bör principen om *reformatio in pejus* inte vara lika framträdande. Det finns även processekonomiska skäl vilka talar för att invändningen från tredjemansleverantören bör prövas vid samma tillfälle som den sökandes yrkanden, istället för att en tredjemansleverantör ska behöva vänta till dess att dom avkunnas i detta mål och sedan ansöka om överprövning av den domen.¹⁸¹

I ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg kommer domstolen fram till att det visserligen framgår av HFD 2011 ref. 29 att den som medgivits tredjemansinträde ska få yttra sig kring varför det egna anbudet inte ska förkastas. Rätten att yttra sig om det egna anbudet kan dock inte utsträckas till att också få föra fram egna yrkanden och argument som handlar om andra saker än att bemöta det den överprövningssökande leverantören har framfört.¹⁸²

I HFD 2013 ref. 24 tar HFD upp frågan om partsställning och vilka invändningar en förvaltningsdomstol ska ta hänsyn till från tredjemansleverantören. Till att börja med har rättsfallet följande rubrik. ”En leverantör som i en sådan situation som förelåg i HFD 2011 ref. 29 förelagts att yttra sig i ett mål om offentlig upphandling har ansetts vara part.”¹⁸³ Den som tillåts yttra sig med hänvisning till HFD 2011 ref. 29 ska alltså betraktas som part. Gällnade frågan om vilka andra invändningar en leverantör får framföra utöver försvaret av det egna anbudet säger

¹⁸¹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 924-12, dom 2012-05-30.

¹⁸² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1301-12, dom 2012-04-23.

¹⁸³ HFD 2013 ref. 24.

domstolen att en tredjemansleverantör inte får framställa andra yrkanden för egen del. I fallet hade leverantören yrkat att om domstolens dom gick bolaget emot skulle denna inte få verkställas. Att på detta sätt yrka och argumentera utöver det som det sökande leverantören haft med i sin överprövningsansökan, ansågs vara självständiga frågor vilka inte skulle prövas av underrätterna. Något som har uppmärksamats i doktrinen efter denna dom är vad HFD egentligen menar med att yrkanden som avser självständiga frågor inte ska prövas i målet. Ett sätt att förstå avgörandet är att yrkanden som rör andra saker än försvar av det egna anbudet inte ska prövas. Om man förstår rättsfallet på detta sätt ska domstolen inte heller pröva en invändning från tredjemansleverantören om att även den sökandes anbud ska förkastas. Ett annat sätt att se på domen är att en förvaltningsdomstol ska beakta de omständigheter som anförs av tredjemansleverantören såtillvida dessa utgör ett bemötande av vad den sökande leverantören anfört. Detta skulle göra att prövningsramen i målet blir beroende av vad den sökande leverantören anför till stöd för sin ansökan om överprövning. Enligt denna tolkning skulle tredjemansleverantören kunna lura den sökande leverantören genom att själv anföra omständigheter till stöd för en uteslutning av sökanden och se om denna argumenterar tillbaka för att på det sättet få till en prövning av sökandes anbud. Ett sista sätt att tolka avgörandet är att tredjemansleverantörens yrkanden hade en udda innebörd och var så pass självständiga att de inte skulle prövas inom ramen för målet. Att se avgörandet på detta sätt skulle kunna innebära att avgörandet inte besvarar frågan om hur en invändning från tredjemansleverantören, om att även sökandes anbud bör förkastas ska göras. Eftersom avgörandet kan tolkas på olika sätt hade det varit bättre om HFD släppt upp något annat fall från kammarrätterna där frågan var hur domstolen ska se på invändningar om att även sökandes anbud ska förkastas.¹⁸⁴ Bortsett från de ovan redovisade sätten att tolka avgörandet finns det även en uppfattning om att rättsfallet kort och gott innebär att en

¹⁸⁴ Johansson (2016) s. 85.

tredjemansleverantör över annat är det som handlar om att försvara det egna anbudet.¹⁸⁵

Gällande frågan om vilka invändningar en domstol ska ta hänsyn till från en tredjemansleverantör kan även ett rättsfall från EU-domstolen, kallat *Fastweb*¹⁸⁶, vara till hjälp. Frågan i målet var om en leverantör anses lida skada när dess anbud rätteligen ska förkastas. Målet handlade inte specifikt om tredjemansinträde men tar upp hur ett yrkande om uteslutning från en leverantör ska hanteras.¹⁸⁷ I fallet, som kom, från en Italiensk förvaltningsdomstol, hade en upphandling blivit föremål för överprövning. Den sökande leverantören hade yrkat på att den vinnande leverantörens anbud inte uppfyllde de krav som var ställda av den upphandlande myndigheten och att denne skulle uteslutas. När den vinnande leverantören gavs tillfälle att yttra sig yrkade denne å sin sida på att den sökande leverantörens anbud inte uppfyllde kraven och att dennes ansökan därför skulle avvisas. EU-domstolen kom i sin dom fram till att om den vinnande leverantören yrkar på att den överprövningssökande leverantörens ansökan ska avvisas för att dess anbud inte uppfyller de ställda kraven, måste det även prövas om den vinnande leverantörens anbud ska förkastas av samma skäl.¹⁸⁸

6.4 Analys

Angående tredjemansleverantörens ställning verkar det inte vara några tveksamheter om att denna ska anses som part. Frågan är snarare vad det innebär att vara part. Det vi har sett, vilket även verkar väldigt logiskt, är att den som medges tillfälle att föra sin talan också får argumentera för att det egna anbudet inte ska uteslutas. Vad som sedan gäller angående yrkanden på andra saker har detta, som vi sett, hanterats på olika sätt med olika

¹⁸⁵ Rosén Andersson (2015) s. 689.

¹⁸⁶ C-100/12 *Fastweb*, EU:C:2013:448.

¹⁸⁷ Olsson (2013) s. 624.

¹⁸⁸ C-100/12 *Fastweb*, EU:C:2013:448 punkt 33f.

motiveringar.¹⁸⁹ I denna del av uppsatsen tycker jag att det finns en intressant avvägning mellan principen om *reformatio in pejus* ställd mot hur man ska se på det faktum att ett upphandlingsmål, till stora delar har fler likheter med ett tvistemål. Inledningsvis skulle jag angående detta vilja påpeka att för egen del tycker jag inte att HFD 2013 ref. 24 svarar speciellt bra på den nyss nämnda intressekonflikten. Det enda vi får reda på egentligen enligt min mening är att den som medgivits inträde av förklarliga skäl får argumentera mot den egna uteslutningen men att denna leverantör inte får föra fram yrkanden för egen del. Det jag ser som problematiskt med detta är att domstolen svarade att självständiga yrkanden inte ska beaktas av en förvaltningsdomstol. I tidigare rättsfall har vi sett att detta kan tolkas på olika sätt och här tycker jag att HFD missar möjligheten att ta ställning till hur avvägningen mellan *reformatio in pejus* och förvaltningsmål vilka är tvistemålslika ska göras. Om HFD hade gjort detta skulle det förmodligen underlätta för framtida bedömningar om vad tredjemansleverantören får yttra sig om. Det kan dock vara på det visset att HFD anser sig ha besvarat frågan genom att konstatera att alla yrkanden och omständigheter som inte avser försvar av det egna anbudet ska bortses från. Om det är detta HFD menat i avgörandet har de enligt mitt tycke formulerat detta på ett otydligt sätt.

För egen del tycker jag att kammarrätten i Stockholm, vilken tillät tredjemansleverantören att yrka på att även sökandes anbud skulle uteslutas resonerade på ett rimligt sätt.¹⁹⁰ I detta avseende tycker jag inte att den sökande leverantören ska vara helt skyddad bakom principen om *reformatio in pejus* eftersom detta enligt min mening skulle göra att det inte finns några risker för den som yrkar på uteslutning av en annan leverantörs anbud. Istället håller jag med kammarrätten om att parterna i upphandlingsmålen vilka har större likheter med tvistemål, borde ha ett större ansvar för prövningens omfattning. Detta borde kunna innebära att det inte ska vara

¹⁸⁹ Se avsnitt 6.3.

¹⁹⁰ Se avsnitt 6.3.

helt riskfritt att ansöka om överprövning. Vi har även sett att EU-domstolens avgörande i *Fastweb* kan tolkas som att även sökandes anbud ska prövas om tredjemansleverantören yrkar på detta. Detta borde innebära att tredjemansleverantören kan få till en prövning av den sökande leverantörens anbud. Detta innebär dock också att det egna anbudet ska prövas på dessa grunder förutom det som sökande leverantören redan anfört. Enligt min mening har vi nu en situation där avgörandet i *Fastwebb* innebär att både tredjemansleverantörens- och sökande leverantörens anbud kan komma att prövas. Enligt HFD 2013 ref. 24 ska tredjemansleverantören få försvara sitt eget anbud men inte föra fram självständiga yrkanden. Detta gör att jag inte tycker att det kategoriskt går att tolka HFD:s avgörande som att en invändning om att även sökandes anbud ska förkastas inte får beaktas av domstolen. Detta eftersom vi i tidigare avsnitt om EU-rättens företräde sett att avgöranden från EU-domstolen får stor betydelse för svensk rättspraxis.¹⁹¹ Enligt mitt sätt att se på en situation där en tredjemansleverantör invänder att även sökande leverantör anbud ska uteslutas, ska förvaltningsdomstolen ta detta i beaktning och pröva om även detta anbud uppfyller de krav vilka ställts av den upphandlande myndigheten. Däremot tycker jag att det går att använda HFD 2013 ref. 24 som en sorts yttre gräns för vilka andra yrkanden en förvaltningsdomstol ska beakta i sin dom. Detta skulle innebära att andra yrkanden än invändningar om att sökandes anbud också ska uteslutas inte kan omfattas av prövningsramen i upphandlingsmål där tredjemansinträde medgivits.

¹⁹¹ Se avsnitt 1.3.2.

7 Avslutande reflektioner

I uppsatsen har vi kunnat se att de kriterier som ska vara uppfyllda för att ett tredjemaninträde ska bli aktuellt, handlar om att en dom i ett upphandlingsmål ska ha en precis och påtaglig betydelse för leverantören. Vad vi också har sett är att det som är avgörande för om denna betydelse ska anses finnas är om en leverantör har eller riskerar att uteslutas från upphandlingen, vilket följer av HFD 2011 ref. 29. Dessa bedömningskriterier har HFD slagit fast i HFD 2012 ref. 2. I fallet går HFD igenom tidigare avgöranden och slår fast att det bara är en risk för uteslutning eller att en annan leverantör ska pekas ut som vinnare som kan göra tredjemansinträde aktuellt. Om situationen är den att en dom innebär att en tidigare utesluten leverantör ska få vara med i en ny anbudsutvärdering är tredjemansinträde inte aktuellt. Detta följer av RÅ 2002 ref. 5. Det är inte heller aktuellt med ett tredjemansinträde när en upphandling ska rättas på så sätt att den utpekade vinnaren visserligen inte utesluts men dennes anbud ska få en lägre meritpoäng vid en ny anbudsutvärdering. Detta konstaterades i HFD 2011 ref. 85. Det är också viktigt att ta med sig att de ovan beskrivna situationerna bara gäller när en domstol väljer att rätta en upphandling.

Om en domstol väljer att en upphandling ska göras om finns det två saker som är värda att notera. Den första, som också har störst praktiska betydelse för den som är leverantör, är att det i princip inte finns någon möjlighet till tredjemansinträde. Den andra saken är att det inte finns något avgörande från HFD som gäller tredjemaninträde när en upphandling ska göras om. Vad anledningen till detta är har inte framkommit under arbetet med uppsatsen. Ett tänkbart svar är att HFD anser att de avgöranden som finns om rättade upphandlingar också täcker in upphandlingar som ska göras om. Möjligen kan det också vara så att det inte funnits något lämpligt fall för HFD att ta upp.

För att återkomma till i vilka situationer ett tredjemaninträde kan bli aktuellt kan vi se att det finns en osäkerhet gällande rättade upphandlingar. Denna består i att det finns domstolar som inte skriver ut i domslutet hur rättelsen ska göras samt om den medför att någon leverantör riskerar att uteslutas eller inte. Detta leder till en situation där det istället blir en tolkningsfråga om en viss rättelse medför att en leverantör riskerar uteslutning eller blir utesluten. Anledningen till detta är som vi har sett att då det inte går att överklaga domskäl krävs det att för att ett tredjemaninträde ska bli aktuellt att domstolen tolkar avgörandet som att det innebär att en leverantör blir utesluten eller riskerar att bli det. Denna situation kan knappast vara önskvärd och här borde de domstolar som dömer i dessa fall vara väldigt noggranna med utformningen av domen. Detta framförallt för att inte leverantörer ska drabbas negativt av domstolens otydliga domar och för att rättsläget inte ska bli svårare att fastslå.

När det gäller frågan om partsställning har vi sett i HFD 2013 ref. 24 att den leverantör som ges rätt att yttra sig i ett pågående upphandlingsmål också ska anses vara part. Förutom rätten att yttra sig har tredjemansleverantören rätt att få tillgång till de handlingar som förekommit i målet enligt 10 § FPL. Detta borde innebära en fördel när det gäller att försvara sitt eget anbud från uteslutning. Att få ställning som part i den pågående överprövningen medför dock vissa begränsningar. Tredjemansleverantören får som vi har sett anföra argument till stöd för att det egna anbudet inte ska förkastas, vilket skulle leda till en uteslutning. Om tredjemansleverantören däremot framför egna självständiga yrkanden som inte har samband med försvaret av det egna anbudet, ska dessa inte beaktas av domstolen. Till detta kan vi även lägga det som framkommer av EU-domstolens avgörande i *fastwebb*. Från avgörandet borde man kunna dra slutsatsen att om tredjemansleverantören både försvarar sitt eget anbud och yrkar på och argumenterar för att den sökande leverantörens anbud ska uteslutas, ska detta inte ses som ett självständigt yrkande och därför ska det även prövas om sökandes anbud ska uteslutas. Tredjemansleverantören tar dock en viss risk när man gör detta. Det egna anbudet ska då inte bara prövas mot bakgrund av det de grunder

som sökanden anför utan även mot de egna grunder tredjemansleverantören anför för att sökandes anbud ska förkastas.

Avslutningsvis tycker jag att det är positivt att det efter HFD 2011 ref. 29 finns en möjlighet till tredjemansinträde även om kravet på uteslutning är i mitt tycke är ganska högt ställt. Dock är det tråkigt att se att detta prejudikat i vissa fall blir svårt att tillämpa när det inte tydligt framgår om ett anbud riskerar att uteslutas eller inte. I detta avseende vill jag tillägga att det är svårt att säga hur många fall det rör sig om och hur utbrett problemet med eventuella uteslutningar i domskälen är. Detta eftersom det är svårt att få en överblick över hur många sådana domar det finns. Det skulle behövas mer tid och ett arbete av större omfattning för att kunna göra en fullständig bedömning av problemets omfattning. Det faktum att situationen ändå har inträffat i ett antal fall anser jag dock ändå vara tillräckligt för att belysa problematiken och situationen leder antagligen till viss osäkerhet hos både leverantörer och domstolar om hur domar med eventuella uteslutningar i domskälen ska förstås.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Offentligt tryck

Sverige

Utredningsbetänkanden

Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet.

SOU 2010:29 En ny förvaltningslag.

Propositioner

Prop. 1971:30 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.

Prop. 1971:45 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring i rättegångsbalken, m.m.

Prop. 1995/96:22 Tvåpartsprocess m.m. i de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Prop. 2008/09:165 En långsiktigt hållbar organisation för de allmänna förvaltningsdomstolarna i första instans.

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

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

Övrigt riksdagstryck

Rskr. 2016/17:66.

Rättsfall m.m.

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1995 s. 152.

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare regeringsrätten)

RÅ 1992 ref. 13.

RÅ 1995 ref. 5.
RÅ 1995 ref. 77.
RÅ 2002 ref. 5.
RÅ 2003 ref. 19.
RÅ 2004 ref. 48.
RÅ 2005 ref. 47.
RÅ 2006 ref. 9.
RÅ 2006 ref. 21.
RÅ 2007 not. 131.
RÅ 2008 not. 26.
RÅ 2009 ref. 69.
HFD 2011 ref. 29.
HFD 2011 ref. 85.
HFD 2012 ref. 2.
HFD 2013 ref. 24.
HFD 2013 ref. 53.
HFD 2015 ref. 55.

Övriga domstolar

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3247-11, dom 2012-01-09.
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1301-12, dom 2012-04-23.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 924-12, dom 2012-05-30.
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 540-13, dom 2013-04-08.
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1404-12, dom 2012-07-25.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2893-13, dom 2013-10-07.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4531-13, dom 2013-11-08.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7136-13, dom 2013-11-28.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7262-13, dom 2013-12-13.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6906-13, dom 2014-01-24.
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2063-13, dom 2014-02-17.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6902-13, dom 2014-03-06.
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 85-15, dom 2014-12-12.
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 705-15, dom 2015-02-17.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2130-16, dom 2016-09-21.

Europeiska unionen

Eu-domstolen

C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5.

C-100/12 *Fastweb*, EU:C:2013:448.

Litteratur:

Asplund, Anders & Ehn, Magnus & Johansson, Daniel & Olsson, Erik (2012), *Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*. Jure.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2014), *Europarättens grunder*. Norstedts juridik.

Falk, Jan-Erik (2014), *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*. Jure.

Hellners, Trygve & Malmqvist, Bo (2010), *Förvaltningslagen med kommentarer*. Norstedts juridik.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.) (2011), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Norstedts juridik.

Heuman, Lars (2014), 'Rättspraxis', i: Bernitz, Ulf (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*. Norstedts juridik s. 133-161.

Jareborg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap.' *SvJT* s. 1-10.

Johansson, Daniel (2016), 'Tredjemansinträde i upphandlingsmål.' *Förvaltningsrättslig tidskrift* s. 63-87.

Kleineman, Jan (2013), 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur, s. 21-45.

Lavin, Rune (2008), 'Tredjemansinträde i förvaltningsprocessen.'
Förvaltningsrättslig tidskrift s. 495-508.

Lavin, Rune (2016), *Förvaltningsprocessrätt*. Wolters Kluwer.

Lehrberg, Bert (2016), *Praktisk juridisk metod*. Iusté.

Olsson, Erik (2013), 'Ingen skada skedd – Vad innebär EU-domstolens avgörande i fastwebb för tillämpningen av skaderekvisitet i svensk domstol?' *Europarättslig tidskrift* s. 619-630.

Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Fritze.

Pedersen, Kristian (2017), *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. Jure.

Reichel, Jane (2013), 'EU-rättslig metod', i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur s. 109-140.

Ragnemalm, Hans (2014), *Förvaltningsprocessrättens grunder*. Jure.

Rosén Andersson, Helena & Mühlenbock, Eva-Maj & Willquist, Henrik & Piper, Catarina (2015), *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*. Norstedts Juridik.

Sandgren, Claes (2015), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. Norstedts juridik.

Sundstrand, Andrea (2014), 'Talerätt för vinnande leverantör – Valfritt för domstolen?' *Europarättslig tidskrift* s. 289-300.

Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt (2014), *Allmän förvaltningsrätt*. Liber.

Strömholm, Stig (1996), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*. Norstedts juridik.

Ulfsdotter Forsell, Anna (2016), 'Fortsatta oklarheter på talerättens område – en betraktelse från en praktiker, eller talerätt inom upphandlingsområdet – ett område som behöver tydliggöras.' *Upphandlingsrättslig tidskrift* s. 363-372.

Vestling, André (2017), 'Den offentliga upphandlingens skadebegrepp - en probleminventering.' *Upphandlingsrättslig tidskrift* s. 41-67.

von Essen, Ulrik (2016), *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor*. Wolters Kluwer.

von Essen, Ulrik (2017), *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*. Wolters Kluwer.

Warnling-Nerep, Wiweka (2015), *Rättsmedel: om- & överprövning av förvaltningsbeslut*. Jure.

Elektroniska källor

Karnov internet, lag om offentlig upphandling (2016:1145) stjärnnoten, 2017-12-12.

Karnov internet, lag om offentlig upphandling (2016:1145) 20 kap. 4 §, not 364, 2017-10-20.

Myndighetsmaterial

Upphandlingsmyndighetens rapport 2016:2.