



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gabriel Jonasson

Tvingande hänsyn till ett
allmänintresse vid offentlig
upphandling

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Kacper Szkalej

Termin: HT22

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar.....	8
1.3 Metod, material och forskningsläge.....	8
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Disposition	10
2 OFFENTLIG UPPHANDLING	11
2.1 EU-rättslig reglering	11
2.2 Rättslig reglering i Sverige	12
2.2.1 Försvars- och säkerhetsupphandling	13
2.3 Överprövning av ett avtals giltighet	14
3 FRI RÖRLIGHET OCH TILLÅTNA UNDANTAG	16
3.1 Den inre marknaden	16
3.2 Undantag från fri rörlighet	17
4 TVINGANDE HÄNSYN TILL ETT ALLMÄNINTRESSE	19
4.1 Cassis de Dijon.....	19
4.2 Gebhard-testet	20
4.3 Tvingande hänsyn vid offentlig upphandling	20
4.3.1 Bakgrunden till bestämmelserna	21
4.3.2 Innebörden av bestämmelserna	21
4.4 Praxis vid undantag från fri rörlighet	22
4.4.1 Huawei v Post- och telestyrelsen.....	22
4.4.2 Mål C-72/83 Campus Oil	24
4.4.3 HFD 2019 ref. 18	25
5 ANALYS	27

6	AVSLUTANDE ORD	31
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32

Summary

Public procurement is used as a means for the EU to achieve the goal of a single market. Within this single market, there must be free competition between Member States. Member States shall actively work to counter restrictions to free movement within the market. In Sweden, there are several laws regarding public procurement that are based on EU directives. Which law is to be applied depends on what it is that is to be procured.

To address the problem of illegal direct award of contracts, the EU required Member States to introduce a procedure in national law that could invalidate contracts that infringed procurement law. Member States were also given the option of having an independent review body examine whether there were circumstances that would allow the agreement to continue. For the contract to be able to continue, there must be overriding reasons of general interest. However, the interpretation of overriding reasons of general interest is not clear from either the Directive or Swedish legislation. The purpose of the thesis is therefore to try to bring clarity to how it should be interpreted. To tie in with the current world situation, the thesis examines the situation when public and national security is stated as the general interest.

The persistence of contracts that have the potential to be annulled in procurement situations is a practice that restricts free movement on the single market. Member States have transferred competence in many areas to the EU. However, national security is an area that remains the responsibility of the Member States themselves. Questions arise as to where the line between the freedoms of the single market and the Member States' right to national security lies.

The thesis concludes that there are no clear situations in which overriding reasons of general interest can be cited as a basis for maintaining a contract. National security, however, appears to be one such ground that is stronger compared to others. Furthermore, it is of the utmost importance that the

measures are genuinely necessary to safeguard the general interest and that they are proportionate.

Sammanfattning

Offentlig upphandling används som ett sätt för EU att uppnå målet med en inre marknad. Inom denna inre marknad är det viktigt att det råder en fri konkurrens mellan medlemsstaterna. Medlemsstaterna ska aktivt arbeta för att motverka inskränkningar av den fria rörligheten inom marknaden. Det finns flera lagar i Sverige rörande offentlig upphandling som bygger på olika EU-direktiv. Vilken lag som ska tillämpas beror på vad som ska upphandlas.

För att komma till rätta med problematiken kring otillåten direktupphandling ålade EU medlemsstaterna att införa ett förfarande i nationell rätt som kunde ogiltigförklara avtal som bröt mot upphandlingslagstiftningen. Medlemsstaterna gavs även möjlighet att låta ett fristående prövningsorgan pröva om det fanns omständigheter som skulle kunna medföra att avtalet fick bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet förelåg. För att avtalet skulle kunna få bestå skulle det föreligga tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Hur tvingande hänsyn till ett allmänintresse skulle tolkas framgick dock varken av direktivet eller av den svenska lagstiftningen. Syftet med uppsatsen är därför att undersöka hur begreppet ska tolkas. För att knyta an till det aktuella världsläget undersöker uppsatsen främst situationen då allmän och nationell säkerhet anges som ett allmänintresse.

Att låta avtal som har förutsättningar för att bli ogiltigförklarade bestå i upphandlingssituationer är ett förfarande som inskränker den fria rörligheten på den inre marknaden. Medlemsstaterna har överlåtit kompetens på många områden till EU. Nationell säkerhet är dock ett område som fortfarande är medlemsstaternas eget ansvar. Det uppkommer härav frågor kring var gränsen mellan friheterna kopplade till den inre marknaden och medlemsstaternas rätt till nationell säkerhet går.

Uppsatsens slutsats är att det inte finns några klara situationer där tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan anges som grund för att låta ett avtal bestå trots att det föreligger omständigheter för avtalets ogiltighet. Nationell säkerhet förefaller dock vara en sådan grund som väger tungt. Av största vikt

är att åtgärden verkligen är nödvändig för att trygga allmänintresset och att den är proportionerlig.

Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
Direktiv 2007/66/EG	Europaparlamentets och rådet direktiv 2007/66/EG, av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
Direktiv 2009/81/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG, av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
EKMR	Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GPA	Gouvernement Procurement Agreement
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen

LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
Prop.	Proposition
PTS	Post- och telestyrelsen
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är ett stort rättsområde. Inom området hanteras inköp som gör av upphandlande myndigheter.¹ Området omsätter stora summor varje år. Runt en sjättedel av Sveriges BNP utgörs av offentliga upphandlingar.² Upphandlingslagstiftningen utgörs av flera lagar som reglerar olika typer av upphandlingar.³

Likt andra avtalsförhållanden kan ibland upphandlingar leda till konflikter mellan de inblandande parterna. Leverantörer som har haft anspråk på att vinna ett kontrakt i en upphandling kan anse att upphandlingen gått till på fel sätt och har i så fall möjligheten att begära överprövning av avtalets giltighet.⁴ Genom EU-direktiv har medlemsstaterna fått möjligheten att låta avtal bestå trots att förutsättningar för ogiltighet föreligger. För att ett avtal ska få bestå i dessa fall måste det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁵ Det framgår dock varken av lagrummet eller förarbeten exakt vad som menas med tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Eftersom förfarandet innebär en inskränkning av den fria rörligheten ska det dock tolkas restriktivt.⁶ Exempel på grunder som har godtagits som undantag från de grundläggande rättigheterna är nationell och allmän säkerhet.⁷

I takt med det försämrade säkerhetsläget i Europa har flera stater inom EU uttalat att de ska påbörja en upprustning av försvaret. Upprustningen kommer troligtvis innebära många nya offentliga upphandlingar.⁸ Frågan är därför om lagrummet som föreskriver möjligheten att låta avtal bestå trots att förutsättningar för ogiltighet föreligger kommer att bli tillämpat mer frekvent.

¹ Se Toftegaard, Lindahl sid 19.

² Se Upphandlingsmyndigheten, Statistik som utvecklar den offentliga affären.

³ Se Upphandlingsmyndigheten, Om offentlig upphandling.

⁴ Se exempelvis 16 kap. 4 § LUFS.

⁵ Se direktiv 2009/81/EG art. 60.3.

⁶ Se prop. 2010/11:150 s. 305.

⁷ Jfr mål C-72/83 Campus Oil.

⁸ Se Nummelin, EU lovar hjälp till snabb upprustning.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur begreppet ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse” kan tolkas inom offentlig upphandling. Uppsatsen kommer främst att undersöka situationen då nationell eller allmän säkerhet anges som allmänintresse. För att utreda syftet ska följande frågeställningar undersökas:

- Vad avses med tvingande hänsyn till ett allmänintresse?
- Hur används nationell säkerhet som en grund till inskränkande åtgärder?

1.3 Metod, material och forskningsläge

För att undersöka hur tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan tolkas har en rättsdogmatisk metod använts. Metoden kan beskrivas som ett sätt att förklara gällande rätt.⁹ Uppsatsen bygger på en de lege lata-argumentation vilket innebär att den syftar till att redogöra för rättsläget.¹⁰ För att lyckas med detta har svaren sökts i de vedertagna rättskällorna. Materialet som använts är således lagstiftning, praxis, lagförarbeten och doktrin.¹¹ Alla dessa utgör delar av rättskällevärdet som delar upp rättskällorna i en hierarkisk ordning utefter deras auktoritet där lag och rättspraxis innehar formell auktoritet vilket inte doktrinen anses ha. Förarbeten som har varit en stor del av materialet i denna uppsats har av vissa ansetts inneha formell auktoritet medan andra menar att de inte har det.¹²

Hur tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tolkas förtydligas något genom avgörandet HFD 2019 ref. 18, som redogörs för senare i uppsatsen.¹³ Då uppsatsen främst fokuserar på upphandlingar där lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet tillämpas samt där

⁹ Se Sandgren s. 48.

¹⁰ Se Kleineman s. 36.

¹¹ Ibid. s. 21.

¹² Ibid. s. 28; Sandgren s. 45.

¹³ Se Rosén Andersson, Muhlenbock, Hallberg, Norlén, Näslund, Piper, Willquist, 20 kap. 14 §.

allmänintresset är kopplat till ett säkerhetsintresse räcker dock inte det rättsfallet. För att analysera situationen då nationell säkerhet används som ett sätt att frångå den fria rörligheten har även ett kammarrättsavgörande analyserats. En rättsanalytisk metod har därför använts då den tillåter användandet av underrättsspraxis vilket inte rättsdogmatiken gör.¹⁴ I avgörandet tillämpas lagen (2022:482) om elektronisk kommunikation där kammarrätten är högsta instans enligt 15 kap. 1 § NLEK. Avgörandet får således anses vara ett prejudikat.

Utöver praxis och förarbeten har även doktrin använts till viss del. Tyvärr finns det dock inte så mycket djupgående doktrin på upphandlingsområdet.¹⁵ Den bok som främst använts är *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt* av Andrea Sundstrand. Boken är inte helt ny. Den information som tagits därifrån har därför kontrollerats för att säkerställa att den fortfarande är relevant.

Utöver användandet av ovan nämnda metoder har även en EU-rättslig metod behövt tillämpas. Anledningen till detta är att lagstiftningen rörande offentlig upphandling bygger på direktiv och rättsprinciper från EU. Metoden kan kort beskrivas som ett sätt att hantera de EU-rättsliga källorna, det vill säga hur de ska tillämpas i Sverige.¹⁶ Rättsakter från EU och praxis från EU-domstolen får ett stort utrymme i denna uppsats. Vid tolkningen av dessa rättsakter har en ändamålstolkning, eller teleologisk tolkning som det heter, använts då det är den tolkningsmetod som EU-domstolen främst använder.¹⁷

1.4 Avgränsningar

På grund av uppsatsens begränsade utrymme krävs vissa avgränsningar. Tvingande hänsyn till ett allmänintresse kommer främst att undersökas då allmän eller nationell säkerhet anges som allmänintresse. Fokus kommer

¹⁴ Se Kleineman s. 24; Sandgren s. 51.

¹⁵ Se Forsell, Ulfsson, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 14 §, Lexino.

¹⁶ Se Richel s. 109.

¹⁷ Ibid. s. 122.

därför vara på upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eftersom allmänintresset där ofta utgörs av ett säkerhetsintresse.

1.5 Disposition

Andra kapitlet inleds med en kortare redogörelse över relevant EU-lagstiftning samt den svenska upphandlingslagstiftningen och möjligheten att överpröva giltigheten av ett avtal. I det tredje kapitlet kommer att redogöras för de delvis motstående intressena av en gemensam marknad och nationell säkerhet. Fjärde kapitlet går igenom tvingande hänsyn till ett allmänintresse. För en förståelse till begreppet redogörs för bakgrunden samt hur det tolkas av EU för att sedan bli implementerat i svensk upphandlingslagstiftning. Kapitlet avslutas med några rättsfall för att belysa hur tvingande hänsyn till ett allmänintresse tolkats samt hur nationell säkerhet angetts som grund till avvikelser från den fria rörligheten. I det avslutande kapitlet görs en analys av tolkningen av tvingande hänsyn till ett allmänintresse så som framkommit av uppsatsen kopplat till upphandlingslagstiftningen.

2 Offentlig upphandling

Offentlig upphandling genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet som huvudregel så fort något ska införskaffas från en fristående juridisk person.¹⁸ Upphandlingar genomförs genom ingåendet av ett skriftligt kontrakt.¹⁹ Vidare måste kontraktet innebära att ekonomiskt mätbara prestationer utbytes.²⁰

Efter att den upphandlande myndigheten identifierat vad som ska upphandlas och upprättat ett upphandlingsdokument har leverantörerna möjlighet att agera genom att lämna sina anbud.²¹ Den upphandlande myndigheten kan ställa vissa krav på leverantören, exempelvis gällande ekonomisk och finansiell ställning. Dessa krav måste vara förenliga med de principer som styr offentlig upphandling. De ska således vara proportionerliga och ha en tydlig anknytning till det som myndigheten ämnar upphandla vilket framgår av 14 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Den svenska lagstiftningen bygger till stor del på EU-rätt vilket beror på att det ska finnas en gemensam marknad för offentlig upphandling.²² På den gemensamma marknaden ska det råda fri konkurrens mellan leverantörer från olika länder. Anledningarna till systemet med offentlig upphandling är många. Kort kan dock sägas det finns till för ökad konkurrens, bättre användande av skattemedel och för att stimulera tillväxt.²³

2.1 EU-rättslig reglering

Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger till stor del på de EU-direktiv som rör offentlig upphandling samt avgöranden från EU-domstolen.²⁴ Direktiven är en del av sekundärrätten, medan primärrätten utgörs av bestämmelserna i fördragen, allmänna rättsprinciper och rättighetsstadgan,

¹⁸ Se Pedersen s. 41 f.

¹⁹ Se Forsberg s. 34.

²⁰ Se Pedersen s. 41.

²¹ Se Toftegaard, Lindahl s. 71.

²² Se prop. 1992/93:88 s. 1.

²³ Se Toftegaard, Lindahl s. 21

²⁴ Ibid. s. 26 f.

vilka också är relevanta vid offentlig upphandling.²⁵ Direktiv är bindande för de medlemsstater det riktar sig mot. Av artikel 288 i fördraget om Europeiska unionen funktionssätt framgår dock att det är upp till myndigheterna i medlemsstaterna att bestämma hur direktiven ska genomföras i nationell rätt. EU-rättens företrädare framför nationella lagregler har fastställts genom EU-domstolens praxis.²⁶

Ur FEUF hämtas flera principer som är centrala för de offentlig upphandling.²⁷ De viktigaste är likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om öppenhet, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande.²⁸ I svensk lagstiftning finns principerna i 1 kap. 11 § LUFSS och 4 kap. 1 § LOU. Vidare finns det bestämmelser i FEUF som reglerar den fria rörligheten inom unionen. De har betydelse även vid offentlig upphandling, men används inte uteslutande i det sammanhanget.²⁹

Direktiven som upphandlingslagstiftningen bygger på har blivit influerade av GPA, vilket är Världshandelsorganisationens avtal som reglerar offentlig upphandling.³⁰ Effekten av att det är inarbetat i direktiven blir att Sverige även är bundet av GPA. Det medför att leverantörer från tredje land inte får diskrimineras.³¹ Upphandlingar på försvar- och säkerhetsområdet omfattas dock inte av GPA. Medlemsstaterna får således själva välja om leverantörer från tredje land ska få delta i den typen av upphandling.³²

2.2 Rättslig reglering i Sverige

Vilken lag som ska tillämpas vid en upphandling beror på vad det är som ska upphandlas. LOU har störst tillämpningsområde och kan därför kallas huvudlagen.³³ Utöver LOU finns exempelvis LUFSS som hanterar

²⁵ Se Sundstrand s. 33.

²⁶ Se C-6/64 Costa mot Enel.

²⁷ Se Sundstrand s. 36.

²⁸ Ibid. s. 42.

²⁹ Ibid. s. 36 f.

³⁰ Se Pedersen s. 23.

³¹ Se art. 25 direktiv 2014/24/EU.

³² Se skäl 18 i direktiv 2009/81/EG.

³³ Se Toftegaard, Lindahl s. 27.

upphandling på försvar- och säkerhetsområdet vilket kommer redogöras för nedan.

2.2.1 Försvars- och säkerhetsupphandling

LUFS tillämpas vid upphandling på försvar- och säkerhetsområdet. Lagen används exempelvis vid inköp av militär utrustning³⁴ eller byggentreprenader särskilt avsedda för militära syften. Tillämpningsområdet framgår av 1 kap. 2 § LUFS och utöver inköp hänförliga till militära syften omfattas även inköp av känslig karaktär. Känslig karaktär definieras i 2 kap. 29 § LUFS som sådant ”som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter”. Det är således kumulativa rekvisit.³⁵

LUFS bygger på direktiv 2009/81/EG.³⁶ Bakgrunden till direktivet var att artikel 346 FEUF användes av medlemsstater för att undanta investeringar på försvar- och säkerhetsområdet från EU-rätten. Direktivet avsåg därför att förbättra konkurrensen på försvarsmarknaden.³⁷ I direktivet anges en viktig princip, nämligen att medlemsstaterna är ensamt ansvariga för försvar och säkerhet kopplat till nationell säkerhet.³⁸

Det framgår av 1 kap. 7 samt 9 §§ LUFS att lagen inte ska tillämpas då situationen i artiklarna 36, 51, 52, 62 eller 346 FEUF är för handen. Vidare framgår det av direktivet att åtgärder som införs för att trygga de artiklarna inte får förbjudas med hänvisning till direktivet. Det innebär att direktivet inte behöver tillämpas då det är motiverat med hänsyn till exempelvis medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen. Det är endast medlemsstaterna själva som har behörighet att avgöra när en sådan situation föreligger.³⁹ Undantag som tillämpas med hänvisning till att allmän säkerhet är hotad ska dock inte ges en extensiv tolkning.⁴⁰

³⁴ För definition se 2 kap. 18 § LUFS.

³⁵ Se Pedersen s. 219.

³⁶ Se prop. 2010:11:150 s. 1.

³⁷ Se Söderlund s. 183.

³⁸ Se skäl 1 i direktiv 2009/81/EG.

³⁹ Se skäl 16 i direktiv 2009/81/EG.

⁴⁰ Se C-414/97 Kommissionen mot Spanien p. 21.

Utöver undantagen ovan finns det även särskilda undantag i 1 kap. 10 § LUFS. Av lagrummet framgår att LUFS inte är tillämplig om det exempelvis skulle innebära att den som genomför upphandlingen är tvungen att ge ut information som är av vikt för Sveriges väsentliga säkerhetsintressen.

LUFS har företräde framför de andra upphandlingslagarna. Om en upphandling omfattas av både LUFS och någon av de andra upphandlingslagarna ska således LUFS tillämpas vilket framgår av 1 kap. 4 § LUFS. Denna uppsats fokuserar främst på upphandlingar som omfattas av LUFS och inte faller in under något undantag.

2.3 Överprövning av ett avtals giltighet

Genom direktiv 2007/66/EG fick Sverige en skyldighet att i nationell lagstiftning föreskriva att ett fristående prövningsorgan kan förklara avtal ogiltiga vid vissa givna situationer.⁴¹ Otillåten direktupphandling ansågs av EG-domstolen (nuvarande EU) vara den ”allvarligaste överträdelsen av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet kan begå”. För att komma till rätta med den konkurrensbegränsning som otillåten direktupphandling innebar var ogiltighet den effektivaste sanktionen enligt EU. Vidare ansågs ogiltighet vara en lämplig sanktion då avtal slutits i strid med avtalsspärr om det även skett en överträdelse av någon annan bestämmelse i upphandlingslagstiftningen.⁴²

Både LUFS och LOU innehåller bestämmelser om när rätten ska besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska förklaras ogiltigt. I LUFS kommer detta till uttryck i 16 kap. 13-13b §§. Den första är då ett avtal ingåtts utan förgående annonsering och det inte varit tillåtet eller då ramavtal med flera leverantörer ingåtts utan att reglerna kring det följts. Avtal kan även ogiltigförklaras vid otillåten direktupphandling samt när det upphandlande subjektet inte följer reglerna kring löpande tilldelning av kontrakt. Den sista situationen är då det upphandlande subjektet

⁴¹ Se direktiv 2007/66/EG art. 2d.1.

⁴² Se skäl 13, 14, 18 i direktiv 2007/66/EG.

ingått avtal i strid med avtalsspärr eller före underrättelse om tilldelningsbeslut förutsatt att de även brutit mot någon annan regel i LUFS.

Taleberättigad vid överprövning av ett avtals giltighet är en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada till följd av en upphandling vilket framgår av 16 kap. 4 § LUFS. Leverantören har då i enlighet med 16 kap. 5 § LUFS möjlighet att begära överprövning av avtalets giltighet vid allmän förvaltningsdomstol i den upphandlande myndighetens domkrets. HFD har prövat frågan om leverantörers talerätt i målet HFD 2017 ref. 62 och där slagit fast att ”En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling”.⁴³ Huvudregeln är att leverantören har sex månader på sig att inkomma med ansökan om överprövning efter det att avtal slutits vilket framgår av 16 kap. 17 § LUFS.

En leverantör som lidit skada på grund av att en upphandlande myndighet brutit mot reglerna i LUFS har rätt till skadestånd. I 16 kap. 20 § LUFS stadgas att leverantören ska vara berättigad skadestånd om denne haft kostnader till följd av deltagande i upphandlingen och myndighetens agerande inverkat negativt på leverantörens chans att vinna kontraktet.

Följden av att ett avtal förklaras ogiltigt är att det blir civilrättslig ogiltigt och inte längre kan åberopas. Parterna har inte längre några förpliktelser gentemot varandra att genomföra avtalsinnehållet och utförda förpliktelser ska återgå. Om förpliktelserna inte kan återgå ska i stället förmögenhetsläget återställas till status quo.⁴⁴

⁴³ Se HFD 2017 ref. 62.

⁴⁴ Se prop. 2010/11:150 s. 434.

3 Fri rörlighet och tillåtna undantag

Sverige är medlem i EU och därmed även en del av EU:s inre marknad. Ett av de grundläggande syftena med den inre marknaden är att underlätta gränsöverskridande handel genom att det inte ska finnas några handelshinder mellan medlemsstaterna. Inom den inre marknaden brukar man tala om att det ska råda fri rörlighet för varor, tjänster, kapital och personer samt etableringsfrihet.⁴⁵ Till denna fria rörlighet finns det vissa undantag, exempelvis när det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁴⁶ Nedan kommer det att redogöras för den intresseavvägning som sker mellan EU:s målsättning om en fri inre marknad och medlemsstaternas vilja att kunna skydda vissa allmänintressen.

3.1 Den inre marknaden

Som tidigare berörts bygger upphandlingslagstiftningen till stor del på unionsbestämmelser. Syftet bakom EU-direktiven rörande offentlig upphandling är att uppnå den inre marknaden samt öppna upp möjligheterna för företag i en medlemsstat att delta i upphandlingar i andra medlemsstater.⁴⁷

Den fria rörligheten av varor, tjänster, personer och kapital brukar kallas för ”de fyra friheterna” och kan sägas ligga till grund för den inre marknaden. Begreppen ”inre”, ”gemensam” och ”en” används för att beskriva marknaden. Enligt doktrinen är de dock synonyma.⁴⁸ De mest relevanta rättigheterna för denna framställning är fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsfriheten.⁴⁹ Den fria rörligheten av varor framgår av artikel 34 FEUF och fastställer att det inte får förekomma kvantitativa importrestriktioner eller åtgärder med motsvarande verkan mellan medlemsstaterna. Åtgärder med motsvarande verkan ska förstås som ”Alla

⁴⁵ Se Pedersen s. 22.

⁴⁶ Se prop. 2010/11:150 s. 435.

⁴⁷ Se Pedersen s. 22 f.

⁴⁸ Se Barnard s. 16 f.

⁴⁹ Se Sundstrand s. 36 f.

handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt”.⁵⁰ Friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten innebär förbud mot lagstiftning som inskränker möjligheterna till att utöva dessa friheter vilket framgår av artikel 56 och 49 FEUF.

EU-domstolens har förklarat att friheterna i fördraget har direkt effekt.⁵¹ Det innebär att den som anser sig fått rättigheterna kränkta kan vända sig till nationella domstolar och myndigheter för att få det prövat.⁵²

I sammanhanget kan nämnas att EU av medlemsstaterna fått kompetens att besluta på många områden, men inte alla vilket framgår av artikel 5.2 i fördraget om Europeiska unionen. Exempelvis stadgas det i artikel 4.2 FEU att nationell säkerhet är ett område där medlemsstaterna valt att EU inte ska ha kompetens.

3.2 Undantag från fri rörlighet

Till de ovan nämnda friheterna finns det vissa undantag. Av artikel 36 FEUF framgår att medlemsstaterna får ha restriktioner som påverkar rörlighet på varor om dessa restriktioner har till syfte att skydda exempelvis allmän säkerhet. Vidare kan medlemsstater med hjälp av artikel 346.b FEUF vidta åtgärder för att säkerställa sina väsentliga säkerhetsintressen om det gäller varor som är avsedda för militära ändamål. Medlemsstaterna har dock inte en oinskränkt möjlighet att hävda att varor som införskaffats ska omfattas av undantaget. Det krävs att varorna är avsedda för specifika militärändamål.⁵³

Undantagen ovan är föreskrivna i fördragen. Att det ska finnas en uttrycklig undantagsbestämmelse för att en medlemsstat ska ha rätt att använda sig av diskriminerande undantag till gemenskapsrätten följer av EU-domstolens praxis.⁵⁴

⁵⁰ Se C-8/74 Dassonville p. 5.

⁵¹ Se C-26/62 van Gend & Loos; se även Bernitz, Kjellgren s. 116 f.

⁵² Se Bernitz, Kjellgren s. 115.

⁵³ Se C-337/05 Kommissionen mot Italien p. 47–49.

⁵⁴ Se C-153/08 Kommissionen mot Spanien p. 37.

Det kan dock finnas situationer där medlemsstater får göra inskränkningar på de grundläggande friheterna även i avsaknad av gemensamma regler. För att en medlemsstat ska ha rätt att göra så krävs att det är nödvändigt för att tillgodose tvingande hänsyn.⁵⁵ Vad som ryms i det begreppet kommer utvecklas i nästa kapitel.

Oavsett vad medlemsstaten grundar inskränkningen på måste den vara proportionerlig och dessutom medföra att den målsättning som finns uppnås.⁵⁶ EU-domstolen har förtydligat att då inskränkningarna utgör undantag från de grundläggande friheterna ska de tolkas mycket restriktivt och endast omfatta vad som är absolut nödvändigt.⁵⁷

Tidigare nämndes även att medlemsstaterna inte gett EU kompetens när det gäller nationell säkerhet. Trots det följer det av EU-domstolens praxis att medlemsstaterna inte kan bortse från unionsrätten enbart på grund av att en situation rör nationell säkerhet.⁵⁸

⁵⁵ Se C-120/78 Rewe Zentral (Casis de Dijon) p. 8.

⁵⁶ Se C-55/94 Gebhard p. 37.

⁵⁷ Se ex. C-147/86 Kommissionen mot Grekland p. 7.

⁵⁸ Se exempelvis C-300/11 ZZ p. 38.

4 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Medlemsstaterna kan ha rätt att göra undantag från de grundläggande friheterna inom EU om det finns tvingande hänsyn. Genom målet C-120/78 Cassis de Dijon uppkom den så kallade doktrinen om tvingande hänsyn. Avgörandets inverkan på EU-rätten har varit mycket stor.⁵⁹ EU-domstolen har i mål C-55/94 Gebhard dock slagit fast att det inte räcker med att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse för att inskränkande åtgärder ska kunna godtas utan det krävs även att tre andra förutsättningar är uppfyllda.⁶⁰ Nedan kommer bestämmelserna kring tvingande hänsyn i den svenska upphandlingslagstiftningen att behandlas. Kapitlet avslutas med att undersöka praxis som berör avvikelser från den fria rörligheten.

4.1 Cassis de Dijon

Bakgrunden var att en återförsäljare hade ansökt om tillstånd att importera en likör från Frankrike för att sedan sälja den i Tyskland. *Doktrinen om tvingande hänsyn* framgår av punkt åtta i avgörandet där EU-domstolen slår fast att inskränkande åtgärder måste vara tillåtna om de är nödvändiga för att skydda ett visst intresse, exempelvis skydd för folkhälsan. Det måste dessutom vara ett område som tidigare inte blivit harmoniserat.⁶¹ Målet avser fri rörlighet för varor. Doktrinen har dock ansetts tillämplig även i andra situationer vilket gör att den är relevant även för denna uppsats.⁶² Det kan tilläggas att många av principer kring de fyra friheterna bygger på avgöranden rörande varor. Avgörandena har därefter i många fall ansetts tillämpliga även gällande de andra friheterna.⁶³

⁵⁹ Se Bernitz, Kjellgren s. 340.

⁶⁰ Se C-55/94 Gebhard p. 37.

⁶¹ Se C-120/78 Rewe Zentral (Cassis de Dijon) p. 8.

⁶² Se C-81/09 Idryma Typou förslag till avgörande p. 71.

⁶³ Se Bernitz, Kjellgren s. 299.

4.2 Gebhard-testet

Den tyske medborgaren Gebhard bodde i Italien och utövade advokatverksamhet där.⁶⁴ I Italien fick inte medborgare från andra medlemsstater etablera en advokatbyrå.⁶⁵ EU-domstolen kom fram till att åtgärder som försvårar för en person att etablera sig ibland kan godtas.⁶⁶ En förutsättning för att åtgärderna ska vara tillåtna är dock att de uppfyller följande fyra förutsättningar:

1. Tillämpas på icke-diskriminerande sätt,
2. framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse,
3. vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och
4. inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.⁶⁷

Avgörandet visar att en inskränkning som en medlemsstat gör är tillåten endast om det inte finns en mindre ingripande åtgärd som hade kunnat leda fram till samma mål.⁶⁸ EU-domstolen har slagit fast att testet är tillämpligt även vid offentlig upphandling.⁶⁹

4.3 Tvingande hänsyn vid offentlig upphandling

Begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse förekommer i flera lagrum i upphandlingslagstiftningen, exempelvis i 16 kap. 14 § LUFSS. Eftersom uppsatsens huvudsakliga syfte är att utreda begreppet när allmänintresset rör allmän eller nationell säkerhet är det främst bestämmelserna i LUFSS som är

⁶⁴ Se C-55/94 Gebhard p. 3, 4 & 7.

⁶⁵ Ibid. p. 17.

⁶⁶ Ibid. p. 35 & 36.

⁶⁷ Ibid. p. 37.

⁶⁸ Se Sundstrand s. 152.

⁶⁹ Se C-234/03 Contse m.fl.p.25.

av intresse.⁷⁰ För att förstå bakgrunden till bestämmelserna i LUFSS kan ledning hämtas även från förarbetena till LOU eftersom de fungerat som förebild till motsvarande bestämmelser i LUFSS.⁷¹

4.3.1 Bakgrunden till bestämmelserna

Genom samma direktiv som ålade medlemsstaterna att införa en överprövningsmöjlighet fick de även möjligheten att införa bestämmelser som tillåter avtal att bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet existerar om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I Sverige menade lagstiftaren att detta borde införas i nationell lagstiftning då det ansågs ”kunna få oproportionerliga följder” om det inte skulle finnas något undantag till ogiltighet.⁷² I en överprövningsprocess ska därför förvaltningsdomstolen om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningar för avtalets ogiltighet föreligger.

4.3.2 Innebörden av bestämmelserna

Bestämmelsen om att avtal får bestå om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse trots att förutsättningar för ogiltighet är uppfyllda har samma lydelse i LUFSS och LOU och det framgår av förarbetena att de har mycket gemensamt. En skillnad är att då det gäller upphandling enligt LUFSS ska särskilt beaktas om allmänintresset är av försvars- eller säkerhetsintresse. Lagstiftaren ansåg att det inte var lämpligt att exemplifiera vad som skulle utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset i författningstexten. I de olika förarbetena är lagstiftaren försiktig med att precisera vad som menas med tvingande hänsyn till ett allmänintresse, men hänvisar till att begreppet förekommer i andra delar av EU-rätten samt i praxis från EU-domstolen.⁷³ Vidare anges att de allmänna förvaltningsdomstolarna i det enskilda fallet ska göra bedömningen för att se om förutsättningar för att låta avtalet bestå föreligger.⁷⁴

⁷⁰ Se prop. 2010/11:150 s. 435.

⁷¹ Ibid. s. 305.

⁷² Ibid. s. 304 f.

⁷³ Ibid s. 304 f.

⁷⁴ Se prop. 2009/10:180 s. 139.

Ekonomiska intressen ska enbart beaktas om en ogiltigförklaring av avtalet skulle leda till oproportionerliga följder. Då de ekonomiska intressena är direkt kopplade till avtalet kan de dock inte utgöra tvingande hänsyn till allmänintresse. Det innebär att om det exempelvis uppstår kostnader för förseningar i samband med att ett nytt upphandlingsförfarande inleds så kan det inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁷⁵ Då en upphandling regleras av LUFSS får dock inte ett ingånget avtal ogiltigförklaras om det i ”hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för en medlemsstats säkerhetsintressen.⁷⁶

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Som framgått ovan ska domstolen var restriktiv vid tolkningen och bedömningen av om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁷⁷

4.4 Praxis vid undantag från fri rörlighet

Det är endast ett av målen nedan som gäller offentlig upphandling. De andra avgörandena har tagits med eftersom de belyser vilka bedömningar domstolar och myndigheter i Sverige och EU har gjort när de ansett att det funnits skäl att acceptera undantag från de grundläggande friheterna inom EU med hänvisning till nationell säkerhet. Målet som rör offentlig upphandling handlar inte om nationell säkerhet men förefaller vara det enda målet där HFD prövat frågan om tvingande hänsyn till allmänintresse i offentlig upphandling.

4.4.1 Huawei v Post- och telestyrelsen

Bakgrunden till tvisten var att PTS förbjudit produkter från kinesiska Huawei och ZTE att användas vid utbyggnaden av 5G-nät i Sverige.⁷⁸ Huawei överklagade beslutet till förvaltningsrätten och begärde även att domstolen skulle inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Förvaltningsrätten

⁷⁵ Se art. 60.3 2009/81/EG; art. 2d.3 2007/66/EG.

⁷⁶ Se prop. 2010/11:150 s. 304 f.

⁷⁷ Se prop. 2009:10:180 s. 139.

⁷⁸ Se kammarrätten i Stockholm dom i mål 5222–21 och 5223–21, s. 2; PTS beslut Dnr: 18-8496, 2020 s. 2.

avslog överklagandet samt yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande.⁷⁹ I domen konstaterade förvaltningsrätten bland annat att även om åtgärderna var inskränkningar av fri- och rättigheter så uppfyllde de kraven på proportionalitet då mindre omfattande åtgärder inte kunde skydda Sveriges säkerhet.⁸⁰

Målet överklagades till kammarrätten och frågan som kammarrätten hade att ta ställning till var huruvida PTS hade agerat i förenlighet med svensk och/eller internationell rätt.⁸¹

Kammarrätten konstaterade till en början att Kina utgjorde ett säkerhetshot mot Sverige. Vidare menade de att Kina hotat och gripit samt utövat andra typer av påtryckningar mot både medborgare och icke-medborgare och att det som Huawei framfört om att Kina inte skulle kunna påverka anställda inom bolaget inte stämde.⁸² Kammarrätten kom även fram till att det inte fanns några andra åtgärder som hade kunnat minska säkerhetsriskerna och åtgärderna ansågs därav ändamålsenliga och nödvändiga.⁸³ Att det rörde Sveriges säkerhet var enligt kammarrätten av synnerligen starkt intresse.⁸⁴ Huawei hänvisade till åtgärder som antagits av Finland som enligt Huawei var mindre ingripande och uppnådde samma resultat vilket skulle innebära att PTS åtgärder var oproportionerliga. Enligt kammarrätten innebar inte det förhållande att andra länder valt andra lösningar att beslutet skulle upphävas.⁸⁵

Nästa fråga som kammarrätten skulle ta ställning till var om åtgärderna var diskriminerande. Huawei menade att åtgärderna skulle falla in under principen om icke-diskriminering och att åtgärderna inte var motiverade.⁸⁶ Kammarrätten började med att konstatera att all form av diskriminering på grund av nationalitet ska vara förbjuden inom fördragens

⁷⁹ Se kammarrätten i Stockholm dom i mål 5222-21 och 5223-21 s. 3.

⁸⁰ Ibid. s. 6.

⁸¹ Ibid. s. 7.

⁸² Ibid. s. 36 f.

⁸³ Ibid. s. 37 & 41 f.

⁸⁴ Ibid. s. 41.

⁸⁵ Ibid. s. 39 & 41.

⁸⁶ Ibid. s. 41 f.

tillämpningsområde. Kammarrätten konstaterade dock att det av art. 52.1 i EU:s rättighetsstadga framgår att begränsningar av rättigheterna kan vara tillåtna. Det förutsätter att begränsningarna är föreskrivna i lag, är förenliga med det väsentliga innehållet i rättigheterna, proportionerliga och därmed nödvändiga och svarar mot mål av allmänt samhällsintresse. Kammarrätten hänvisade där till ett avgörande från EU-domstolen där domstolen uttalat att nationell säkerhet kan motivera mer ingripande åtgärder än andra intressen som exempelvis allmän säkerhet.⁸⁷ Kammarrätten konstaterade också att åtgärderna inte var diskriminerande, eftersom även andra företag granskats på samma sätt som Huawei och ZTE och företagen hade därmed inte behandlats olika. Kammarrätten avslutade med att förklara att då åtgärderna ska skydda nationell säkerhet är de oavsett motiverade.⁸⁸

4.4.2 Mål C-72/83 Campus Oil

Bakgrunden till tvisten var att importörer av vissa raffinerade petroleumprodukter till Irland var tvungna att köpa en viss del av sitt behov till fastställda priser från ett statligt ägt raffinaderi. Irland motiverade åtgärderna med att de var nödvändiga för att trygga Irlands försörjning av petroleumprodukter och att Irland på så sätt inte blev beroende av andra stater för den typen av varor.⁸⁹ Avgörandet har det haft stor betydelse för diskussionen av allmän säkerhet som avvikelsegrund från den fria rörligheten.⁹⁰

EU-domstolen slog fast att varor inte kan undantas från den fria rörligheten enbart på grund av de är av betydelse för landets liv eller ekonomi.⁹¹ Vidare togs upp att en medlemsstat inte får avvika från den fria rörligheten om det redan finns gemenskapslagstiftning som skyddar det aktuella intresset då det i dessa fall inte kan anses vara en nödvändig åtgärd som medlemsstaten vidtagit.⁹² Att trygga en minimiförsörjning av petroleumprodukter ansågs

⁸⁷ Se kammarrätten i Stockholm dom i mål 5222-21 och 5223-21 s. 42 f.

⁸⁸ Ibid. s. 43.

⁸⁹ Se mål C-72/83 Campus Oil p.3-5.

⁹⁰ Se Koutrakos s. 2 f.

⁹¹ Se mål C-72/83 Campus Oil p. 17.

⁹² Ibid. p. 27.

kunna utgöra ”ett mål som omfattas av begreppet allmän säkerhet” förutsatt att det inte fanns någon mindre restriktiv åtgärd.⁹³

Det fastställda priset på varorna som var av ekonomisk art och fanns för att täcka raffinaderiets driftskostnader ansågs av domstolen vara tillåtet då det var en nödvändighet för att raffinaderiet skulle kunna fortsätta existera och därmed trygga säkerhet i framtiden.⁹⁴

Slutligen lämnade domstolen till de nationella domstolarna att bedöma om de åtgärder som antagits var inom de ramar som satts upp.⁹⁵

4.4.3 HFD 2019 ref. 18

Detta förefaller vara enda gången som HFD prövat frågan om tvingande hänsyn till allmänintresse i upphandlingsrättslig kontext. Målet rör en upphandling av servicersor.⁹⁶ Tillämplig lag var den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Bestämmelsen om tvingande hänsyn till allmänintresse är likalydande med motsvarande bestämmelse i LOU.⁹⁷

Twisten uppstod då den upphandlande myndigheten och den leverantör som avtal ingåtts med samma dag ingick ett tilläggsavtal som innebar att en del av den ursprungliga upphandlingsmaterian inte längre var aktuell.⁹⁸ En annan leverantör väckte därför talan och menade att avtalet skulle förklaras ogiltigt.⁹⁹ Frågan som HFD skulle ta ställning till var enbart om det var motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att låta avtalet bestå.¹⁰⁰

Enligt den upphandlande myndigheten påverkade servicersor människors liv och hälsa på sådant sätt att det måste anses föreligga tvingande hänsyn till allmänintresse.¹⁰¹ HFD resonerade att EU-domstolens praxis gällande

⁹³ Se C-72/83 Campus p. 35 & 44.

⁹⁴ Ibid. p.45, 46 & 51.

⁹⁵ Ibid. p. 50.

⁹⁶ Se HFD 2019 ref.18, p. 2.

⁹⁷ Ibid. p. 10 & 12.

⁹⁸ Ibid. p. 3.

⁹⁹ Ibid. p. 4.

¹⁰⁰ Ibid. p. 9.

¹⁰¹ Ibid. p. 7.

tvingande hänsyn till allmänintresse i allmänhet också bör kunna vara till vägledning när begreppet används i upphandlingssammanhang.¹⁰² Vidare uttalade HFD att det inte räcker med att det som upphandlas är av allmänintresse utan det krävs även att de åtgärder som har vidtagits är proportionerliga.¹⁰³ HFD poängterade också att avtalet måste vara nödvändigt för att genomföra det som upphandlas för att det ska få bestå.¹⁰⁴ Av avgörandet framgår tydligt att det är den upphandlande myndigheten som ska visa att avtalet ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt är uppfyllda.¹⁰⁵

HFD resonerade också kring vad den faktiska effekten av att avtalet ogiltigförklarades skulle kunna bli. Skulle myndigheten kunna upprätthålla sin service trots en minskad fordonsflotta? HFD:s slutsats var att myndigheten rimligtvis borde kunna göra det och att myndigheten i vart fall inte visat på motsatsen.¹⁰⁶

¹⁰² Se HFD 2019 ref.18. p. 16.

¹⁰³ Ibid. p. 17.

¹⁰⁴ Ibid. p. 21.

¹⁰⁵ Ibid. p. 23 & 24.

¹⁰⁶ Ibid. p. 22, 23 & 24.

5 Analys

Möjligheten att låta avtal bestå trots att det föreligger förutsättningar för ogiltighet fyller en viktig funktion i upphandlingslagstiftningen. Vilka kriterier som utgör grund för att låta ett avtal bestå är svårt att ha en bestämd uppfattning om. Nedan görs en analys av vilka principer som kan utläsas av de avgöranden som redogjorts för i avsnitt fyra.

Även om avgörandet **Huawei v PTS** inte rör offentlig upphandling innehåller det flera intressanta överväganden. Av kammarrättens bedömning framgår bl.a. att det inte fanns några andra åtgärder som hade kunnat minska säkerhetsriskerna varför åtgärderna var tillåtna. I en upphandlingssituation där upphandlingen inte gått rätt till och där förutsättningarna för att ogiltigförklara det ingångna avtalet är uppfyllda skulle domstolen med ledning av avgörandet kunna komma fram till att den enda möjligheten att trygga det allmänintresse som finns är att låta avtalet bestå. (Situationen i HFD 2019 ref. 18 kan användas som exempel. Avtalet fick där inte bestå då myndigheten ansågs kunna tillgodose allmänintresset på annat sätt än genom upphandlingen i fråga.)

Det mest centrala att ha med sig från avgörandet är den vikt som läggs vid hänsynen till nationell säkerhet. Kammarrätten framhäver att nationell säkerhet kan motivera mer ingripande åtgärder än andra samhällsintressen. Vid en offentlig upphandling där allmänintresset är nationell säkerhet förefaller det därför vara mer troligt att domstolen skulle anse att det föreligger tvingande hänsyn än om det rör ett annat allmänintresse. Åtgärden måste givetvis fortfarande vara förenlig med proportionalitetsprincipen i likhet med argumentationen som kammarrätten förde.

Avgörandet **Campus Oil** rör inte heller en offentlig upphandling men är likväl intressant. Den viktigaste principen att ta med sig från avgörandet är att en vara inte kan bli undantagen den fria rörligheten enbart på grund av att den är av särskild vikt för medlemsstaten. I en upphandlingssituation skulle således inte ett avtal få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enbart baserat på den upphandlade varans art. Exempelvis

skulle det kunna vara en upphandling av ett nytt röntgensystem på flygplatser. Anta att det finns ett fungerande röntgensystem på den aktuella flygplatsen men det bestämts att ett nytt ska köpas in. Röntgensystemet fungerar som en viktig del i möjlighet att tidigt stoppa farliga föremål från att komma in på flygplatser och på så sätt stoppa exempelvis attentat och får därmed anses vara av särskild vikt för landet. I detta fall finns det dock redan ett fungerande röntgensystem och det är därför inte självklart att upphandlingen av det nya systemet ska få bestå om upphandlingen gått till på fel sätt. Det får i så fall ske en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Eventuellt är det nya systemet så pass mycket bättre, eller anpassat för att upptäcka en ny typ av faror att det ändå anses föreligga tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I så fall är det dock inte beroende på just varans art i sig utan i stället omständigheterna i det enskilda fallet.

Värt att ta med sig av HFD:s bedömning i **HFD 2019 ref 18** är bevisbördan som läggs på den upphandlande myndigheten att visa hur en ogiltigförklaring av avtalet hade påverkat myndighetens verksamhet negativt. Enligt min uppfattning kan det bli problematiskt vid upphandlingar enligt LUFSS. Den upphandlande myndigheten kommer sannolikt inte kunna vara lika öppen med hur deras organisation ser ut. Att lämna ut uppgifter som visar på hur en upphandling är tänkt att avhjälpa brister hos en myndighet är troligen känsligt. Ett exempel kan vara en upphandling av polismyndigheten gällande skyddsvästar. Att myndigheten i det fallet skulle behöva beskriva att den är i stort behov av nya skyddsvästar eftersom de befintliga inte längre är effektiva kan inte anses rimligt.

En nackdel med den frihet som EU har lämnat till medlemsstaterna att själva bestämma när det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse är att det finns en risk att medlemsstaterna kommer att göra olika tolkningar. Domstolarna i medlemsstaterna har möjlighet att vända sig till EU-domstolen och begära ett förhandsavgörande avseende tolkningen av aktuella bestämmelser i EU-rätten i en viss situation. Problemet är dock att detta bara fungerar så länge som domstolarna är villiga att begära förhandsavgöranden. När det gäller nationell säkerhet kan det vara ett område där det finns en

motvilja mot att blanda in EU-domstolen i eftersom det är ett område där medlemsstaterna har egen kompetens. Troligtvis är det också ett område där medlemsstaterna kan ha olika uppfattning. Vissa stater i Europa har exempelvis varit i konflikter i närtid vilket gör att det kan vara känsligt.

Nedan listas fyra steg som enligt mig bör bli beaktade vid bedömningen av om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet föreligger:

1. Det första steget är att identifiera vad allmänintresset är. Här bör det även göras en bedömning av hur starkt allmänintresset är. Det förefaller vara olika starkt beroende på vad allmänintresset är, exempelvis väger nationell säkerhet tungt.
2. Därefter bör domstolen se om åtgärden verkligen tryggar allmänintresset. Här kan domstolen alltså försöka sig på en bedömning för att avgöra om den aktuella upphandlingen leder till att exempelvis den nationella säkerheten upprätthålls.
3. Kommer domstolen fram till att upphandlingen faktiskt leder till att allmänintresset tryggas bör nästa steg vara att se om åtgärden också är nödvändig för detta. Det skulle kunna vara så att det finns andra åtgärder som skulle kunna tillgodose allmänintresset. Även om dessa andra åtgärder inte gör det fullt ut skulle man kunna tänka sig att om de leder godtagbart resultat bör åtgärderna kunna övervägas. Exempelvis skulle en direktupphandling som tryggar allmänintresset under tiden som ett nytt upphandlingsförfarande genomförs kunna vara ett alternativ.
4. Skulle alla tidigare förutsättningar var uppfyllda är sista steget att sätta allmänintresset som uppfylls om avtalet får bestå i relation till leverantörernas förlust till följd av den felaktiga tilldelningen av kontraktet samt till inskränkning av den fria rörligheten som ett sådant förfarande innebär. Vad allmänintresset utgörs av kan inverka vid denna bedömning. Om det exempelvis är nationell säkerhet kommer

en enskild leverantörs ekonomiska förlust troligtvis inte tillmätas någon större betydelse.

Stegen ovan är ingen säkerhet att domstolar kommer att använda sig av vid framtida avgöranden utan är mer tänkt som ett sätt att belysa hur en sådan bedömning hade kunnat gå till.

6 Avslutande ord

Nationell och allmän säkerhet är ett aktuellt område på många håll i Europa, med upprustningar av bl.a. försvar och polisväsendet att vänta. Antalet upphandlingar på området kan därför antas öka och därmed troligen även processerna gällande ogiltigförklaring av avtal samt möjligheten att låta avtal som uppfyller förutsättningarna för ogiltighet bestå. Förhoppningsvis kommer begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse därmed utvecklas framöver genom praxis och andra förtydliganden. Det kommer dock bli svårt att sätta upp för tydliga ramar för hur begreppet ska tolkas då offentliga upphandlingar är av en speciell karaktär där omständigheterna i det enskilda fallet ofta skiljer mycket.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Prop. 1992/93:88, Om offentlig upphandling

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

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

Europeiska unionen

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

Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/81/EG, av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG

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

Övrigt

Nummelin, Wiktor, Svenska Dagbladet, EU lovar hjälp till snabb upprustning, (hämtad 2022-12-18),

<https://www.svd.se/a/474WjE/eu-lovar-hjalp-till-snabb-upprustning>

PTS, Dnr: 18-8496, Godkännande av sökande samt tillkommande villkor i auktion av frekvensbanden 3,5 GHz och 2,3 GHz, 2020-10-20, (hämtad 2022-12-8)

<https://www.pts.se/globalassets/startpage/dokument/legala-dokument/beslut/2020/radio/godkannande-35/beslut-godkanda-budgivare-och-tillkommande-villkor.pdf>

Upphandlingsmyndigheten, Om offentlig upphandling, (hämtad 2022-12-7)
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/om-offentlig-upphandling/>

Upphandlingsmyndigheten, Statistik som utvecklar den offentliga affären, (hämtad 2022-12-7)
https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik-som-utvecklar-den-offentliga-affaren/#mer_tillganglig_statistik_2022

Rättsfallslista

Sverige

Högsta domstolen

HFD 2019 ref 18

HFD 2017 ref. 62

Kammarrätten och förvaltningsrätten

Kammarrätten i Stockholm Mål 5222-21 och 5223-21

Förvaltningsrätten Stockholm Mål 2431-20 och 2378-21

EU-domstolen

C-26/62 Van Gend en Loos mot Adminstratie der Belastingen, EU:C:1962:42

C-6/64 Costa mot ENEL, EU:C:1964:66

C-8/74 Dassonville, EU:C:1974:82

C-106/77 Amministrazione delle finanze dello Stato v Simmenthal, EU:C:1978:49

120/78 Rewe mot Bundesmonopolverwaltung fur Branntwein, Cassis de Dijon, EU:C:1979:42

C-72/83 Campus Oil, EU:C:1984:256

C-147/86 Commission of the European Communities V Hellenic Republic, EU:C:1988:150

C-55/94 Reinhard Gehbard, EU:C:1995:411
C-414/97 Commission v Spain, EU:C:1999:417
C-234/03 Contse m.fl. EU:C:2005:644
C-337/05 Commission V Italy, Augusta Bell, EU:C:2008:203
C-153/08 Commission V Spain, EU:C:2009:618
C-81/09 Idryma Typou, Opinion, EU:C:2010:304
C-300/11 ZZ, EU:C:2013:363

Litteratur

Barnard, Catherine, The substantive law of the EU the four freedoms, 7 upplagan, Oxford university press, 2022

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 7. Upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2022

Forsberg, Niclas, Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV, 4. Upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2019

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, s.21-46, i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2. Upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018

Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling i försörjningssektorerna, 5. Upplagan, Jure Förlag, Stockholm, 2019

Richel, Jane, EU-rättslig metod, s.109-142, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), Jurdisk metodlära, 2. Upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018

Sandgren, Jan, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod, argumentation, 4. Upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018

Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 1. Upplagan, Jure Förlag, Stockholm, 2012

Söderlund, Ylva, Säkerhetsskydd vid upphandling Analys, säkerhetsskyddsavtal och Sveriges säkerhet, 1. Upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2021

Toftegaard Lindahl, Eva, Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen, Studentlitteratur, Lund, 2022

Elektronisk litteratur

Andersson, Rosén, Helena, Muhlenbock, Eva-Maj, Hallberg, Olof, Norlén, Hugo, Näslund, Johanna, Piper, Catharina, Willquist, Henrik, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, NJ lagkommentar, Juno, (hämtad 2022-12-29)

Forssell, Ulfdotter, Anna, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Lexino lagkommentar, Juno, (hämtad 2022-12-20)

Artiklar

Koutrakos, Panos, Public Security Exceptions and EU Free Movement Law, Exceptions from EU Free Movement Law, Hart Publishing Limited, 2016