



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Håkansson

Överprövning av avbrutna upphandlingar

Ett problemområde inom offentlig upphandling

Examensarbete
20 poäng

Bengt Lundell

Förvaltningsrätt

Höstterminen 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion	4
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Disposition	7
2 HISTORIK	9
2.1 Tidigare gällande upphandlingsregler	9
2.2 EES-avtalet och tillkomsten av LOU	10
3 DEN EG-RÄTTSLIGA REGLERINGEN	12
3.1 Direktivstyrning	12
3.2 Gemenskapsrättsliga principer och primärrättens företrädare	12
3.3 EG-rättens förhållande till nationell rätt	14
4 LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING	16
4.1 Lagen syfte och omfattning	16
4.2 Upphandlingar över och under tröskelvärden	17
4.3 Annonsering och rapportering	18
4.4 Upphandlande enheter	18
4.5 Huvudregeln om affärsmässighet	19
4.6 Upphandlingsförfarandet	21
4.6.1 Kort om upphandlingsprocessen	21
4.6.2 Upphandlingsformer	21
4.6.2.1 Allmänt	21
4.6.2.2 Över tröskelvärdena	22

4.6.2.3	Under tröskelvärdena	22
4.6.3	Prövning av anbud	23
4.6.3.1	Lägsta anbudspris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet	24
5	ÖVERPRÖVNING	26
5.1	Allmänt om möjligheten till överprövning	26
5.2	Rättsmedelsdirektiven	27
5.3	Överprövning i svensk rätt	28
5.3.1	Allmänt	28
5.3.2	Talerätt	29
5.3.3	Tidsfrist vid överprövning	29
5.3.3.1	Alcateldomen	30
5.3.4	Upphandlingsmeddelandet	31
5.3.4.1	Upphandlingsmeddelandets innehåll	32
5.3.4.2	Sekretessprövningen	33
5.3.4.3	Undantag från plikten att lämna upphandlingsmeddelande	34
5.3.5	Rättsliga åtgärder	35
6	AVBRUTNA UPPHANDLINGAR	37
6.1	När är en upphandling avbruten?	37
6.1.1	Olika situationer för avbrytande av en upphandling	38
6.2	Problemet med avbrutna upphandlingar uppmärksammas	39
6.3	Reglering av avbrutna upphandlingar	40
7	ÖVERPRÖVNING AV AVBRUTNA UPPHANDLINGAR	42
7.1	Utgångspunkter	42
7.2	Avbrutna upphandlingars reglering	42
7.3	EG-domstolen om avbrutna upphandlingar	44
7.3.1	Medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla möjlighet till överprövning av avbrutna upphandlingar	44
7.3.1.1	Mål C-92/00	44
7.3.1.2	Mål C-15/04	45
7.3.2	Rätt och skyldighet att avbryta en upphandling	46
7.3.2.1	Mål C-27/98	46
7.3.2.2	Mål C-448/01	47
7.3.2.3	Mål C-244/02	48
7.3.3	Analys	48
7.4	Svenska avgöranden	49
7.4.1	Svensk praxis	49
7.4.2	Mål C-92/00 och efterföljande kammarrättsavgöranden	50
7.4.2.1	Kammarrätten i Stockholm	51
7.4.2.2	Göteborgs kammarrätt	52
7.4.2.3	Sundsvalls kammarrätt	52
7.4.3	Analys	53

7.5	Behörigt forum	54
7.6	Tidsfrist för överprövning	57
7.7	Sammanfattning och slutsatser	58
8	AVSLUTANDE KOMMENTARER	61
8.1	Ytterligare frågor	61
8.2	Nya upphandlingsregler	61
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	63
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Sammanfattning

Den offentliga upphandlingen regleras sedan den 1 januari 1994 av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Lagen grundar sig på de upphandlingsdirektiv som sedan länge reglerat upphandling inom och mellan EU-länder och är till sin karaktär, i likhet med direktiven, mycket detaljerat utformad. LOU reglerar i princip alla aspekter av upphandlingsförfarandet. Denna uppsats tar upp ett av de områden inom den offentliga upphandlingen som inte omfattas av LOU: s bestämmelser, nämligen avbrutna upphandlingar. Syftet med uppsatsen är att belysa vilka rättsliga problem som förknippas med avbrutna upphandlingar samt att, med utgångspunkt i LOU samt EG-rättslig praxis och svenska rättsavgöranden, klargöra hur avbrutna upphandlingar bör behandlas ur rättslig synpunkt.

I uppsatsen konstateras att avbrutna upphandlingar har utgjort ett rättsligt problem under drygt ett decennium och trots att frågor relaterade till avbrutna upphandlingar lyfts fram i olika sammanhang, bland i departementspromemoria *Avbrutna upphandlingar och interna bud* (Ds 1994:83), har lagstiftaren inte vidtagit några åtgärder. Uppgiften att lösa problemen förknippade med avbrutna upphandlingar har istället anförtratts domstolarna. Problemen har dock kvarstått då Regeringsrätten (RegR) och Högsta domstolen (HD) fram tills år 2004 har förvägrat leverantörer möjligheten att begära överprövning av ett avbrytandebeslut. Under år 2004 meddelades emellertid fem kammarrättsdomar som alla hänvisar till ett avgörande från EG-domstolen från 2002, mål C-92/00, och slår fast att det skall vara möjligt att i domstol överpröva ett avbrytandebeslut. Detta är ett trendbrott i jämförelse med svensk praxis. Vid en närmare granskning av fallen finner man dock att det föreligger oenighet i vissa andra frågor förbundna med överprövningen. Oenigheten avser vilken domstol som skall anses vara behörigt forum för denna typ av överprövningsfrågor samt vilken tidsfrist som skall tillämpas för överklagande av ett avbrytandebeslut. Dessa frågor kommer att behandlas i uppsatsen.

Mitt övergripande intryck efter att ha arbetat med offentliga upphandlingar i allmänhet och avbrutna upphandlingar i synnerhet under en längre tid är att det finns ett stort behov av förändringar av LOU. Regelverket har kritiserats av både leverantörer och upphandlande enheter, ofta på grund av att regelverket är komplicerat och ibland onödigt detaljerat. Leverantörer har även påpekat att upphandlande enheter i förekommande fall, medvetet eller omedvetet, agerar i strid med gällande upphandlingsregler och att det saknas effektiva sanktionsmöjligheter. I fråga om avbrutna upphandlingar är de härmed förknippade problemen kända sedan ett decennium tillbaka och det oklara rättsläget rörande möjligheten att överpröva avbrytandebeslut har under senare tid varit föremål för debatt. Även om svårigheterna med avbrutna upphandlingar kan överbryggas genom vägledande avgöranden från RegR eller HD, är det min åsikt att överprövning av avbrutna upphandlingar bör regleras i 7 kap. LOU.

Förord

Jag vill först av allt tacka Andreas Lindström för att han initierade mig i ämnet offentlig upphandling. Han gav mig värdefulla tips i början av uppsatsskrivandet och hjälpte till med att sondera terrängen. Jag vill också tacka min handledare Bengt Lundell för att han hjälpt mig att vaska fram det som är viktigt. Vidare vill jag tacka Thomas Nerd för hans synpunkter under arbetets gång, vilka på flera sätt förbättrat uppsatsen och gett mig insikter om hur ett motsvarande arbete hade utförts i arbetslivet.

Förkortningar

EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
LIU	Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende upphandling
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. 1
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Propositionen
RegR	Regeringsrätten
RomF	Romfördraget
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordningen (1949:105)
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Introduktion

Regler för offentlig upphandling är ur ett svenskt perspektiv ingen nyhet. Redan under 1800-talet fanns bestämmelser för hur statliga myndigheter skulle genomföra en upphandling.¹ Den tidiga regleringen av den statliga upphandlingen präglades av konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet. Tillkomsten av LOU förändrade inte detta men gav den offentliga upphandlingen nya rättsliga ramar. Upphandlingsförfarandet blev mer formbundet än tidigare, samtidigt som skyddet för konkurrensen i upphandlingen förstärktes och lyfts fram. Dessutom infördes möjligheten för leverantörer att begära överprövning av en upphandling, något som tidigare inte hade varit möjligt. LOU är huvudsakligen en produkt av anpassningen till de regler som styr den offentliga upphandlingen inom den europeiska gemenskapen, vilka primärt utgörs av de fyra upphandlingsdirektiven². Dessa direktiv, vilka utgör sekundärrätt, grundas i sin tur på, och skall harmoniera med, flertalet gemenskapsrättsliga principer som tillhör primärrätten. Bestämmelserna i LOU, tillika artiklarna i direktiven, skall således med hänsyn till normhierarkin inom Europeiska Unionen (EU) tolkas mot bakgrund av dessa gemenskapsrättsliga principer. Av särskilt intresse för den offentliga upphandlingen är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet.

De ovan nämnda gemenskapsrättsliga principer (och på upphandlingens område, upphandlingsdirektiven) ingår i en medveten strävan att säkra den fria rörelsen av varor, tjänster och etableringsfriheten på den gemensamma marknaden.³ Fri och effektiv konkurrens ökar tillväxten och sysselsättningen samt leder till besparingar inom den offentliga sektorn. Enbart i Sverige uppgår värdet av den årliga offentliga upphandlingsvolymen till cirka 400 miljarder kronor⁴, vilket utgör nästan en femtedel av bruttonationalprodukten. Motsvarande värde inom EU är 8000 miljarder kronor.⁵ Med hänsyn till de ansevärda omsättningsvolymerna och den ökade upphandlingen över gränserna är det således viktigt att säkerställa att upphandlingsförfarandet, med utgångspunkt i fri konkurrens och likabehandling, regleras på ett tillfredsställande sätt för att förhindra att

¹ På den tiden reglerades enbart statliga upphandlingar. I mitten av 1970-talet utarbetades ett kommunalt normalreglemente varvid de kommunala upphandlingsreglerna anpassades till de statliga upphandlingsreglerna. LOU omfattar idag både kommunala och statliga upphandlingar.

² Tjänstedirektivet (92/50/EEG), varudirektivet (93/36/EEG), bygg- och anläggningsdirektivet (93/37/EEG) och försörjningsdirektivet (93/38/EEG). De tre första ändrades 1997 genom ändringsdirektiv I (97/52/EG). Det sistnämnda ändrades 1998 genom ändringsdirektiv II (98/4/EG). Ändringsdirektiven var resultatet av anpassningen till GPA-avtalet.

³ Se art. 28-31, 43-48 och 49-51 RomF.

⁴ Andersson [2003], s. 7.

⁵ http://www.kommers.se/page_disp.asp?node=207

upphandlande enheter förfar otillbörligt eller i strid med upphandlingsreglerna. LOU torde, med hänsyn till att lagen bygger på de utförliga och detaljerade upphandlingsdirektiven, lämna litet utrymme för otillbörliga förfaranden och lagstridiga upphandlingar.

LOU har dock kritiserats och ifrågasatts från flera håll under de senaste 10 åren. Exempelvis konstaterade en undersökning från 2005 gjord av företagarnas riksorganisation (Företagarna) ett brett missnöje angående reglernas utformning och hur bestämmelserna tolkas och flertalet företag avstår idag helt från att delta i upphandlingar på grund av att reglerna upplevs alltför invecklade.⁶ Kritik av upphandlingsreglerna är emellertid inte en ny företeelse. I en rapport från 1996 gjord av länsstyrelsen i Stockholms län granskades kommunernas uppfattning om LOU och dess effekter. Flertalet kommuner anmärkte på LOU: s detaljreglering av upphandlingsförfarandet och framförallt ifrågasattes de detaljerade bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena. LOU ansågs medge ett alltför litet utrymme för förhandlingar med anbudsgivare och dåligt anpassad till den decentraliserade organisation som tillämpas i många kommuner. I samma rapport angav dock flertalet kommuner att det är just lagens detaljreglering som gör den så lätt och smidig att arbeta efter och om tveksamheter uppkommer angående tolkningen eller tillämpningen av bestämmelserna är det upp till upphandlaren att använda sitt sunda förnuft och därigenom undvika bokstavstolkningar.⁷ Vidare konstaterade upphandlingskommittén år 1999 i sitt delbetänkande *Effektivare offentlig upphandling* att kritik har riktats mot alla slags upphandlande enheter på grund av att de inte följt upphandlingsreglerna.⁸ Enligt upphandlingskommittén är otillåten direktupphandling den sannolikt mest frekventa avvikelserna från LOU: s regler. Andra brister som konstateras i rapporten är bland annat otillbörligt styrande kravspecifikationer, godtyckliga utvärderingskriterier utan rangordning och felaktigheter vid anbudsprövning.

Under 2001 och 2004 släpptes ytterligare två rapporter⁹ som i likhet med de föregående rapporterna belyser LOU: s brister i olika avseenden. Både rapporterna framhåller att regelverkets dåliga efterlevnad främst beror på att reglerna är komplicerade och att de upphandlande enheterna har bristfällig kompetens rörande upphandlingsreglerna. Detta påverkar inte bara den upphandlande enheten och de medverkande leverantörerna utan också en tredje part, det allmänna. I en rapport från Företagarna, som behandlar den kommunala upphandlingen, konstateras att slarv inom den kommunala upphandlingen kostar det allmänna 10-15 miljarder per år. Rapporten konstaterar att slarvet består av kommunernas bristande hänsyn till lagens

⁶ *Upphandling och kollektivavtal*, april 2005.

⁷ Rapport 1996:15, *Konkurrens i kommunal sektor - erfarenheter från upphandling i Stockholms län*, s.53 f.

⁸ SOU 1999:139 s. 324-325 (upphandlingskommitténs slutsatser grundas på NOU: s rapport *Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling*, dnr 52/99-28).

⁹ Demoskop (2001), *Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning* och ITPS (2004), *Offentlig upphandling i EU och USA – hinder och möjligheter för små och medelstora företag*.

krav på konkurrens vid upphandlingsförfarandet.¹⁰ Vid sådana förhållanden krävs effektiva sanktionsmöjligheter. I LOU återfinns tillgängliga rättsmedel i dess sjunde kapitel. En förfördelad leverantör kan enligt 7 kap. 2 § ansöka om *överprövning* av beslut tagna av den upphandlande enheten eller i efterhand, då skadan redan är ett faktum, begära *skadestånd* enligt 7 kap. 6 §.

Det har emellertid visat sig att rättsmedlen inte är effektiva.¹¹ På senare tid har särskilt tillämpningen av rättsmedlet överprövning konstaterats bristfällig i vissa avseenden och har varit föremål för en intensiv debatt.¹² Framförallt har debatten gällt frågan huruvida det överhuvudtaget är möjligt att överpröva en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling. Enligt rådande svensk praxis¹³ är det inte möjligt att överpröva ett avbrytandebeslut eller att i efterhand ålägga den upphandlande enheten skadeståndsskyldighet för avbrytandet. Av senare avgöranden från EG-domstolen framgår emellertid att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett förfarande som möjliggör överprövning av ett avbrytandebeslut.¹⁴ Efter att domen i mål C-92/00 meddelades har frågan om överprövning av ett avbrytandebeslut tagits upp i svenska domstolar i antal fall.¹⁵ I fem kammarrättsavgöranden hänvisar domstolarna till avgörandet i EG-domstolen och konstaterar, i likhet med detta avgörande, att det skall finnas en överprövningsmöjlighet för denna typ av beslut. Vid en jämförelse av domsluten i fråga finner man dock att domstolarna i vissa avseenden har olika åsikter angående den rättsliga regleringen av avbrutna upphandlingar.

1.2 Syfte och frågeställning

Som ovan sagts har problemen med avbrutna upphandlingar debatterats flitigt och på så sätt utgör min uppsats inte en nyhet i detta sammanhang. Det som särskiljer min uppsats är att den tar ett bredare grepp om ämnet och går djupare in i EG-domstolens praxis rörande avbrutna upphandlingar. Uppsatsens syfte är att ge en övergripande bild av problematiken med avbrutna upphandlingar och hur vissa frågor relaterade till avbrutna upphandlingar behandlats i domstol. Samtidigt är det min målsättning att ge läsaren en grundläggande förståelse för vilka regler som styr den offentliga upphandlingen. Följande frågor skall behandlas inom ramen för uppsatsen:

¹⁰ Förvaltningshögskolans rapport nr 50, *Praktisk kommunal upphandling*, 2003, s.11.

¹¹ Se exempelvis ITPS rapport *Offentlig upphandling i EU och USA – hinder och möjligheter för små och medelstora företag*.

¹² Se exempelvis Anbudsjournalen nr 20, 33-34 och 35 från år 2004.

¹³ Se RÅ 2001 ref. 18, NJA 2001 s. 3 och mål T 1683-99.

¹⁴ Se mål C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik från den 18 juni 2002 och mål C-15/04, Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH.

¹⁵ Se framförallt Kammarrättens i Stockholm dom den 19 april 2004 i mål 240-04 tillika domen i mål 139-04 av den 24 mars 2004, Kammarrättens i Göteborg dom den 16 juli 2004 i mål 3832-04 och Kammarrättens i Sundsvall beslut den 9 juli 2004 i mål 2025-03. Se även Västmanlands läns dom av den 2 juli 2004 i mål 1246-04 E och länsrätten i Stockholms läns dom av den 7 juli 2004 i mål 11969-04 E.

Är det möjligt att överpröva en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling? Vilken domstol skall vara behörig att pröva en överprövningsansökan gällande ett avbrytandebeslut? Vilken tidsfrist gäller för inlämnande av överprövningsansökan?

1.3 Metod och material

I uppsatsen använder jag mig av traditionell juridisk metod och är uppdelad i en deskriptiv och en analyserande del. Den deskriptiva delen utgörs av 2-6 kap. I det sjunde kapitlet återfinns analysen där jag besvarar mina frågeställningar. Vad gäller materialet som ligger till grund för uppsatsen har min målsättning varit att i så stor utsträckning som möjligt använda mig av lagtext, förarbeten, direktiv och rättsfall. Doktrin används i de fall informationen jag behöver endast finns där eller i de fall informationen däri är särskilt belysande. Ett annat skäl till att jag i möjligaste mån undviker att använda mig av den doktrin som finns är att materialet i detta avseende är tunnått och ålderstiget. Det finns egentligen bara två böcker (*Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling* och *Offentlig upphandling*) som är av nyare datum och som mer ingående behandlar den offentliga upphandlingen. Vidare bör jag påpeka att det inte finns särskilt mycket information rörande avbrutna upphandlingar. Internet har här varit ett ovärderligt hjälpmedel för att finna det lilla material som finns. I huvudsak baseras den del som behandlar avbrutna upphandlingar på rättspraxis, både från EG-domstolen samt de svenska domstolarna. Diverse rapporter och yttranden från NOU har också varit till stor hjälp i mitt uppsatsskrivande.

1.4 Avgränsningar

I syfte att koncentrera min uppsats på det väsentliga har jag gjort flera avgränsningar. För det första kommer jag överhuvudtaget inte att behandla rättsmedlet skadestånd, trots att skadeståndsaspekten på ett sätt har en naturlig koppling till uppsatsens ämne. För det andra skall jag inte fördjupa mig i den EG-rättsliga regleringen varpå LOU bygger. I detta avseende kommer jag att vara mycket översiktlig. En annan avgränsning har gjorts i fråga om rättsfallsanalysen. Denna omfattar endast EG-domstolens praxis, svensk praxis och senare tids kammarrättsavgöranden. Lägre domstolars avgöranden kommer inte att behandlas.

1.5 Disposition

I uppsatsens 2-4 kap. redogör jag för de regler som gäller för den offentliga upphandlingen. Jag behandlar här både LOU och den EG-rättsliga regleringen. Fokus ligger emellertid på LOU: s regler. I uppsatsens femte kapitel redogörs ingående för rättsmedlet överprövning. I 6 kap. introduceras läsaren i problematiken med avbrutna upphandlingar, varefter jag i det sjunde kapitlet, med utgångspunkt i mina frågeställningar, redogör

för och analyserar EG-rättslig praxis och svenska avgöranden avseende avbrutna upphandlingar. I det avslutande 8 kap. uppmärksammas andra frågor som uppkommer i samband med avbrutna upphandlingar, och som idag står obesvarade. Här omtalas även de nya upphandlingsreglerna som skall införas i LOU i anledning av de nya upphandlingsdirektiven från 2004.

2 Historik

2.1 Tidigare gällande upphandlingsregler

Regler för offentlig upphandling är som tidigare nämnts inte en ny företeelse i Sverige. Redan i början av århundradet utfärdades den första upphandlingsförordningen (1920). Då gällande regler ämnade tillgodose den tidens krav på affärsmässighet och den statliga upphandlingen skulle präglas av offentlighet och rättssäkerhet. På den tiden syftade reglerna inte till att skapa lika förutsättningar i konkurrensen namn utan svenska varor skulle äga företräde framför utländska varor och vid upphandling skulle myndigheter särskilt beakta upphandlingens betydelse för den inhemska produktionen. Detta synsätt förändrades inte förrän genom 1952 års upphandlingskungörelse (1952:496), vilket bland annat kom till uttryck i att sysselsättningsskäl inte fick påverka myndigheters beslut i en upphandling. År 1968 tillkallades en utredning om statlig upphandling (Upphandlingskommittén). Utredningens betänkande (SOU 1971:88) ledde sedermera fram till 1973 års upphandlingskungörelse (1973:600). Denna ersattes senare av 1986 års upphandlingsförordning (1986:366).¹⁶

1986 års upphandlingsförordning är i huvudsak en omredigering av det tidigare gällande regelverket, vilket medförde att de riktlinjer som angavs i 1973 års proposition (prop.1973:73) fortfarande tillämpades. Enligt propositionen skall upphandlingen styras av principen om affärsmässighet och den målsättningen uppfylls bäst genom att upphandlingen utsätts för konkurrens.¹⁷ Affärsmässighet innebar i detta sammanhang också att upphandlingen skulle ske *med beaktande av samtliga omständigheter*, med vilket bland annat menades anbudsgivarens förmåga att fullgöra sina åtaganden, möjligheterna att få god service och framtida driftskostnader. Priset var således inte helt och hållet avgörande för vilket anbud som skulle antas.¹⁸ Principen om affärsmässighet byggde på antagandet att det som är mest fördelaktigt i varje enskilt upphandlingsförfarande är även det mest fördelaktiga ur samhällsekonomisk synpunkt. Det är därför viktigt med konkurrens i upphandlingsförfarandet och därigenom uppnås en optimal resursfördelning. Men även om principen om affärsmässighet enligt propositionen skulle vara styrande vid den statliga upphandlingen måste den i vissa fall vägas mot andra intressen för att uppnå ett resultat som var det mest förmånliga för samhället. Jämte principen om affärsmässighet framhövs offentlighet och rättssäkerhet som vägledande principer inom den statliga upphandlingen.¹⁹

¹⁶ Ds 1992:4 s. 41-42.

¹⁷ Ibid, s. 42-43.

¹⁸ SOU 1971:88, s. 62-63.

¹⁹ Prop. 1973:73 s. 5-7.

Ovan nämnda regelverk omfattade dock endast statliga myndigheter. Kommuners och landstings upphandlingsförfarande var alltså oreglerad och begränsades endast i viss mån av kommunallagens bestämmelser.²⁰ Dock fanns interna regler. Enligt upphandlingskommittén talade flera skäl för att man bör uppnå en samstämmighet mellan de kommunala och statliga upphandlingsreglerna.²¹ Regeringen var av samma åsikt och framhöll att samordningen inom den statliga upphandlingen bör främjas och att kommunerna skall omfattas av denna samordning.²² Denna samordning skulle uppnås på frivillig väg med anledning av en överenskommelse som träffats mellan Svenska kommunförbundet och Svenska landstingsförbundet.²³ Samma år som propositionen utfärdades, antogs således det kommunala upphandlingsreglementet med tillhörande anvisningar. Upphandlingsreglementet var emellertid inte direkt bindande utan kommunerna och landstingen rekommenderas att anta upphandlingsreglementet. År 1983 hade dock samtliga landsting och merparten av kommunerna anslutit sig.²⁴

2.2 EES-avtalet och tillkomsten av LOU

Under år 1991 tillsattes en arbetsgrupp med uppgift att lägga fram ett förslag angående nödvändiga förändringar av svenska upphandlingsregler, som anpassningen till de nya krav EES-avtalet förde med sig. Styrande för arbetet var de direktiv som reglerade den offentliga upphandlingen inom Europeiska Gemenskaperna (EG) och det som figurerat i förhandlingarna mellan EG och EFTA. Arbetsgruppens förslag innebar att det svenska regelverket skulle anpassas till det EG-rättsliga regelverket med utgångspunkt i upphandlingsdirektiven.²⁵ Avtalet var avsett att vara heltäckande, det vill säga att avtalet skulle omfatta upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten på central, regional och lokal nivå samt innehålla regler för tvistelösning och övervakning. Dessutom skulle avtalet gälla för tjänsteområdet och de tidigare uteslutna sektorerna.²⁶

Vid en jämförelse mellan EG:s och Sveriges regelverk står det klart att den grundläggande uppfattningen om hur en upphandling skall gå till är till stora delar densamma.²⁷ Utgångspunkten för all upphandling enligt det EG-rättsliga regelverket är att den skall genomföras affärsmässigt och i konkurrens. Alla leverantörer skall agera på lika villkor på en öppen marknad och inga ovidkommande hänsyn får tas. I detta avseende är de båda regelverken i linje med varandra. Förändringarna ligger snarare i att de medel som tillhandahålls för säkerställandet av en gemensam marknad

²⁰ Ds 1992:4 s. 46.

²¹ SOU 1971:88 s. 69.

²² Prop. 1973:73 s. 30.

²³ Ibid, s. 1.

²⁴ Ds 1992:4 s. 46.

²⁵ Ibid, s. 7.

²⁶ Utrikesdepartementet 1990:4 s. 24-25.

²⁷ Prop.1992/93:88 s. 37.

präglad av konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet numera är noggrant angivna i lag och att upphandlingsförfarandet blivit mer detaljstyrkt. Vidare har kretsen av upphandlande enheter som omfattas av reglerna utvidgats. Dessutom skall det, till skillnad från tidigare regleringar, finnas en möjlighet att kontrollera att upphandlingsförfarandet genomförs på ett korrekt sätt. LOU innehåller således regler för överprövning och skadestånd.²⁸ Den största förändringen för kommunerna och landstingen är att upphandlingsförfarandet numera regleras av tvingande regler. Statliga myndigheters upphandling var redan tidigare reglerad av tvingande lagstiftning, i huvudsak i form av upphandlingsförordningen.²⁹

²⁸ Prop. 1992/93:88 s. 1.

²⁹ SOU 1999:139 s. 68.

3 Den EG-rättsliga regleringen

3.1 Direktivstyrning

Direktiven som reglerar den offentliga upphandlingen (framöver benämnda upphandlingsdirektiven) kan sägas vara hänförliga till två olika grupper av upphandlingssektorer. Den första gruppen är den så kallade *klassiska sektorn*³⁰, vilken innefattar generella regler för upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster som utförs av upphandlande enheter inom stat, kommun eller landsting. Den andra gruppen, *försörjningssektorerna*³¹, innehåller regler för upphandlingar inom verksamheterna vatten, energi, transport och telekommunikation. Tidigare omfattades försörjningssektorerna inte av reglerna för offentlig upphandling. Direktivet för försörjningssektorerna är något annorlunda utformat jämfört med direktiven för den klassiska sektorn, vilket har sin grund i att de organ som tillhandahåller sådana tjänster ibland lyder under offentlig rätt, i andra fall under privaträtt. En av skillnaderna är att det finns en större möjlighet att förhandla med anbudsgivaren under upphandlingens gång, vilket vid upphandling inom den klassiska sektorn endast kan ske i undantagsfall. För varje upphandlingssektor finns det också ett *rättsmedelsdirektiv*³² (återkommer till dessa i uppsatsens 5 kap.).³³ Utöver ovan nämnda direktiv finns det dessutom två ändringsdirektiv³⁴. Dessa utgör en anpassning av de tidigare antagna upphandlingsdirektiven i anledning av ingåendet av GPA-avtalet. Avtalet, vilket till stora delar är en vidareutveckling av det förut gällande GATT-avtalet, är slutet inom ramen för Världshandelsorganisationen (WTO) och syftar till att minska antalet handelshinder och diskriminerande bestämmelser.³⁵

3.2 Gemenskapsrättsliga principer och primärrättens företräde

Upphandlande enheter skall i upphandlingssammanhang identifieras med staten och skall således betraktas som förpliktade subjekt. Detta innebär, utöver en skyldighet att tillämpa LOU, även en förpliktelse att beakta *EG-rättens grundläggande rättsprinciper*, varpå upphandlingsdirektiven grundas. Denna skyldighet föreligger även vid upphandlingar under tröskelvärdet, trots att upphandlingsdirektiven inte reglerar sådana

³⁰ Direktiv 93/36/EEG (varudirektivet), 93/37/EEG (byggdirektivet) och 92/50/EEG (tjänstedirektivet).

³¹ Direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet).

³² Direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG.

³³ Riksdagens Revisorer, rapport 1997/98:3 s. 8-10.

³⁴ Direktiv 97/52/EG och 98/4/EG.

³⁵ Forsberg [2004], s. 221-222 och SOU 1999:139 s. 65.

upphandlingar.³⁶ Direktivens syfte är att se till att de gemenskapsrättsliga principerna, vilka genomsyrar all lagstiftning inom EU, får genomslagskraft i den offentliga upphandlingen. Principerna går utöver direktivens ramar, vilket innebär att de bakomliggande principerna skall tillämpas även vid de situationer där direktiven inte är direkt tillämpliga (exempelvis vid upphandling under tröskelvärdet), under förutsättning att det finns en anknytning till offentlig upphandling.³⁷

De avgjort viktigaste principerna som skall beaktas vid upphandlingen är *principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och förutsägbarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet*. Särskilt viktiga är principerna om icke-diskriminering och likabehandling. Den förstnämnda återfinns i art. 12 Romfördraget (RomF) och förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet inom fördragets tillämpningsområde, vilket inkluderar offentlig upphandling. Det är exempelvis inte tillåtet att förfrågningsunderlaget i en upphandling innehåller krav som är omöjliga för andra än svenska leverantörer att uppfylla. EG-domstolen har vidare i praxis³⁸ slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip som går utöver de uttryckliga bestämmelserna i RomF. Alla leverantörer, oavsett nationalitet, skall alltså tillåtas tävla på lika villkor. En annan viktig princip som bör nämnas i detta sammanhang är *solidaritetsprincipen*, vilken anges i art. 10 RomF. Denna princip anger att varje medlemsstat är skyldiga att vidta åtgärder som säkerställer EG-rättens efterlevnad i den egna medlemsstaten. Principen innebär också att medlemsstaterna skall arbeta för att gemenskapens uppgifter kan genomföras. Dessutom skall medlemsstaterna tillse att tillämpningen av gemenskapsrätten kontrolleras och i behövliga fall med avskräckande och proportionerliga sanktioner beivra överträdelser.³⁹

Skyldigheten att beakta de bakomliggande principerna innebär att man inte endast av reglerna i upphandlingsdirektiven eller LOU kan utläsa vad som är tillåtet eller otillåtet i en offentlig upphandling. Upphandlande enheter måste också beakta reglerna i RomF rörande den fria rörelsen av varor och tjänster samt etableringsfriheten, vilket följer direkt av den normhierarki som råder mellan olika regelverk inom EU. RomF tillhör den så kallade *primärrätten* och har företräde framför den så kallade *sekundärrätten* (direktiv och förordningar). Upphandlingsdirektiven skall därför tolkas i ljuset av primärrätten.⁴⁰

³⁶ Falk, Pedersen [2004], s. 92.

³⁷ Forsberg [2004], s. 179.

³⁸ Mål C-243/89.

³⁹ SOU 1999:139 s. 57-58.

⁴⁰ Falk, Pedersen [2004], s. 16.

3.3 EG-rättens förhållande till nationell rätt

LOU är en hybrid mellan EG-rätt och svensk rätt och skall tolkas i enlighet med upphandlingsdirektivens lydelse samt EG-rättens rättsprinciper och syfte. Det är framförallt EG-domstolens praxis som definierar vad som skall anses utgöra EG-rättens syfte men även EG-kommissionen har utfärdat riktlinjer för hur upphandlingsrätten och konkurrensrätten skall tolkas.⁴¹ Skyldigheten för de nationella domstolarna att tolka nationella regler i ljuset av tillämplig EG-rätt, så kallad *EG-konform tolkning*, anges i art. 10 RomF (solidaritetsprincipen). I detta sammanhang är det viktigt att påpeka att upphandlande enheter skall följa LOU:s bestämmelser, inte upphandlingsdirektivens, eftersom det är statens ansvar att se till att den nationella rätten överensstämmer med direktiven och EG-rätten i övrigt.⁴²

EG-domstolen har i ett antal mål⁴³ tagit ställning till vad som händer när nationell rätt strider mot EG-rätten. I dessa fall har EG-domstolen slagit fast att de nationella domstolarna skall tillämpa EG-rätten under förutsättning att bestämmelsen i fråga har så kallad *direkt effekt*.⁴⁴ Begreppet direkt effekt är till fullo en skapelse av EG-domstolens rättspraxis och återfinns inte i lagtext. En bestämmelse i ett direktiv har direkt effekt om den innehåller en rättighet eller skyldighet för en enskild samt att bestämmelsen är klar, precis och ovillkorlig. Kravet på att bestämmelsen skall vara klar och precis innebär att den inte skall vara öppen för olika tolkningar. Ovillkorligheten består i att den inte är beroende av ytterliga åtgärder av något slag. Enligt ett av EG-domstolens avgöranden⁴⁵ föreligger direkt effekt endast i det fall en individ åberopar bestämmelsen gentemot staten. Ett direktivs bestämmelser kan alltså endast ha en så kallad *vertikal direkt effekt* och kan därför inte åberopas gentemot enskilda subjekt. Enligt EG-domstolen⁴⁶ skall begreppet *staten* i detta sammanhang tolkas extensivt och omfatta samtliga organ inom de nationella förvaltningarna. Detta innebär att, utöver statliga myndigheter, även landsting och kommuner är skyldiga att följa de gemenskapsrättsliga regler som har direkt effekt.⁴⁷ Enligt EG-kommissionen har de flesta artiklarna i upphandlingsdirektiven direkt effekt.⁴⁸

Om någon av de förutsättningar som krävs för att direkt effekt skall föreligga inte är uppfylld, kan en bestämmelse i ett direktiv ändå ha betydelse vid tolkning av svenska regler som grundas på ett direktivs bestämmelser. Enligt EG-domstolens praxis⁴⁹ skall de nationella

⁴¹ Junesjö [2000], s. 59-60.

⁴² Riksdagens Revisorer, rapport 1997/98:3, s. 12.

⁴³ Se bland annat mål C-6/64 och C-106/77.

⁴⁴ Mål C-26/62. I svensk rätt har RegR tillämpat principen om direkt effekt i RÅ 1996 ref. 50.

⁴⁵ Mål C-152/84

⁴⁶ Mål C-188/89, C-152/84 och C-103/88.

⁴⁷ Falk, Pedersen [2004], s. 29-30 och SOU 1999:139 s. 61-62.

⁴⁸ Grönboken om offentlig upphandling [1996], s. 7. Se även mål C-31/87.

⁴⁹ Mål C-14/83 och C-157/86.

bestämmelserna tolkas med hänsyn till gemenskapsrätten även om de gemenskapsrättsliga reglerna inte har direkt effekt. Man säger då att reglerna i direktiven har *indirekt effekt* och att de nationella domstolarna skall tolka nationella bestämmelser mot bakgrund av ordalydelsen och syftet med det bakomliggande direktivet, så kallad *direktivkonform tolkning* (von Colson doktrinen).⁵⁰

⁵⁰ Falk, Pedersen [2004], s. 30-31 och SOU 1999:139 s. 62.

4 Lagen om offentlig upphandling

4.1 Lagen syfte och omfattning

Genom tillkomsten av LOU 1992 (trädde i kraft 1994) transformeras EES-avtalets regelverk till svensk rätt. Syftet med LOU är främst att öppna den inre marknaden genom att eliminera gränsöverskridande handelshinder och därigenom effektivisera offentlig verksamhet. LOU uppställer således tydliga krav för hur upphandlingsförfarandet skall genomföras så att direktivens krav på att den offentliga sektorns upphandling utsätts för marknadens villkor kan uppfyllas. Upphandlingen skall i alla stadier av förfarandet präglas av affärsmässighet.⁵¹

Sveriges medlemskap i EU medför att staten och därmed de upphandlande enheterna inte enbart måste följa de särskilda upphandlingsdirektiv utan även de rättsprinciper som direktiven bygger på samt det övriga gemenskapsrättsliga regelverket.⁵² EG:s regelverk, uppbyggt med utgångspunkt i RomF, har som målsättning att skapa en öppen och konkurrensutsatt upphandlingsmarknad för alla betydande sektorer inom upphandlingen.⁵³ I enlighet därmed omfattar EES-avtalets regelverk bestämmelser för hela den offentlighetsanknutna upphandlingsmarknaden, det vill säga både den statliga och kommunala verksamheten och under särskilda förutsättningar även verksamhet som kan bedrivas av privata företag.⁵⁴ I propositionen till lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende upphandling (LIU) uttalade lagstiftaren en ambition att i princip all verksamhet, som inte kan karaktäriseras som myndighetsutövning eller där något annat finns föreskrivet för statliga myndigheter, kommuner och landsting, skall på sikt i sin helhet vara utsatt för konkurrens.⁵⁵

LOU är indelad i sju kapitel:

- 1 kap. gemensamma regler och definitioner,
- 2 kap. varuupphandling över tröskelvärdena,
- 3 kap. upphandling av byggentreprenörer över tröskelvärdena,
- 4 kap. upphandling inom försörjningssektorerna (vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena) över tröskelvärdena,
- 5 kap. upphandling av A-tjänster över tröskelvärdena,

⁵¹ Prop. 1992/93:88 s. 39-40 och SOU 2000:117 s. 42.

⁵² Forsberg [2004], s. 179.

⁵³ Prop. 1992/93:88 s. 36.

⁵⁴ Ibid, s. 39.

⁵⁵ Prop. 1993/94:35 s. 17. Lagen antogs dock enligt en senare proposition, nämligen prop. 1993/94:222. Förstnämnda proposition finns med som en bilaga till prop. 1993/94:222.

- 6 kap. upphandling under tröskelvärdena, B-tjänster oavsett värde och så kallade försvarsupphandlingar samt
- 7 kap. överprövning och skadestånd.

4.2 Upphandlingar över och under tröskelvärden

Upphandlingsdirektiven, som reglerar upphandlingar av varor, byggtreprenader och tjänster samt inom de så kallade försörjningssektorerna (vatten, energi, transporter och telekommunikationer) är inte tillämpliga på upphandlingar som understiger vissa i lagen särskilt angivna tröskelvärden⁵⁶. För dessa gäller särskilda regler om bland annat annonsering, rapportering och tekniska specifikationer.⁵⁷ I Sverige har vi dock valt att även reglera upphandlingar som understiger de angivna tröskelvärdena. I propositionen till LOU konstaterades att den upphandling som understiger tröskelvärdena totalt sett är en mycket viktig del av upphandlingen, trots att det enskilda värdet av en sådan upphandling inte uppgår till betydande belopp. Av detta skäl samt att en enhetlig reglering av all upphandling har ett värde i sig ansåg lagstiftaren att LOU bör omfatta all upphandling, oavsett värde. Det anses dock onödigt att upphandlingar under tröskelvärdena regleras i detalj på det sätt som gäller för de direktivstyrda upphandlingarna och det är således tillräckligt att endast vissa angivna bestämmelser skall gälla för upphandlingar under tröskelvärdena, nämligen huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och möjligheten till överprövning och skadestånd i 7 kap. LOU. Kretsen av upphandlande enheter som gäller för upphandlingar över tröskelvärdena skall dock även gälla för upphandlingar under tröskelvärdena.⁵⁸

Regleringen av upphandlingar som understiger tröskelvärdena bedömdes senare vara alltför summarisk och i propositionen *Frågor om offentlig upphandling* föreslog regeringen att ett nytt kapitel skulle införas i LOU som särskilt reglerade dessa upphandlingar. Utgångspunkten borde enligt lagstiftaren vara att den allmänna målsättningen om affärsmässig, konkurrensutsatt och icke-diskriminerande upphandling säkerställs samtidigt som alltför detaljerad reglering undviks.⁵⁹ Propositionen ledde sedermera fram till lagstiftning och upphandlingar enligt 2-5 kap. LOU som understiger särskilt angivna tröskelvärden, regleras numera i 6 kap. LOU. Bestämmelserna i detta kapitel skall enligt 1 kap. 3 § andra stycket även tillämpas på upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandlingar av försvarsprodukter och sådana tjänster som inte har civil användning. Vidare omfattas upphandlingar av tjänster som återfinns i avdelning A i bilagan och som understiger det i 5 kap. angivna tröskelvärdet samt vid upphandling av

⁵⁶ Se förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁵⁷ Forsberg [2004], s. 13.

⁵⁸ Prop. 1992/93:88 s. 2 och 42.

⁵⁹ Se prop. 1993/94:78 s. 16-17

tjänster som avses i avdelning B, oavsett värde. Det 6 kap. omfattar också upphandling av telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning eller sattelittjänster som anges i 5 kap.⁶⁰

4.3 Annonsering och rapportering

Vid upphandlingar av varor, byggtreprenader och A-tjänster (förteckning över A-tjänster återfinns i bilagan till LOU) över tröskelvärdena finns ett krav på att upphandlingen skall annonseras. Syftet med annonseringskravet är att främja konkurrensen över nationsgränserna. Motsvarande krav finns inte för inte för upphandlingar enligt 6 kap. LOU, det vill säga upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster oavsett värde. Det finns dock inget förbud mot att annonsera dessa upphandlingar. Annonseringen skall skickas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, vilka för in annonserna i databasen Tender Electronic Daily (TED). Annonseringen publiceras sedan i EGT. Annonseringen får skrivas på valfritt officiellt EU-språk och är kostnadsfri.⁶¹

För att direktivets krav på likabehandling skall kunna uppfyllas är det viktigt att, om annonsering även sker i Sverige, den svenska annonseringen inte innehåller mer information än den som publiceras i EGT. Dessutom är det inte tillåtet att publicera den svenska annonseringen före det att annonseringen publicerats i EGT. Om upphandlingen är planerad, skall annonsering ske så tidigt som möjligt under budgetåret, en så kallad förhandsannonsering, annars skall annonseringen skickas in till EGT snarast möjligt. Vidare skall en avslutad upphandling annonseras. Enligt 1 kap. 11 § LOU är den upphandlande enheten även skyldig att upprätta en rapport efter en avslutad upphandling som överstiger tröskelvärdet. Denna skall på begäran skickas till EG-kommissionen.⁶²

4.4 Upphandlande enheter

I 1 kap. 5 § LOU definieras upphandlande enheter som statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 § och, såvitt avser upphandling enligt 4 och 6 kap., sådana enheter som avses i 4 kap. 1 § andra stycket och 6 kap. 1 § tredje stycket, sammanslutningar av sådana myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter. Vidare omfattas även Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144). Syftet med upphandlingsdirektiven är som tidigare sagts att utsätta den offentliga sektorns upphandling för marknadens villkor och upphandlingen skall präglas av affärsmässighet.⁶³ I

⁶⁰ Forsberg [2004], s. 147.

⁶¹ SOU 1999:139 s. 76-77.

⁶² Ibid, s. 77.

⁶³ Prop. 1992/93:88 s. 40.

princip innebär det att all verksamhet, som inte kan karaktäriseras som myndighetsutövning eller där annat är särskilt föreskrivet för statliga myndigheter, kommuner och landsting, skall vara utsatt för konkurrens.⁶⁴

Vad gäller statliga och kommunala bolag kan det ibland vara svårt att bedöma om huruvida en upphandlande enhet omfattas av LOU eller inte. För att omfattas av lagen skall ett organ enligt förarbetena, på grund av ägande eller på grund av sin speciella verksamhet, ha ett offentlighetsdrag. Vid en sådan bedömning⁶⁵, vilken regleras i 1 kap. 6 §, är utgångspunkten bolagets verksamhetssyfte.⁶⁶ Enligt bestämmelsen skall bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har till syfte att täcka ett behov i det allmännas intresse, anses utgöra en upphandlande enhet. Behovet i fråga får inte vara av industriell eller kommersiell karaktär. Utöver detta måste organen också vara underkastade visst inflytande från det allmänna. Inflytandet kan utgöras av att:

- kapital tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet,
- upphandlingen står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet eller
- staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet utser mer än halva antalet ledamöter i styrelsen.

Sammanfattningsvis kan man säga att LOU omfattar de statliga och kommunala bolag som egentligen hade kunnat bedrivas av en myndighet eller affärsverk. Det skall tilläggas att företag som bedriver verksamhet som förutsätter vissa myndighetstillstånd normalt sett har en särställning gentemot andra företag i det att verksamheten inte alltid behöver präglas av affärsmässighet. Även ett sådant företag skall därför omfattas av LOU. Den slutsats man kan dra av förarbetena är att bedömningen om företaget är en upphandlande enhet i LOU: s mening eller inte, avgörs inte enbart av det faktum att det allmänna äger företaget. Verksamhetens syfte skall också vägas in i bedömningen.⁶⁷

4.5 Huvudregeln om affärsmässighet

I 1 kap. 4 § LOU anges huvudregeln om affärsmässighet som gäller för all upphandling. Enligt bestämmelsen skall upphandling utföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras *affärsmässigt*. Vidare skall anbudsgivare, anbudssökanden och anbud behandlas *utan ovidkommande hänsyn*. Denna bestämmelse eller liknande återfinns inte i upphandlingsdirektiven. Man kan emellertid

⁶⁴ Prop. 1993/94:35 s.17.

⁶⁵ Enligt EG-domstolens avgörande i mål C-18/01 skall bedömningen göras utifrån de förhållanden som var aktuella vid bolagets bildande och de villkor som bolaget underkastas för sin verksamhet.

⁶⁶ Prop. 1992/93:88 s. 40.

⁶⁷ Ibid, s. 40-41.

betrakta huvudregeln om affärsmässighet som en princip jämförbar med de EG-rättsliga principerna som skall beaktas vid alla upphandling. Det är dock oklart om regeln om affärsmässighet går utöver reglerna i upphandlingsdirektiven. Med tanke på att upphandlingsdirektivets syfte inte är att harmonisera upphandlingsreglerna utan samordna dem, kan man dra den slutsatsen att det åtminstone bör vara möjligt för medlemsstater att tillämpa egna regler under förutsättning att reglerna inte strider mot upphandlingsdirektiven eller EG-rätten i övrigt. Denna slutsats stöds av EG-domstolens praxis.⁶⁸

I förarbetena till LOU finner man inte mycket hjälp för tolkningen av begreppen *affärsmässighet* och utan *ovidkommande hänsyn*. Vad gäller affärsmässighet anges att det finns en möjlighet för upphandlande enheter att ta hänsyn till exempelvis kostnader för ett utdraget upphandlingsförfarande. Hur långt denna möjlighet sträcker sig framgår av andra bestämmelser i lagen, särskilt avseende möjligheten att tillämpa olika upphandlingsförfaranden. Begreppet ovidkommande hänsyn kan jämföras med principen om icke-diskriminering i EG-rätten. Denna princip är grundläggande i utformningen av regleringen i direktiven och syftar till att i möjligaste mån förhindra att vissa leverantörer i upphandlingsförfarandet gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt och därigenom konkurrensnedrivande sätt.⁶⁹

NOU har i ett utlåtande i ett ärende från 1998 uttalat sig om tolkningen av begreppet affärsmässighet. NOU konstaterar inledningsvis att begreppet affärsmässighet är en svensk konstruktion och återfinns inte uttryckligen i gemenskapsrätten. Dock motsvarar begreppet i stor utsträckning de krav som gäller enligt den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling. Begreppet har sitt ursprung i upphandlingskommitténs betänkande SOU 1971:88 och angavs där innebära att myndigheter skall genomföra upphandlingar utan att ta hänsyn till industripolitiska, sysselsättningspolitiska eller försörjningspolitiska faktorer. Utgångspunkten skall vara att varje enskild upphandling har ett eget värde och en upphandling skall genomföras så att den blir så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt. NOU:s utlåtande gällde i detta fall en upphandling enligt 6 kap. LOU och i sådana situationer skall svenska rättskällor ha företräde vid tolkningen av begreppet affärsmässighet. Man kan emellertid inte helt bortse ifrån gemenskapsrätten.⁷⁰

Upphandlingskommittén har i ett senare betänkande från 2001 skrivit att begreppet bör knytas till vad som inom gemenskapsrätten kallas *value for money* (värde för pengarna). Det innebär att en upphandlande enhet som ämnar göra bra affärer och därmed få värde för pengarna måste driva en upphandlingsverksamhet som är av god kvalitet. God kvalitet förutsätter professionalism i upphandlingsarbetet, långsiktig planering, intern och extern samordning samt säkra rutiner för hela upphandlingsprocessen.

⁶⁸ Falk, Pedersen [2004], s. 28-29.

⁶⁹ Prop. 1992/93:88 s. 59-60.

⁷⁰ *Ramavtal och begreppet affärsmässighet*, Dnr 203/96 s. 2-3.

Kommittén är, till skillnad från vad som uttalats på andra håll, av åsikten att näringslivet sätt att bedriva verksamhet inte bör utgöra en förebild eftersom den offentliga sektorn inte har vinstmaximering som övergripande mål. Enligt kommittén skall begreppet affärsmässighet tolkas så att den upphandlande enheten skall göra en så ekonomiskt bra affär som möjligt.⁷¹ Kommittén har tidigare förordat att upphandlingen skall betraktas som en affärstransaktion i den egna affärsverksamheten.⁷² Konkurrensrådets uppfattning är att upphandlingsförfarandet skall genomföras enligt vad som i vanligt språkbruk kallas affärsmässighet.⁷³

4.6 Upphandlingsförfarandet

4.6.1 Kort om upphandlingsprocessen

Det offentliga upphandlingsförfarandet och det förfarande som tillämpas inom det privata näringslivet kan liknas vid varandra med den avgörande skillnaden att det offentliga förfarandet är detaljreglerat. Framförallt är det procedurreglerna som skiljer dem åt. Ett exempel på detta är att förhandlingar under en pågående offentlig upphandling endast kan tillämpas vid särskilt reglerade tillfällen. Av det skälet är det mycket viktigt att de krav som ställs på leverantören och upphandlingsobjektet preciseras noggrant i förfrågningsunderlaget. Det finns mycket begränsade möjligheter att under pågående upphandling ändra något i förfrågningsunderlaget.⁷⁴

I övrigt är upphandlingsförfarandets gång densamma i den offentliga upphandlingen som i den privata. Först görs en behovsanalys följt av en marknadsanalys. Efter det sammanställs ett förfrågningsunderlag som skall tillställas alla intresserade eller utvalda leverantörer. Det är det viktigt att förfrågningsmaterialet är tydligt och omfattar allt som har betydelse för upphandlingen eftersom det är med hänsyn till förfrågningsunderlagets information som leverantörerna utformar sina anbud. Efter det att alla anbud kommit in skall den upphandlande utvärdera leverantörerna och deras anbud.⁷⁵

4.6.2 Upphandlingsformer

4.6.2.1 Allmänt

Lagen innehåller sex upphandlingsformer: *öppen*, *sektiv*, *förhandlad*, *förenklad*, *direktupphandling* och *urvalsupphandling*. Vilken upphandlingsform som skall tillämpas är reglerat i LOU och avgörs med

⁷¹ SOU 2001:31 s. 69-81.

⁷² Ds 1992:4 s. 43.

⁷³ SOU 2000:117 s. 44.

⁷⁴ Falk, Pedersen [2004], s. 55-56.

⁷⁵ Ibid, s. 55-56.

hänsyn till kravet på affärsmässighet, konkurrensförutsättningar och upphandlingens art och omfattning.⁷⁶

4.6.2.2 Över tröskelvärdena

Vid upphandling över tröskelvärdena tillämpas antingen *öppen*, *sektiv* eller *förhandlad upphandling*. Alla tre upphandlingsformer tillämpas vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster över tröskelvärdet. *Öppen upphandling* är den vanligaste förekommande upphandlingsformen och går till så att alla leverantör inbjuds via annonsering att lämna anbud, varpå anbuden prövas utan förhandling med anbudsgivarna.⁷⁷

Vid *sektiv upphandling* inbjuder den upphandlande enheten vissa särskilt utvalda leverantörer att lämna anbud. Efter ett urvalsförfarande infordras anbud från minst fem anbudssökande. *Selektiv upphandling* tillämpas till exempel när det är nödvändigt för att uppnå ett rimligt förhållande mellan mellan upphandlingens värde och de administrativa kostnaderna för anbudsprövningen. Ett annat skäl för att välja *sektiv upphandling* är om upphandlaren på förhand vet att det ställs särskilda krav på leverantören.⁷⁸

Förhandlad upphandling tillämpas endast i undantagsfall. Denna upphandlingsform får användas om 1) de anbud som lämnats vid öppen eller *sektiv upphandling* inte uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget eller 2) om inga anbud lämnats alls, alternativt att de anbud som lämnats bedöms vara olämpliga. I de två sista fallen skall en rapport lämnas till EG-kommissionen om så begärs. För samtliga fall gäller att de ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte får ändras. I vissa fall måste den förhandlade upphandlingen även föregås av annonsering. Det gäller bland annat för den situationen att förhandlingar inte upptagits med alla de ursprungliga leverantörerna. Vid *förhandlad upphandling* med föregående annonsering skall minst tre lämpliga anbudsgivare delta i den mån det finns. Om det inte finns några anbud alls eller om de förevarande anbuden är olämpliga behöver den förhandlade upphandlingen inte annonseras. Detsamma gäller om det är fråga om tillhandahållandet av allmännyttig forskning, utveckling eller studier, om det endast finns en lämplig leverantör, om öppen eller *sektiv upphandling* inte kan tillämpas på grund av oförutsedd brådska eller i fråga om tilläggsleveranser.⁷⁹

4.6.2.3 Under tröskelvärdena

Den förenklade upphandlingsformen skall användas vid upphandling av varor, byggtreprenader, tjänster inom försörjningssektorerna och A-tjänster som understiger de angivna tröskelvärdena. Upphandlingsformen skall även tillämpas vid upphandling av B-tjänster oavsett värde och vid så

⁷⁶ SOU 1999:139 s. 76. Sedan betänkandet offentliggjordes har urvalsupphandlingen tillkommit. Därför anges det inte i källan.

⁷⁷ Ibid, s. 76.

⁷⁸ Ibid, s. 77.

⁷⁹ Ibid, s. 77.

kallade försvarsupphandlingar. Om denna upphandlingsform tillämpas får alla leverantörer delta i upphandlingsförfarandet. Anbud som lämnas skall vara skriftliga och det är tillåtet för den upphandlande enheten att förhandla med en eller flera anbudsgivare. Under förutsättning att det uttryckligen angivits i förfrågningsmaterialet kan dock ett anbud antas utan föregående förhandling.⁸⁰ I syfte att uppnå effektiv konkurrens är upphandlande enheter skyldiga att annonsera om den förenklade upphandling i en elektronisk databas eller genom en annons i annan form.⁸¹

Direktupphandling innebär att upphandling med en leverantör kan ske omedelbart, utan krav på skriftligt anbud. Denna upphandlingsform får endast tillämpas om upphandlingsvärdet är lågt eller om det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådska som inte kunnat förutses eller beror på den upphandlande enheten. Vad gäller upphandlingsvärdet är det vanligt att som lågt värde räkna med ett basbelopp. För kvalificerade tjänster tillämpas ofta två basbelopp. Även vid direktupphandling är principerna om konkurrens, affärsmässighet och objektivitet tillämpliga.⁸²

Urvalsupphandling kan användas för att begränsa antalet leverantörer som får delta i upphandlingen. Enligt tidigare regler var det inte möjligt för upphandlande enheter att avvisa en leverantör på grund av att det redan fanns tillräckligt många intresserade leverantörer. Följden av det blev att upphandling enligt 6 kap. LOU riskerade att bli onödigt tids- och resurskrävande eftersom alla anbud skulle utvärderas. Med hänvisning till detta problem samt det faktum att upphandlande enheter vid upphandlingar över tröskelvärdena kunde begränsa antalet anbudsgivare, infördes motsvarande reglering i 6 kap.⁸³

4.6.3 Prövning av anbud

Den upphandlande enheten är skyldig att pröva alla anbud som kommit in i rätt tid och som godkänts vid den formella granskningen och kontrollen. Denna skyldighet omfattar även anbud som lämnats av icke tillfrågade leverantörer. Vid upphandling enligt 2, 3 och 5 kap. LOU sker prövningen av anbuden i två steg⁸⁴. Först kontrolleras att leverantörerna har förutsättningar att utföra upphandlingskontraktet. Detta steg kallas för leverantörskvalificering och leder vid öppen upphandling till att de kvalificerade leverantörerna kan få sina anbud prövade och vid selektiv upphandling till en inbjudan att lämna in ett anbud. I denna fas kontrolleras bland annat att anbudsgivaren fullgör sina åligganden avseende betalning av skatter och socialförsäkringar, att den finansiella och ekonomiska ställningen är sund och att företaget har kompetens att utföra upphandlingskontraktet. I det andra steget sker en utvärdering av själva

⁸⁰ SOU 1999:139 s. 78.

⁸¹ Prop. 1999/2000:128 s. 1 och 25-27.

⁸² SOU 1999:139 s. 78.

⁸³ Prop. 1999/2000:128 s. 23-24.

⁸⁴ Fastställdes i EG-domstolens dom i mål C-31/87.

anbudet med förfrågningsunderlaget som grund. Härvid får den upphandlande enheten endast tillämpa sådana krav och kriterier som är förenliga med EG-rätten. Prövningen av leverantörens lämplighet och utvärderingen av leverantörers anbud är två åtskilda moment och skall genomföras i den angivna ordningen. Vid öppen upphandling kan de två stegen dock företas medelbart i anslutning till varandra. Anbud som inkommit för sent kan inte prövas. Vidare kan vissa villkor⁸⁵ i anbudet medföra att anbudet inte kan prövas.⁸⁶

För prövning av anbud vid upphandling som understiger tröskelvärdena gäller i princip samma regler som ovan. Den upphandlande enheten är skyldig att pröva anbud och ansökningar om att få lämna anbud som inkommit i rätt tid, såvida inte anbuden eller ansökningarna förkastas på grund av de förhållanden som anges i 6 kap. 9 § första stycket och 10 § LOU. Det första lagrummet anger att en leverantör kan uteslutas från deltagande i en upphandling om denne exempelvis befinner sig i konkurs, är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller inte betalat socialförsäkringsavgifter eller skatt. Sistnämnda bestämmelser anger att en upphandlande enhet inte får anta ett anbud, om leverantören inte är registrerad i register som avses i 9 § tredje stycket. Det föreligger inte någon skyldighet för den upphandlande enheten att förkasta anbud eller ansökningar om något av de förhållanden som anges i 9 § första stycket skulle vara för handen. Förbudet i 10 § är däremot ovillkorligt.⁸⁷

4.6.3.1 Lägsta anbudspris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

I det andra steget sker alltså enligt ovan en prövning av anbuden som sedan skall jämföras med varandra. Den upphandlande enheten skall antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris, driftskostnader, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, service och underhåll eller miljöpåverkan (ej en uttömmande uppräknings) eller det anbud som har det lägsta priset.⁸⁸ I förarbetena till LOU konstaterades att huvudregeln är att anbud med det lägsta anbudspriset skall antas men att principen kan frångås under förutsättning att beslutet inte motiveras av särbehandlings-skäl. Istället skall då principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga priset tillämpas. Enligt lagstiftaren är huvudregeln om det lägsta anbudspriset en alldeles för grov bedömningsgrund men anser att alternativregeln om det ekonomiskt mest fördelaktiga priset uppväger denna brist.⁸⁹

⁸⁵ Se exempelvis kammarrättens i Göteborgs dom i mål nr 5691-1999. Villkoret i fråga var att anbudsgivaren skulle ha rätt att återkalla anbudet om anbudet inte godkändes av dess styrelse.

⁸⁶ SOU 1999:139 s. 86, Falk, Pedersen [2004], s. 91 och Forsberg [2004], s. 134.

⁸⁷ Forsberg [2004], s. 158-159.

⁸⁸ SOU 1999:139 s. 86.

⁸⁹ Ds 1992:4 s. 63 och prop. 1992/93:88 s. 52.

Skall principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga priset tillämpas vid anbudsutvärdering skall detta anges i annonsen. Utvärderingskriterierna skall vara tydliga och samtliga kriterier som avses tillämpas skall finnas med, i antingen annonsen, skrivelsen eller förfrågningsunderlaget. Det får inte förekomma att ett anbud antas på grund av något kriterium som inte framgått av den information som leverantörerna fått ta del av. Med hänsyn till kravet på objektivitet bör kriterierna förutom att vara klart angivna, även begränsas antalsmässigt. Om det är möjligt skall också utvärderingskriterierna rangordnas inbördes.⁹⁰ Möjligheten att avstå från en rangordning är enligt NOU endast tillåtligt i de fall som det är omöjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget rangordna utvärderingskriterierna. Bortsett från detta skall rangordningen i vart fall vara gjord innan anbuden prövas. I annat fall sker ingen rättvis jämförelse mellan anbud, vilket är till nackdel för leverantörerna. Dessutom anser NOU att rangordningen även är till fördel för den upphandlande enheten i det att enheten tvingas tänka igenom vad den vill ha och erhåller då en produkt som på bästa sätt motsvarar den upphandlande enhetens krav. En väl genomtänkt rangordning medför således bättre utformade anbud och en för den upphandlande enheten bättre affär.⁹¹

⁹⁰ Prop. 1992/93:88 s. 52 och SOU 1999:139 s. 52.

⁹¹ NOU info 1996, s. 20.

5 Överprövning

5.1 Allmänt om möjligheten till överprövning

I tidigare svenska regleringar av den statliga offentliga upphandlingen fanns det inga möjligheter att få en upphandling överprövad då en leverantör ansåg sig felaktigt behandlad. Tvärtom stadgades i exempelvis 1920 års upphandlingsförordning i dess 31 § att ”över myndighets beslut, varigenom anbud antagits, förkastats eller icke upptagits till prövning, må klagan ej föras”. Inte heller så sent som i 1986 års upphandlingsförordning hade detta förändrats (se 16 §).

Däremot kunde kommunala upphandlingar angripas med hjälp av kommunalbesvär (efter den nya kommunallagens införande 1977 kallades kommunalbesvär för laglighetsprövning). Laglighetsprövningen är en form av medborgarkontroll som innebar att varje kommun- och landstingsmedlem hade rätt att överklaga beslut av fullmäktige eller beslut av en nämnd eller ett partssammansatt organ. Beslut av kommunala bolag och kommunala associationer kunde alltså inte laglighetsprövas. Möjligheten att på detta sätt häva juridiskt bindande avtal var dock inte något självklart, vilket uppmärksammades vid tillkomsten av 1977 års kommunallag. Argument för att avskaffa denna möjlighet var att laglighetsprövningen kunde medföra oskäligen och inte godtagbara konsekvenser. Laglighetsprövningen behölls dock.⁹²

Den 1 januari 1994 trädde LOU i kraft och ersatte därmed 1986 års upphandlingsförordning och det i princip likalydande kommunala upphandlingsreglementet. LOU är en produkt av anpassningen av svenska regler om offentlig upphandling till EES-avtalet regelverk. EES-avtalets regler för offentlig upphandling motsvarades av de EG-direktiv som reglerade den offentliga upphandlingen inom den europeiska gemenskapen.⁹³ Inom EG hade den offentliga upphandlingen varit föremål för reglering sedan lång tid tillbaka eftersom EG:s inre marknad kräver att den offentliga upphandlingen regleras på ett sätt som garanterar de fyra friheterna, det vill säga fri rörlighet för personer, kapital, varor och tjänster.⁹⁴ Efterlevnaden av upphandlingsdirektiven för den offentliga upphandlingen var dock dålig. Den kontroll som kunde ske i enlighet med RomF var inte tillräcklig då den största delen av upphandlingen sker på den nationella nivån och inte över gränserna. Av den anledningen antogs först direktiv 89/665/EEG (benämns rättsmedelsdirektiv I) för den klassiska

⁹² Ds 1992:4 s.96.

⁹³ Forsberg [2004], s.13.

⁹⁴ Ds 1992:4 s.31.

sektorn och senare direktiv 92/13/EEG (benämns rättsmedelsdirektiv II) för försörjningssektorerna.⁹⁵

5.2 Rättsmedelsdirektiven

Båda direktiven anger inledningsvis i respektive preambel att ifrågavarande direktiv antagits med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen. Direktiven är samstämmiga i konstaterandet att den nuvarande ordningen, på nationell såväl som på gemenskapsnivå, inte alltid är tillräcklig för att säkerställa att upphandlingsdirektivens ändamål uppnås. Detta förtydligas på så sätt att då rättsmedel för ändamålet saknas eller är otillräckliga, kan gemenskapsföretag avskräckas från att lämna anbud. I det första rättsmedelsdirektivet framhålls att detta särskilt gäller under det skede där överträdelser hade kunnat korrigeras. Medlemsstaterna uppmanas därför att åtgärda detta förhållande. Båda direktiven påpekar samtidigt att konkurrensen mellan medlemsstater ställer höga krav på insyn och likabehandling av leverantörer. De rättsmedel som skall kunna tillgripas måste vara effektiva och sättas in i ett tidigt skede, eftersom upphandlingsförfarandet kan vara kortvarigt. Interimistiska åtgärder är således essentiella.⁹⁶

De rättsmedel som behöriga prövningsorgan skall kunna tillgripa anges i art. 1 och 2 i respektive direktiv. I princip överensstämmer direktiven med varandra avseende de rättsmedel som skall stå till prövningsorganets förfogande. I art. 1 i direktiven anges hur rättsmedlen skall vara beskaffade. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att en upphandlande myndighets beslut prövas effektivt och skyndsamt. Prövningsförfarandet skall kunna åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att teckna avtal med den upphandlande enheten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. I art. 2 anges att prövningsorganen är behöriga att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder för att rätta till påstådda överträdelser eller för att förhindra ytterligare skada för de berörda intressena. Möjligheten att besluta om interimistiska åtgärder skall omfatta åtgärder i syfte att uppskjuta eller garantera uppskjutandet av upphandlingsförfarandet liksom att förhindra den upphandlande myndighetens beslut. Skulle den upphandlande enhetens beslut bedömas stå i strid med upphandlingsreglerna skall prövningsorganet antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av ifrågavarande beslutet, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen. Prövningsorganets behörighet omfattar också utdömmande av ersättning åt en person som skadats av överträdelser.⁹⁷

⁹⁵ Ds 1992:4 s. 87.

⁹⁶ Direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG (se respektive preambel)

⁹⁷ Ibid (se respektive art. 1 och 2)

Trots likheterna mellan direktiven föreligger två viktiga skillnader. I art. 2 punkt 1 c i rättsmedelsdirektiv II anges för det första att prövningsorganet är behörig att så tidigt som möjligt och om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som tidigare angetts, för att rätta konstaterade överträdelser eller förebygga att berörda intressen lider skada. Om inte detta är möjligt kan prövningsorganet för det andra besluta om ett föreläggande för den upphandlande enheten att betala en viss summa. Föreläggandets belopp måste enligt art. 2 punkt 5 uppgå till ett tillräckligt högt belopp för att avskräcka upphandlande enheter från ett sådant beteende.

5.3 Överprövning i svensk rätt

5.3.1 Allmänt

Rättsmedelsdirektiven ställer krav på att medlemsstaterna skall implementera de överprövningsmöjligheter som anges i direktiven. De möjligheter att under upphandlingens gång överpröva beslut, som idag återfinns i 7 kap. LOU, var en nyhet i upphandlingsregleringen. Tidigare kunde statliga upphandlingar inte överklagas överhuvudtaget medan kommunala upphandlingar endast kunde angripas med hjälp av kommunal laglighetsprövning. EES-avtalet ställer också krav på att upphandlingsfrågor skall kunna prövas av ett judiciellt organ. Dock finns det inget krav på att första instans skall vara en domstol.⁹⁸

I Sverige bedöms ett överprövningsärende i första hand av länsrätten. Länsrättens dom kan överklagas till kammarrätten och kammarrättens dom kan i sin tur överklagas till RegR. För prövning i både kammarrätt och RegR krävs prövningstillstånd. Skadeståndstalan i anledning av överträdelse av LOU skall däremot föras i tingsrätten.⁹⁹ Själva begreppet *överprövning* innebär att allmän domstol under pågående upphandling kan fatta vissa beslut om upphandlingens fortsatta gång. Överprövnings syfte är att skydda leverantörer som anser orättmätigt behandlade av den upphandlande enheten.¹⁰⁰ Felaktigheter skall åtgärdas på ett tidigt stadium så att eventuella skador begränsas eller undviks helt.¹⁰¹ Sett i ett större perspektiv syftar överprövningsreglerna till att uppnå en effektiv medelsanvändning på såväl det statliga som det kommunala området.¹⁰²

Regler för överprövningen finner man i 7 kap. 1-4 §§. De centrala bestämmelserna utgörs av 1 och 2 §§. I 1 § 1 stycket stadgas att ”en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §

⁹⁸ Ds 1992:4 s. 93.

⁹⁹ SOU 1999:139 s. 88-89.

¹⁰⁰ Forsberg [2004], s. 163.

¹⁰¹ Prop. 1992/93:88 s. 101.

¹⁰² Ibid, s. 48.

får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.” Enligt 2 § 1 stycket kan rätten antingen besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får enligt 2 stycket också besluta om att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Ett sådan intermistiskt beslut får dock underlåtas om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören. 3 § anger att mål som avser åtgärder enligt 2 § inte får avgöras slutgiltigt så länge ett medlingsförfarande pågår enligt 12 och 13 §§. En ansökan enligt 1 § skall enligt 4 § göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist.

5.3.2 Talerätt

Enligt 7 kap. 1 § 1 stycket LOU har en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada möjlighet att ansöka om överprövning. En sådan leverantör har så kallad *talerätt*. Även så kallade potentiella leverantörer kan ha talerätt. I propositionen till LOU stadgas att med leverantör avses den som tillhandahåller en vara, utför ett arbete eller tillhandahåller en tjänst kallas i lagen för leverantör, *oavsett om han i det särskilda fallet varit den som levererat*.¹⁰³ Den påstådda överträdelsen kan ju just vara att upphandlingen inte annonserats. Leverantören har då inte haft en möjlighet att avge anbud eller söka anbud. Begreppet leverantör omfattar således också leverantörer som inte deltagit i upphandlingen.¹⁰⁴ Däremot omfattar begreppet inte underleverantörer till den upphandlande enhetens leverantör.¹⁰⁵

5.3.3 Tidsfrist vid överprövning

Både upphandlings- och rättsmedelsdirektiven innehåller ett antal tidsfrister som måste beaktas i den offentliga upphandlingen. Tidsfristerna fyller en mycket viktig funktion då dessa skapar en garanti för att även de geografiskt mer avlägsna intressenterna skall ha en rimlig chans att delta i ett upphandlingsförfarande i en annan del av landet eller i en annan medlemsstat. Utan tidsfrister i upphandlingen vore det möjligt att åstadkomma en indirekt diskriminering.¹⁰⁶

Huvudregeln för överprövning är enligt 7 kap. 1 § första stycket att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada har möjlighet att ansöka om överprövning. Av paragrafens andra stycke framgår att en ansökan om överprövning inte kan prövas enligt första stycket samma lagrum efter det att avtal om upphandling slutits vid direktupphandling. Direktupphandling sker enligt 6 kap. 2 § andra stycket om upphandlingens

¹⁰³ Prop. 1992/93:88 s. 62.

¹⁰⁴ Ds 1992:62 s. 94 och prop. 1992/93:88 s. 103.

¹⁰⁵ RH 1999:122.

¹⁰⁶ Prop. 1992/93:88 s. 50.

värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Vid annan upphandling än direktupphandling får enligt 7 kap. 1 § tredje stycket en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Dessutom får en ansökan inte prövas om mer än tio dagar har gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar som avses i 1 kap. 28 § första stycket, eller att rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. För att rätten skall kunna avvisa en överprövningstalan skall således två saker vara för handen; fristen om 10 dagar skall ha löpt ut och avtal skall ha träffats.

7 kap. 2 § andra styckets ursprungliga lydelse angav att den sista tidpunkten för ansökan om överprövning var då beslut om leverantör fattats. Denna lydelse stred emellertid mot art. 2 punkt 6 i rättsmedeldirektiv II. Frågan huruvida direktivets bestämmelse hade företräde framför den nationella bestämmelsen var uppe för prövning i RegR under 1996. RegR gav direktivets bestämmelse företräde då direktivets bestämmelse bedömdes ha direkt effekt och fastslog att överprövning skall kunna ske fram till intill undertecknandet av ett upphandlingskontrakt.¹⁰⁷

5.3.3.1 Alcateldomen

Alcateldomen¹⁰⁸ behandlas här separat på grund av dess betydelse för rättsmedeldirektivens genomslagskraft i svensk rätt. Avgörandet ledde till att lagstiftaren införde tiodagarsfristen i 7 kap 1 § tredje stycket LOU för att förhindra att kontrakt ingås för nära inpå tilldelningsbeslutet, vilket förbättrar möjligheten till att överpröva ett tilldelningsbeslut.

I detta förhandsavgörande uttalade sig EG-domstolen angående tolkningen av rättsmedeldirektiv I. Målet vid den nationella domstolen avsåg tilldelning av kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Enligt österrikisk rätt uppstod den avtalsrättsliga relationen vid den tidpunkt då anbudsgivaren får kännedom att hans anbud har antagits. Detta beslut fattades internt och kom inte till tredje mans kännedom. Följden av det blev att tilldelningsbeslutet sällan kunde överprövas.¹⁰⁹

Inledningsvis konstaterade EG-domstolen att syftet med rättsmedeldirektiv I är att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att upphandlingsreglerna tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Domstolen fann att den österrikiska lagstiftningen avseende uppkomsten av en avtalsrelation vid offentlig upphandling möjliggör för upphandlande enheter att avvika från rättsmedeldirektivets syfte. Avsaknaden av en uttrycklig bestämmelse i direktivet betyder inte att direktivet kan tolkas på ett sätt som skulle möjliggöra att besluten om tilldelning av offentliga

¹⁰⁷ Prop. 1996/97:153 s. 56 och 75-76 med hänvisning till RÅ 1996 ref. 50.

¹⁰⁸ Mål C-81/98.

¹⁰⁹ Prop. 2001/02:142 s.28.

upphandlingskontrakt på ett systematiskt sätt skulle undantas från prövning enligt art. 1 och art. 2.1 rättsmedelsdirektiv I .

Med hänsyn till ovan sagda fann domstolen att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan undanröja ett tilldelningsbeslut, om förutsättningarna härför är uppfyllda.

I förarbetet till det lagförslag som senare bland annat utmynnade i tillkomsten av tredje stycket i 7 kap. 1 § LOU uttalade regeringen att enda möjligheten för en anbudsgivare att överpröva tilldelningsbeslutet är om upphandlingen avslutas vid en senare tidpunkt än den upphandlande enhetens tilldelningsbeslut. Endast på så sätt kan Alcatel-Telecoms krav på rätt till överprövning av tilldelningsbeslut tillgodoseas i praktiken. Den av upphandlingskommittén föreslagna tiodagarsfristen bedömdes av regeringen var välavvägd. Tidsfristen börjar löpa från den dag den upphandlande enheten lämnat upplysningar (meddelandebeslutet, se nedan) om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare. I tidsfristen räknas även helger in.¹¹⁰

5.3.4 Upphandlingsmeddelandet

En upphandlande enhet är skyldig enligt 1 kap. 27 § första stycket LOU att vid upphandling enligt 2, 3, eller 5 kap. till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om varför hans ansökan eller anbud förkastats. I andra stycket samma paragraf stadgas att upplysningar enligt första stycket skall lämnas inom 15 dagar från det att begäran kom in. Om tilldelningsbeslutet redan fattas skall upplysningar dock lämnas genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in. Bestämmelsen skall vara tillämplig även vid förenklad upphandling och urvalsupphandling enligt 6 kap. Bestämmelsen gäller dock inte, vid upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket, om regeringen eller den upphandlande enhet regeringen bestämmer beslutat om det med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 17 §. Vid upphandling enligt 4 kap. gäller i stället bestämmelsen i 4 kap. 15 § tredje stycket.¹¹¹

I 1 kap. 28 § första stycket stadgas att när beslut om leverantör och anbud fattats skall den upphandlande enheten lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det. I andra stycket anges att sådana upplysningar skall lämnas genast eller så snart som möjligt till den leverantör som begär det. Skyldigheten att på eget initiativ lämna upplysningar härom gäller endast gentemot de leverantörer som är kända i upphandlingen. Men även de så kallade potentiella leverantörerna har rätt att efter begäran ta del av tilldelningsbeslutet. Även den som anser att den pågående upphandlingen sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt har därför rätt att begära överprövning. När paragrafen infördes ansågs det inte nödvändigt att införa

¹¹⁰ Prop. 2001/02:142 s. 28-29.

¹¹¹ Ibid, s. 67-68 och 95.

någon särskild tidsfrist inom vilken upplysningar skall lämnas till berörda anbudsgivare och anbudssökande. Det förutsattes att det låg i den upphandlande enhetens intresse att omgående lämna upplysningarna så att upphandlingen kunde avslutas. En begäran om upplysningar om tilldelningsbeslutet bör behandlas skyndsamt, eftersom en leverantörs möjlighet till överprövning är beroende av tillgången till informationen i tilldelningsbeslutet. I enlighet med bestämmelsen i 2 kap. 12 § tryckfrihetsförordningen (TF) skall uppgifter om tilldelningsbeslutet således lämnas ut genast eller så snart det är möjligt med hänsyn till arbetets behöriga gång. Kan den som begär upplysningar inte betraktas som leverantör i den aktuella upphandlingen har denne ändå en rätt att utfå viss information angående tilldelningsbeslutet med stöd av reglerna om allmänna handlingars offentlighet i 2 kap. TF. Denna möjlighet begränsas i viss mån av att det endast är de enheter som omfattas av reglerna för handlingsoffentlighet som har att tillämpa reglerna i 2 kap. TF. Undantagna från skyldigheten att i enlighet med TF:s regler utlämna handlingar är alla privata bolag och de flesta statliga bolag.¹¹²

Om leverantören anser att upplysningarna i tilldelningsbeslutet inte är tillräckliga kan denne begära överprövning av upphandlingen eller väcka talan om skadestånd och därigenom öppnas andra möjligheter att få del av ytterligare upplysningar. Exempelvis kan leverantören åberopa reglerna om partsinsyn i förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller rättegångsbalken i kombination med bestämmelsen i 14 kap. 5 § sekretesslagen. En annan möjlighet är att åberopa reglerna om editionsföreläggande i 20 § förvaltningsprocesslagen jämförd med 38 kap. 1–5 och 7–9 §§ rättegångsbalken. Om skälet för leverantörens talan är att tilldelningsbeslutet inte innehåller tillräckliga upplysningar kan den omständigheten ligga till grund för ett interimistiskt beslut.¹¹³

5.3.4.1 Upphandlingsmeddelandets innehåll

Enligt 1 kap. 28 § första stycket LOU är den upphandlande enheten skyldig att lämna upplysningar till anbudssökande eller anbudsgivare om vem eller vilka som tilldelats upphandlingskontraktet och skälen för det. Innehållet i utformningen av upplysningarna till de anbudssökande och anbudsgivarna skall vara identiskt. All information som den upphandlande enheten på eget initiativ är skyldig att lämna ut, skall lämnas ut samtidigt. Alltför bristfällig information om varför en viss leverantör eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan få till konsekvens att enheten inte kan anses ha lämnat upplysningar om skäl för beslutet överhuvudtaget. Om principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga tillämpas vid utvärdering av anbud är det inte tillräckligt att enbart ange att det antagna anbudet var just det ekonomiskt mest fördelaktiga. Även de särskilda omständigheter som legat till grund för antagandet av anbudet skall redovisas. Har anbud antagit med utgångspunkt i principen om det lägsta priset är det dock tillräckligt att så anges. Priset i sig behöver inte anges. Vad gäller det sätt som

¹¹² Prop. 2001/02:142 s. 58-60.

¹¹³ Ibid, s. 97.

upplysningarna skall lämnas på är inte reglerat. Det finns alltså inget formkrav föreskrivet. Den upphandlande enheten har dock bevisbördan för att enheten har lämnat de föreskrivna upplysningarna och av det skälet bör givetvis upplysningarna ges i någon läsbar och varaktig form.¹¹⁴

5.3.4.2 Sekretessprövningen

Som tidigare konstaterats är alla upphandlande enheter skyldiga att lämna upplysningar avseende tilldelningsbeslutet till leverantörer. Denna rätt tillkommer både leverantörer som lämnat eller sökt anbud och de så kallade potentiella leverantörerna. Men innan upplysningar om tilldelningsbeslutet kan lämnas ut skall en sekretessprövning ske emedan upphandlande enheter har som regel en förpliktelse att följa bestämmelserna om sekretess och handlingsoffentlighet. Enligt 1 kap. 8 § sekretesslagen gäller reglerna i nämnda lag för kommunala och statliga myndigheter, riksdagen, beslutande församlingar hos kommuner och landsting. Sedan den 1 januari 1995 gäller enligt 1 kap. 9 § sekretesslagen reglerna om sekretess och handlingsoffentlighet även för kommunala, landstingsägda och kommunalförbundsägda bolag, föreningar och stiftelser över vilka ägarna har ett bestämmande inflytande. Statliga bolag är generellt undantagna från dessa regler. I bilagan till sekretesslagen listas dock vissa bolag som omfattas av reglerna. Privata bolag inom försörjningssektorerna omfattas inte av reglerna om sekretess och handlingsoffentlighet.¹¹⁵

Före det att prop. 2001/02:142 antogs förelåg absolut sekretess för anbudshandlingar fram till dess att avtal slutits. Med absolut sekretess menas att uppgifterna omfattas av sekretess utan att det finns någon möjlighet att efter en skadebedömning lämna ut dem. En förfördelad leverantör hade således mycket svårt att få till stånd en överprövning av tilldelningsbeslutet. Efter EG-domstolens avgörande i Alcatel-målet förändrades detta. Avgörandet ställde krav på medlemsstaterna att införa ett prövningsförfarande som gav leverantörer rätt till överprövning av tilldelningsbeslutet. Den absoluta anbudsssekretessen måste därför hävas vid en tidigare tidpunkt än vid den tidpunkten då avtal slutits. Numera hävs den absoluta anbudsssekretessen således vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. Den absoluta anbudsssekretessen hävs också om alla anbud eller erbjudanden offentliggörs före tilldelningsbeslutet eller om ärendet slutförs före tilldelningsbeslutet. Dock skall den absoluta anbudsssekretessen bestå vid interna anbud som lämnas av ett organ till ett annat inom samma rättssubjekt när det sker inom kommuner, landsting eller staten.¹¹⁶

När den absoluta anbudsssekretessen hävts är huvudregeln att uppgifterna i anbuden är offentliga. Detta regleras i 6 kap. 2 § första stycket och 8 kap. 10 § första stycket sekretesslagen. För att uppgifterna skall vara sekretessbelagda fordras därför att den upphandlande enheten kan motivera ett sådant beslut. Det krävs således enligt 6 kap. 2 § första stycket att det kan

¹¹⁴ Prop. 2001/02:142 s. 96-97.

¹¹⁵ Falk, Pedersen [2004], s.176.

¹¹⁶ Prop. 2001/02:142 s. 55-58.

antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. När det gäller enskilda affärs- eller driftsförhållanden måste det enligt 8 kap. 10 § första stycket även finnas särskild anledning att anta att den enskilde lider skada om uppgiften röjs.¹¹⁷

Uppgifter om vilka omständigheter som varit avgörande för val av anbud torde kunna lämnas ut utan att någon skada uppstår för det allmänna eller någon enskild. Mer specifika uppgifter om det valda anbudet får lämnas ut först efter att den upphandlande enheten gjort en skadebedömning. Uppgifter som är att anse som företagshemligheter får inte förekomma i tilldelningsbeslutet. Skadebedömningen innebär att den upphandlande enheten gör en lämplig avvägning mellan förlorande leverantörens rätt att få information om tilldelningsbeslutet och den vinnande leverantörens och den upphandlande enhetens intresse av att uppgifterna inte lämnas ut till andra. En motsvarande skadebedömning återfinns i exempelvis art. 9.3 varudirektivet och stämmer således överens med Sveriges åtaganden gentemot EU.¹¹⁸

5.3.4.3 Undantag från plikten att lämna upphandlingsmeddelande

Plikten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet är inte absolut. Bortsett från att vissa uppgifter kan beläggas med sekretess enligt ovan finns det också särskilda undantag vilka anges i 7 kap. 1 § fjärde stycket LOU. Undantagen tillämpas vid direktupphandling, vid upphandling enligt 2-5 kap. LOU när det föreligger synnerlig brådska samt beträffande upphandling som avses i 1 kap. 3 § andra stycket samma lag, det vill säga upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av art. 296 (tidigare 223) RomF.¹¹⁹

Vid direktupphandling, som regleras i 6 kap. 2 § andra stycket, är upphandlingen avslutad när avtal har slutits. Något formellt upphandlingskontrakt behöver därför inte skrivas under. Inte heller behöver den upphandlande enheten beakta någon särskild tidsfrist innan upphandlingen får avslutas. Direktupphandling tillämpas vid två tillfällen; dels när upphandlingens värde är lågt och dels när synnerliga skäl talar för det. Ett krav på skriftlig upphandlingskontrakt som behöver undertecknas skulle göra enhetens löpande verksamhet onödigt omständlig. Däremot skall den upphandlande enheten beakta de riktlinjer som enheten själv antagit. Dessa riktlinjer bör innehålla föreskrifter om dokumentation och prisjämförelse, om det inte rör sig om mindre summor. Krav på skriftligt upphandlingskontrakt föreligger inte heller vid direktupphandling i anledning av synnerliga skäl. Som synnerliga skäl betraktas bland annat den

¹¹⁷ Prop. 2001/02:142 s. 63.

¹¹⁸ Ibid, s. 64.

¹¹⁹ Ibid, s. 80.

situationen att synnerlig brådska föreligger orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten.¹²⁰

Vid upphandling över tröskelvärdena¹²¹ enligt 2-5 kap. LOU är det under särskilt angivna förutsättningar tillåtet att påbörja upphandlingen utan föregående annonsering. Förutsättningarna är att det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppen eller selektiv upphandling. Det är därför inte lämpligt att införa ett krav på att viss tid skall förflyta innan upphandlingen får avslutas, eftersom ett det skulle medföra att tidsvinsten går förlorad. Ett krav på att upplysningar angående tilldelningsbeslutet skall lämnas till leverantörer är således inte påkallat. Förarbetena förordar dock att en upphandlande enhet bör vara förpliktad att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet och att avsluta upphandlingen med ett upphandlingskontrakt.¹²²

I 1 kap. 3 § andra stycket LOU anges det tredje undantaget från skyldigheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet. Det gäller upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandlingar av försvarsprodukter och tjänster utan civil användning. Detta undantag anges i art. 296 RomF. Även om denna typ av upphandlingar inte omfattas av direktiven skall de dock omfattas av 6 kap. LOU. Skulle det vara nödvändigt att med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen undanta upphandlingen från plikten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet kan regeringen föreskriva om undantag eller i ett enskilt fall besluta om undantag med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 17 § första stycket punkt 2 LOU. Regeringen kan också delegera rätten att i ett enskilt fall besluta om undantag till en upphandlande enhet.¹²³

5.3.5 Rättsliga åtgärder

I 7 kap. 2 § första stycket LOU anges att om en upphandlande enhet har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att upphandlingen får avslutas först efter rättelse. Rätten får emellertid avslå en ansökan om överprövning trots att ett eller flera fel har begåtts om den skada som föranletts av felet är mindre än de ekonomiska följderna av att ingripa i ett pågående upphandlingsförfarande.¹²⁴ I en sådan bedömning får det allmänna intresse vägas in. De åtgärder som rätten beslutar om för att säkerställa sökandens

¹²⁰ Prop. 2001/02:142 s. 82-83.

¹²¹ Se 2 kap. 11 § första stycket punkt 4, 3 kap. 15 § första stycket punkt 2, 4 kap. 16 § andra stycket punkt 4 och 5 kap. 17 § första stycket punkt 2 LOU.

¹²² Prop. 2001/02:142 s. 83.

¹²³ Ibid, s. 81-82.

¹²⁴ SOU 1999:139 s. 88-89.

rätt skall alltså, med hänsyn till proportionalitetsprincipen, vara lämpliga med hänsyn till kostnader och andra men som åtgärderna orsakar.¹²⁵ Om rätten har beslutat att upphandlingen skall göras om eller att upphandlingen får avslutas först efter rättelse så medför rättens beslut ingen effekt för det aktuella upphandlingsförfarandet om den upphandlande enheten redan avbrutit upphandlingen. LOU innehåller nämligen ingen skyldighet för upphandlande enheter att avsluta en upphandling med ett upphandlingskontrakt (mer om detta i 6 kap.). Har rätten beslutat att upphandlingen får avslutas först efter rättelse och den upphandlande enheten önskar fullfölja upphandlingen, måste enheten rätta sig efter beslutet.¹²⁶

I fråga om upphandlingar enligt 4 kap. LOU stadgar andra meningen i 7 kap. 2 § första stycket att rätten kan vid vite förbjuda att upphandlingen fortsätter. Denna regel gäller endast vid upphandlingar enligt 4 kap. Hur stort vitet skall vara får bedömas från fall till fall med utgångspunkt i den avhållande effekt som eftersträvas.¹²⁷ I tidigare förslag till rättsmedelsdirektiv I skulle beloppet uppgå till minst en procent av upphandlingens värde. Även om denna regel inte återfinns i det nu gällande direktivet, framgår det av bakgrundsmaterialet till direktivet att beloppet inte borde understiga en procent av kontraktsvärdet.¹²⁸

I 7 kap. 2 § andra stycket anges att rätten också kan besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats av domstolen; ett så kallat interimistiskt beslut. Enligt andra meningen samma stycke får emellertid ett interimistiskt beslut underlåtas om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (proportionalitetsprincipen). Genom denna intresseavvägning uppfyller LOU rättsmedelsdirektivens krav på proportionalitet. Även i detta fall får det allmänna intresset vägas in i bedömningen.¹²⁹

¹²⁵ Prop. 1992/93:88 s. 102.

¹²⁶ KARNOV s. 1587-1588 (not 197).

¹²⁷ Ibid, s. 1588 (not 198).

¹²⁸ Prop. 1992/93:88 s. 101-102.

¹²⁹ KARNOV s. 1588 (not 199).

6 Avbrutna upphandlingar

6.1 När är en upphandling avbruten?

För att kunna besvara frågan om när en upphandling är avbruten är det nödvändigt att utveckla begreppet upphandling. Vad konstituerar en upphandling? Begreppet upphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. För att upphandling skall ha skett i LOU: s mening förutsätts enligt lagstiftaren att ett civilrättsligt bindande avtal mellan enheten och en eller flera anbudsgivare. Ur upphandlingstekniskt perspektiv inträffar ett avbrytande så fort en utlyst upphandling avslutas utan att upphandling kommer till stånd; med andra ord om upphandlingen avslutas utan att kontrakt har tecknats. En upphandling kan alltså avbrytas ända fram till den i 7 kap. 1 § andra eller tredje stycket angivna tidpunkten.¹³⁰

I förarbetena till LIU anges att en avbruten upphandling inte har den civilrättsliga status som begreppet har i LOU. Situationen kan rättsligt sett bedömas såsom att en anbudstävling avbryts. Det är emellertid möjligt att avbrytandet av en utlyst anbudstävling kan prövas enligt LOU i ett skadeståndsmål. I ett skadeståndsmål spelar det sålunda ingen roll hurvida den avbrutna upphandlingen omfattas av det civilrättsligt bestämda begreppet eller inte när egenregiverksamheten får utföra arbetet. Det påpekas dock att visshet om hur det förhåller sig med den saken saknas i nuläget.¹³¹

Ovan nämndes att en upphandling i LOU: s mening förutsätter ett civilrättsligt bindande avtal. Vidare krävs det att avtalet ingås mellan två skilda rättssubjekt för att vara civilrättsligt bindande. Hur skall man då se på den situationen då en statlig myndighet beställer en tjänst av en annan statlig myndighet? Enligt LOU kan en upphandlande enhet utgöras av en statlig myndighet men samtidigt är ju staten ett enda rättssubjekt. Statliga myndigheter kan därför inte sluta avtal med varandra i den civilrättsliga bemärkelsen enligt LOU: s upphandlingsbegrepp. Av det skälet skall LOU inte anses vara tillämplig vid beställningar mellan myndigheter. Samma gäller för interna bud inom kommunen. Eftersom de olika kommunala myndigheterna inte är separata juridiska enheter, trots att de kan utgöra upphandlande enheter i LOU: s mening, uppkommer inget civilrättsligt bindande avtal vid en överenskommelse dem emellan om till exempel leverans av tjänster. Dock kan ett civilrättsligt bindande avtal uppkomma mellan en kommunal myndighet och en statlig myndighet samt mellan en kommunal myndighet och ett kommunalt bolag. I dessa fall skall den kommunala myndigheten anses vara ställföreträdare för kommunen.¹³² ..

¹³⁰ Ds 1994:83 s. 25.

¹³¹ Prop. 1993/94:35 s. 47-48.

¹³² Ds 1994:83 s. 25-26.

Samma problematik gör sig gällande i de fall en utförarenhet hos den upphandlande enheten har lagt ett anbud, det vill säga ett *internt anbud*. I utredningen *Konkurrens på lika villkor – mellan offentlig och privat sektor* konstateras att LOU inte löser alla konkurrensneutralitetsproblem som kan uppkomma i samband med offentliga upphandlingar. Detta har sin grund dels i att LOU fokuserar på det offentliga i rollen som köpare, inte som säljare, och dels gäller lagen endast upphandling mellan två åtskilda juridiska eller fysiska personer. LOU omfattar följaktligen inte anbud från en utförarenhet som de facto utgör en del av den upphandlande enheten. Lagen kan därför inte hindra att utförarenheten tillåts tävla på fördelaktiga villkor. Ur LOU: s synpunkt skall således anbud från egenregienheter (och enligt min uppfattning även antagandet av dess anbud) betraktas som en *icke-handling*.¹³³

6.1.1 Olika situationer för avbrytande av en upphandling

Då en upphandlande enhet vill upphandla verksamhet som enheten bedriver i egenregi har den upphandlande enheten både en beställarroll och en utförarroll. Ofta är rollerna tydligt uppdelade men inte alltid. I en anbudstävling är det vanligt att egenregin, alltså utförarenheten, lägger ett internt bud som skall konkurrera med externa aktörers anbud. I denna situation kan upphandlingen avbrytas på flera olika sätt. Den upphandlande enheten; beställarenheten, kan utan att utse en vinnare i anbudstävlingen besluta att egenregin skall fortsätta verksamheten. Ett sådant beslut innebär i praktiken att den upphandlande enheten förkastar alla anbud, inklusive egenregins bud. Avbrytandet kan också ske genom att den upphandlande enheten förkastar alla anbud på grund av att verksamheten skall avvecklas.¹³⁴

Ett avbrytande kan tillika ske om den upphandlande enheten antar egenregins bud. Oavsett vilket eller vilka skäl som motiverat antagandet av egenregins bud så kan ett upphandlingskontrakt i LOU: s mening inte anses ha uppkommit eftersom ett civilrättsligt bindande avtal i LOU: s mening förutsätter att avtalet ingåtts mellan två fristående rättssubjekt. I realiteten avbryts således upphandlingen.¹³⁵

Sedan finns den situation där egenregin inte deltar i anbudstävlingen. Här kan upphandlingen avbrytas på så sätt att alla anbud förkastas och verksamheten fortsätter i egenregin eller att alla anbuden förkastas varefter verksamheten avvecklas. Både när egenregin deltar i anbudstävlingen och när den inte gör det kan avbrytandet också ske på så sätt att alla anbud förkastas och kontrakt tecknas med en leverantör som inte deltagit i upphandlingen. Vad som har sagts i detta avsnitt gäller också för

¹³³ SOU 2000:47 s. 43-44.

¹³⁴ Ds 1994:83 s. 15.

¹³⁵ Ibid, s. 15-16.

upphandlingar av verksamhet som varken bedrivs i egenregi eller upphandlats tidigare samt för de fall verksamheten redan bedrivs på entreprenad.¹³⁶

6.2 Problemet med avbrutna upphandlingar uppmärksammas

Problemet med avbrutna upphandlingar är inget nytt. Redan 1994, två år efter tillkomsten av LOU, uppmärksammades problemet med avbrutna upphandlingar i förarbetena till LIU. Syfte med LIU är enligt propositionen att göra det möjligt att pröva vissa konkurrenssnedvridande beteenden från offentliga upphandlares sida, vilka inte kunde angripas med hjälp av de rättsmedel som fanns tillgängliga enligt LOU. Det fanns således ett behov av kompletterande lagstiftning i syfte att främja samhällsekonomin och konsumenternas intressen av konkurrens på lika villkor och för att främja effektivitet och tillväxt i fråga om bland annat tjänster för det allmännas räkning.¹³⁷ Dock var det lagstiftarens mening att avbrutna upphandlingar inte skulle omfattas av den föreslagna lagen. I förarbetena anmärkte dock regeringen att frågan om avbrutna upphandlingar skulle övervägas särskilt med ett fylligare beredningsunderlag.¹³⁸

Samma år utkom departementspromemoria *Avbrutna upphandlingar och interna bud*. Arbetsgruppens uppdrag var att undersöka problematiken kring avbrutna upphandlingar och lägga fram ett förslag till en lämplig lagteknisk lösning som gör det möjligt att få till stånd en rättslig prövning av det affärsmässiga i offentliga aktörers beslut att avbryta upphandlingar.¹³⁹ Arbetsgruppens arbetsunderlag utgjordes till viss del av inhämtade synpunkter från representanter för näringslivet samt representanter för kommuner och landsting. Enligt företrädare för organisationer och enskilda företag med erfarenhet från offentlig upphandling uppvisade den offentliga upphandlingen brister i flera avseenden. Det bristfälliga förfarandet bedömdes inte bero på avsiktligt agerande från upphandlares sida utan var resultatet av en kombination av okunnighet och bristande erfarenhet. Men givetvis förekom avsiktligt agerande som stod i strid med upphandlingsreglerna. Ett exempel härpå är att egenregiverksamheten justerar sitt anbud i efterhand. Vidare hände det att upphandlingen avbryts till förmån för egenregin utan angivande av något särskilt skäl. Om skäl till avbrytandet skulle anges kunde den upphandlande enheten ibland åberopa att leverantören inte lever upp till olika förutsättningar eller kvalitetskrav, trots att detta inte angivits i anbudsunderlaget. Företrädarna för näringslivet påpekade också att upphandlingar där egenregin lämnat ett eget internt anbud ofta var felaktiga på grund av att beräkningen av egenregins anbud

¹³⁶ Ds 1994:83 s. 16-17.

¹³⁷ Prop. 1993/94:35 s. 1 och 19.

¹³⁸ Prop. 1993/94:222 s. 12.

¹³⁹ Ds 1994:83 s. 3.

var bristfällig. Dessutom framhölls det att det saknas regler för hur anbud skall behandlas och värderas och inte sällan förelåg jävsförhållanden.¹⁴⁰

Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet anmärkte i promemorian att kommuner och landsting har höga ambitioner i fråga om upphandlingsreglernas efterlevnad. De misstag som hittills begåtts går inte att undvika då sådana misstag är vanliga vid tillämpningen av en ny lag. Misstagen skall dock enligt förbunden betraktas som undantag. Förbunden har vidare inte fått den uppfattningen att avbrytande av upphandlingsförfaranden egentligen utgör ett stort problem. Det normala är att en påbörjad upphandling fullföljs, även om egenregin lämnar ett anbud. Skulle ett upphandlingsförfarande avbrytas och egenregin fortsätter verksamheten skall enligt förbunden LOU: s påföljdsregler inte kunna åberopas gentemot myndigheter eller kommun. En sådan rätt för privata företag att åberopa LOU: s påföljdsregler står i konflikt med de grundläggande principerna om den kommunala självstyrelsen.¹⁴¹

Arbetsgruppen kom fram till att den bästa lösningen på problemet med avbrutna upphandlingar är att lägga till förtydliganden i LOU som täcker in både den situationen att ett avbrytande har skett och egenregiverksamheten tar sig an arbetsuppgifterna samt den situationen där den upphandlande enheten saknar sådan verksamhet och där avbrytandet varit till nackdel för ett privat företag. Det skall alltså i detta avseende inte spela någon roll om egenregiverksamheten lämnat ett internt anbud eller inte.¹⁴² I propositionen *Frågor om offentlig upphandling* gjorde regeringen den bedömningen att det kan ifrågasättas om förslaget i promemorian skulle leda till några förbättringar och klargöranden och därför borde förslaget inte genomföras.¹⁴³ Propositionen ledde inte till några ändringar i LOU och frågan om hur avbrutna upphandlingar skall behandlas ur ett rättsligt perspektiv har således anförtratts domstolarna.

6.3 Reglering av avbrutna upphandlingar

Varken LOU eller de bakomliggande upphandlingsdirektiven innehåller bestämmelser som uttryckligen reglerar under vilka omständigheter en påbörjad upphandling får avbrytas. Däremot stadgas det om en upplysningsskyldighet i 1 kap. 29 § LOU (jämför art.12.2 i tjänstedirektivet), enligt vilken den upphandlande enheten är skyldig att informera Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer om skälen för beslutet samt att på begäran lämna samma information till anbudssökande och anbudsgivare.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ds 1994:83 s. 11-12.

¹⁴¹ Ibid, s. 12-13.

¹⁴² Ibid, s. 23 och 28.

¹⁴³ Prop. 1994/95:153 s.16.

¹⁴⁴ Yttrande av NOU i HD: s mål nr T 1289-03, s. 5.

Med begreppet upphandlingsförfarande avses en procedur som är tänkt att leda fram till en anskaffning. Förfarandet påbörjas genom att den upphandlande enheten annonserar eller på ett annat sätt offentliggör sin avsikt att anskaffa något till enheten. Syftet med LOU är att se till att ett påbörjat upphandlingsförfarande sker på ett sätt som garanterar att alla anbud behandlas likadant i enlighet med direktivens krav på konkurrens och likabehandling. Alla leverantörer skall tävla på samma villkor, ingen får särbehandlas. Däremot innehåller LOU inget krav på att ett upphandlingsförfarande måste leda till ett anbuds antagande. Det föreligger med andra ord ingen kontraheringsplikt för den upphandlande enheten.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Ds 1994:83 s.26.

7 Överprövning av avbrutna upphandlingar

7.1 Utgångspunkter

Hittills har jag översiktligt redogjort för de regler som gäller för den offentliga upphandlingen samt belyst de rättsliga aspekterna av avbrutna upphandlingar. I detta kapitel ämnar jag analysera hur domstolarna ser på avbrutna upphandlingar. Efter en inledande analys av avbrutna upphandlingars reglering redogör jag för EG-domstolens praxis, varefter jag går igenom svensk praxis samt kammarrättsavgörandena från 2004, vilka av allt att döma indikerar en förändring i synen på avbrutna upphandlingar. EG-domstolens praxis och de svenska rättsfallen behandlas var och för sig emedan jag avser att göra en komparation dem emellan. Utgångspunkt för analysen är de i det inledande kapitlet uppställda frågorna: *Är det möjligt att överpröva en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling? Vilken domstol skall vara behörig att pröva en överprövningsansökan gällande ett avbrytandebeslut? Vilken tidsfrist gäller för inlämnande av överprövningsansökan?*

7.2 Avbrutna upphandlingars reglering

Det finns inga bestämmelser, varken i LOU eller i upphandlingsdirektiven, som reglerar under vilka omständigheter en upphandlande enhet får avbryta en påbörjad upphandling. Däremot stadgas om en upplysningsskyldighet för de fall där ett upphandlingsförfarande redan har avbrutits, se 1 kap. 29 § LOU och art. 12.2 i tjänstedirektivet (92/50/EEG). I frånvaron av bestämmelser som ger stöd för en annan tolkning, talar detta enligt min mening för att det i vissa situationer kan vara tillåtet att avbryta en upphandling. Vilka kriterier som måste vara uppfyllda för att ett avbrytande skall bedömas vara tillåtet anges inte i direktiven eller LOU och kan inte heller utläsas ur förarbeten. Det har tidigare förespråkats att huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU skall tillämpas vid sådana bedömningar men detta är inte helt lätt att göra då begreppet affärsmässighet har varierat över tiden och inte ens idag kan fastställas på ett klart och entydigt sätt. Det är således problematiskt att ur ett rättsligt perspektiv bedöma vad som skall anses vara tillåtet och vad som inte är tillåtet i fråga om avbrutna upphandlingar. Oavsett osäkerheten rörande hur bedömningen skall gå till, utgör upplysningsskyldigheten ett starkt argument för uppfattningen att det i vissa lägen är tillåtet att avbryta ett upphandlingsförfarande.

En extensiv tolkning av upplysningsskyldigheten skulle innebära att det alltid skall vara tillåtet för en upphandlande enhet att avbryta en

upphandling. En sådan tolkning skulle då grunda sig i uppfattningen att stat och kommun kan göra vad de vill och ingen hänsyn behöver tas till de i upphandlingen engagerade leverantörerna. Varken LOU eller upphandlingsdirektiven föreskriver en skyldighet för upphandlande enheter att avsluta varje påbörjad upphandling med ett kontrakt. En sådan skyldighet skulle inverka negativt på upphandlande enheters vilja och intresse av att påbörja en upphandling och leder med all säkerhet till att verksamheter i större utsträckning bedrivs i egenregi. På motsvarande sätt skulle en regel om att det alltid är tillåtet för upphandlande enheter att avbryta en upphandling minska leverantörers intresse av att medverka i en upphandling, särskilt om iordningställandet av ett anbud tar i anspråk betydande resurser i form av arbetskraft och pengar. Av dessa skäl anser jag att en extensiv tolkning av 1 kap. 29 § LOU och motsvarande reglering i tjänstedirektivet är inte rimlig utan man torde utgå ifrån att det bör finnas kriterier som måste uppfyllas för att ett beslut att avbryta en upphandling skall anses tillåtet. Huvudregeln om affärsmässighet är, trots att begreppet idag är mångfacetterat och otydligt, en möjlig utgångspunkt vid sådana bedömningar.

I detta sammanhang vill jag återanknyta till vad som konstaterades i SOU 2000:117 *Konkurrens på lika villkor – mellan offentlig och privat sektor* angående hur ett anbud från en utförarenhet hos den upphandlande enheten skall karaktäriseras (internt anbud). Utredningen framhöll här att LOU är tillämplig endast i de fall upphandlingen sker mellan två separata juridiska eller fysiska personer. Följaktligen skall egenregins anbud ur ett upphandlingsperspektiv betraktas som en *icke-handling*, vilket innebär att LOU:s regler inte blir tillämpliga. Även om jag till viss del kan hålla med om detta, finns det konsekvenser av detta betraktelsesätt som inte uppmärksammas av utredningen och som bör diskuteras. Om man utgår från att anbud av egenregin samt antagandet av anbud utgör icke-handlingar, medför detta att den upphandlande enheten, i alla upphandlingar där egenregin medverkar, kan välja att anta egenregins anbud, oavsett om det föreligger giltiga skäl härför. Den upphandlande enheten undviker på så sätt att leverantörer tillerkänns rätt att begära överprövning av beslutet eftersom denna situation inte omfattas av LOU. Genom att i alla lägen se till att en utförarenhet är med i upphandlingen kan den upphandlande enheten, närhelst det bedöms vara nödvändigt, på ett riskfritt sätt avsluta en upphandling. Härigenom skapas alltså möjligheter till ett godtyckligt uppförande av den upphandlande enheten. En sådan ordning måste anses stå i strid med LOU:s syfte. Att betrakta egenregins anbud (och dess antagande) som en icke-handling är alltså med hänsyn till det ovan sagda tämligen olyckligt. Det bör påpekas att man tidigare en annan syn på saken i departementspromemorian 1994:84 *Avbrutna upphandlingar och interna anbud*. Här konstaterades det orimliga i att den upphandlande enheten kunde välja att utföra verksamheten i egenregi efter att ett upphandlingsförfarande påbörjats, utan att riskera påföljd. Arbetsgruppen förordade således lagändringar som möjliggjorde att prövning kunde ske av det affärsmässiga i den upphandlande enhetens beslut att avbryta upphandlingen. Lagstiftaren uttalade dock i den efterföljande propositionen att de föreslagna

lagändringarna inte kommer att leda till några förbättringar eller klargöranden och förändringar uteblev således. Ett decennium senare har fortfarande inga lagändringar vidtagits i detta avseende. Uppgiften att lösa problemen med avbrutna upphandlingar har lämnats åt domstolarna och som vi skall se i det följande har detta skapat vissa rättsliga bryderier.

7.3 EG-domstolen om avbrutna upphandlingar

7.3.1 Medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla möjlighet till överprövning av avbrutna upphandlingar

7.3.1.1 Mål C-92/00¹⁴⁶

I fallet hade den upphandlande enheten återkallat en anbudsinfordran i en upphandling enligt tjänstedirektivet (92/50/EEG). Enligt österrikisk lag var detta tillåtet under vissa förutsättningar. En i upphandlingen deltagande leverantör ansåg dock att avbrytandebeslutet var rättsstridigt och yrkade i domstol på ogiltigförklaring av ifrågavarande beslut. Fallet hamnade sedermera hos författningsdomstolen som konstaterade att Nämnden för kontroll av upphandlingar i förbundsstaten Wien, vilken tidigare nekat leverantören sakprövning, agerat felaktigt då nämnden åsidosatt rätten till en rättegång. Författningsdomstolen fastställde att nämnden var skyldig att begära förhandsavgörande från EG-domstolen angående frågan om ett beslut att återkalla en anbudsinfordran utgör ett beslut i den mening som avses i art. 2.1 b rättsmedelsdirektiv I. Frågan omformulerades senare i EG-domstolen och frågan löd nu om det enligt art. 2.1 b krävs att ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster, skall kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras.

Inledningsvis konstaterar domstolen att medlemsstaterna genom art. 1.1 i rättsmedelsdirektiv I åläggs en skyldighet att föreskriva förfaranden för prövning av en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, om det hävdas att beslutet i fråga har inneburit ett åsidosättande av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införlivande av denna rätt. Om beslutet innebär ett åsidosättande av de angivna reglerna skall beslutet ogiltigförklaras. Frågan i målet är således om återkallande av en anbudsinfordran utgör ett beslut som omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna. Domstolen konstaterar i detta avseende att den enda bestämmelse i direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet) som specifikt avser beslut att återkalla en anbudsinfordran är art. 12.2. Bestämmelsen föreskriver emellertid endast en upplysningsskyldighet i

¹⁴⁶ Mål C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH mot Stadt Wien.

händelse ett återkallande och kan inte tolkas så att det föreligger en skyldighet för upphandlande enhet att fullfölja upphandlingen. Dock omfattas direktivet i sin helhet av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna, och särskilt av principerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster som stadfästas i RomF. Principen om likabehandling är i detta sammanhang fundamental.

Av ovanstående skall förstås att trots att beslutet om återkallande av anbudsinfordran (bortsett från upplysningsskyldigheten i art. 12.2) inte regleras närmare i tjänstedirektivet är de upphandlande myndigheterna enligt domstolens mening ändå skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, när de beslutar att återkalla en sådan anbudsinfordran. Domstolen framhåller denna slutsats har stöd av bland annat Alcateldomen (se avsnitt 5.3.3.1) där det uttalas att art. 1.1 i rättsmedelsdirektiv I inte innehåller någon begränsning vad gäller arten eller innehållet i de beslut som avses i artikeln. Någon begränsning i detta avseende återfinns inte heller i art. 2.1 b i samma direktiv. Dessutom skulle en restriktiv tolkning av begreppet *beslut* inte vara förenlig med direktivets art. 2.1 a, vilken anger att medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva inhibitionsförfaranden beträffande alla beslut som upphandlande myndigheter fattar. Vidare medför den allmänna systematiken i rättsmedelsdirektiv I att begreppet skall tolkas extensivt.

EG-domstolen slår därför fast att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran utgör ett beslut som omfattas av direktivets art. 2.1 b i rättsmedelsdirektiv I. Ett beslut av en upphandlande myndighet att återkalla en anbudsinfordran avseende en offentlig upphandling av tjänster skall följaktligen kunna vara föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras av den anledningen att beslutet innebär åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som innebär införlivande av denna rätt. Ett sådant prövningsförfarande får inte begränsas till att endast avse huruvida beslutet om återkallandet varit av godtycklig karaktär.

7.3.1.2 Mål C-15/04¹⁴⁷

EG-domstolen bekräftar genom denna dom vad som slogs fast i C-92/00 och framhåller att EG-rätten äger företräde framför en avvikande nationell lagstiftning. Omständigheterna i fallet var följande. Den upphandlande enheten återkallade en anbudsinfordran efter det att fristen för ingivande av anbud gått ut. Enligt den upphandlande enheten förelåg tungt vägande omständigheter till upphandlingens avbrytande, vilket också hade stöd i den nationella lagstiftningen. Strax efter avbrytandet påbörjades en ny upphandling. Den förfördelade leverantören yrkade med avseende på det första upphandlingsförfarandet att rätten skulle upphäva återkallelsen av anbudsinfordran, förbjuda en ny anbudsinfordran inom ramen för ett nytt

¹⁴⁷ Mål C-15/04, Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH.

upphandlingsförfarande eller, i andra hand, fastställa att återkallelsen var rättsstridig. Det yrkades samtidigt att det andra upphandlingsförfarandet skulle ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan åberopade leverantören vad som konstaterats i det ovan behandlande fallet, C-92/00.

Den österrikiska domstolen anmärkte att den enligt gällande lag endast kunde fastställa huruvida avbrytandet var rättsstridigt på grund av att den nationella lagen överträts. Men hänvisning till C-92/00 ansåg den österrikiska domstolen att det förelåg ett krav på att den nationella lagstiftning skall ge möjlighet att ogiltigförklara ett beslut om avbrytande av upphandling som gjorts efter det att anbudet har öppnats i ett upphandlingsförfarande. Enligt den österrikiska domstolen var det således inte tillräckligt att den myndighet som prövar beslutet endast är behörig att fastställa att avbrytandet var rättsstridigt. Efter att domstolen beslutat att vilandeförklara målet, begärdes ett förhandsavgörande vari frågades om bestämmelserna i art. 1 i rättsmedelsdirektiv I, jämförd med art. 2.1 b i samma direktiv, är så ovillkorliga och tillräckligt precisa att en enskild kan åberopa dessa bestämmelser direkt inför nationella domstolar om en anbudsinfordran återkallas efter det att anbudet har öppnats och väcka talan mot återkallelsen.

EG-domstolen fastställde inledningsvis vad som konstaterats i den tidigare domen, nämligen att det följer av art. 1.1 och 1.2 i rättsmedelsdirektiv I att den upphandlande myndighetens beslut att avbryta en upphandling skall kunna utgöra föremål för prövning i domstol, och i förekommande fall, upphävas på grund av att det innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten. Vidare konstateras, som svar på den österrikiska domstolens fråga, att dessa bestämmelser är ovillkorliga och tillräckligt precisa för att ligga till grund för en rättighet som den enskilda kan åberopa gentemot en upphandlande enhet. Nationella domstolar skall således under sådana omständigheter underlåta att tillämpa de nationella bestämmelser som står i strid med art. 1.1 och 2.1 b i rättsmedelsdirektiv I.

7.3.2 Rätt och skyldighet att avbryta en upphandling

7.3.2.1 Mål C-27/98¹⁴⁸

Tolkningsfrågan i förhandsavgörandet var huruvida direktiv 93/37/EEG, närmare bestämt art. 18.1, skall tolkas så att den upphandlande myndighet som har inlett ett anbuds förfarande är skyldig att tilldela kontraktet till den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. Den upphandlande enheten ansåg att det framgår av art. 7, 8, 18 och 30 i direktiv 93/37/EEG att den upphandlande myndighetens befogenhet att avstå från att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt eller att börja om ett förfarande

¹⁴⁸ Mål C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten.

måste inskränkas till undantagsfall och inte kan utövas annat än i anledning av allvarliga skäl.

EG-domstolen instämmer i den upphandlande enhetens bedömning. Vidare framhåller domstolen att direktivets syfte har betydelse för besvarandet av den ställda frågan. Enligt tionde övervägandet i direktivets preambel är syftet med direktivet att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling. Det uttalade syftet uttrycks väl i art. 22.2 där det anges att det antal kandidater som tillåts lämna anbud vid en selektiv upphandling under alla omständigheter skall vara tillräckligt för att garantera en verklig konkurrens. Ett annat exempel är art. 22.3, vari anges att det vid förhandlat förfarande enligt art. 7.2 skall delta minst tre kandidater, i den mån det finns tillräckligt med lämpliga kandidater. Av detta följer att direktivet organiserar upphandlingen på ett sätt som främjar en effektiv konkurrens. Vid tilldelningen av kontrakt skall den upphandlande enheten alltså kunna jämföra olika anbud och välja det förmånligaste anbudet baserat på objektiva kriterier. Om det vid tidpunkten för utvärderingen av anbud endast finns ett anbud kvar, kan en sådan jämförelse inte ske och därmed uppnås inte syftet med direktivet. Av detta skäl är en upphandlande enhet inte skyldig att tilldela kontraktet till den enda anbudsgivare som ansetts vara lämplig för att delta i upphandlingsförfarandet. Upphandlingen kan således avbrytas utan att det står i strid med gemenskapsrätten.

7.3.2.2 Mål C-448/01¹⁴⁹

Den nationella domstolen har i detta fall önskat få klarhet i huruvida det föreskrivs i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling, särskilt i art. 26 i direktiv 93/36/EEG, att den upphandlande myndigheten skall återkalla upphandlingen om det i prövningsförfarandet enligt art. 1 i rättsmedelsdirektiv I visar sig att ett beslut avseende något av de upphandlingskriterier som den har bestämt är rättsstridigt.

EG-domstolen framhåller att det förhållandet att ett beslut avseende ett upphandlingskriterium konstaterats vara rättsstridigt skall inte under alla omständigheter leda till att beslutet undanröjs. Enligt art. 2.6 i rättsmedelsdirektiv I skall den möjlighet för medlemsstater att bestämma om ett prövningsorgans behörighet efter det att avtal slutits, begränsas till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen. Efter avtal slutits finns det således ingen möjlighet att undanröja ett beslut angående ett upphandlingskriterium. Under pågående upphandling förhåller det sig annorlunda. Med hänsyn till principerna om likabehandling och insyn i upphandlingsförfaranden är de upphandlande enheterna skyldiga att tolka upphandlingskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Skulle prövningsorganet under pågående upphandling besluta att undanröja ett upphandlingskriterium som är rättsstridigt, kan upphandlingen följaktligen inte fullföljas då förutsättningar för upphandlingen har ändrats. Den

¹⁴⁹ Mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike.

upphandlande enheten är därför under dessa omständigheter skyldig att återkalla upphandlingen.

7.3.2.3 Mål C-244/02¹⁵⁰

I detta fall begärde den hänskjutande domstolen ett förhandsavgörande om huruvida direktiv 93/36 skall tolkas så, att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbuds förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när denna myndighet, efter att ha bedömt och jämfört anbuden, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som stöd för sitt svar hänvisar EG-domstolen till tidigare rättspraxis, särskilt C-92/00.

EG-domstolen konstaterar inledningsvis att den enda bestämmelsen i direktivet som berör en återkallad anbudsinfördran är art. 7.2. I denna bestämmelse, i likhet med art. 12.2 i direktiv 92/50/EEG, föreskrivs endast en upplysningsskyldighet angående ett avbrytande av en upphandling. Hur eller under vilka omständigheter ett avbrytande kan ske finns inte reglerat i upphandlingsdirektiven. Men även om återkallande av anbudsinfördran inte regleras i direktiven, är upphandlande enheter likväl skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, när de beslutar att återkalla en sådan anbudsinfördran. Eftersom inget i direktiven talar emot det, slår EG-domstolen således fast att en upphandlande enhet som påbörjat ett upphandlingsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris, kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt om denna myndighet bedömer att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Avbrytande av upphandlingsförfarandet under dessa förutsättningar kan endast ske om hänsyn tas till de grundläggande reglerna i fördraget och de EG-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen.

7.3.3 Analys

Som tidigare sagts är den svenska upphandlingen grundad på upphandlingsdirektiven, vilka i sin tur grundas på EG-rättens fundamentala principer och syfte. Nationella domstolar är skyldiga att tolka LOU mot bakgrund av EG-rätten (så kallad EG-konform tolkning). Skyldighet att göra en EG-konform tolkning stadgas i art. 10 RomF (solidaritetsprincipen). Hur upphandlingsdirektiven, andra rättsakter och EG-rättens syfte skall tolkas, är i sista hand upp till EG-domstolens avgörande. Enligt art. 234 RomF är domstolen behörig att meddela förhandsavgörande på nationell domstols begäran och EG-domstolens praxis är således normerande för vad som skall

¹⁵⁰ Mål C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran kaupunki.

anses gälla på den offentliga upphandlingens område. I det tidigare omnämnda EG-domstolsavgörandet C-92/00 konstateras att det följer av rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn att beslut att återkalla en upphandling skall kunna bli föremål för ett prövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras om beslutet innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten eller av de nationella reglerna på området för offentlig upphandling. EG-domstolens slutsats bekräftades i ett senare avgörande, mål C-15/04, och eftersom EG-domstolens avgöranden är prejudicerande för svenska domstolar kan man säga att frågan om det skall vara möjligt för svenska domstolar att överpröva ett avbrytandebeslut är redan avgjort.

EG-domstolens praxis går emellertid längre än att enbart föreskriva ett prövningsförfarande för avbrutna upphandlingar. Jag har i det föregående behandlat målen C-27/98, C-448/01 och C-244/02 där EG-domstolen anser att den upphandlande enhetens beslut att avbryta upphandlingsförfarandet inte utgör ett brott mot gemenskapsrätten. Tvärtom skulle det enligt EG-domstolens uttalande utgöra ett brott mot gemenskapsrätten, om upphandlingsförfarandet tilläts fortsätta under de i fallen givna förutsättningarna. EG-domstolen förespråkade i dessa fall för att det förelåg en rätt, eller till och med en skyldighet, att avbryta upphandlingen i fråga. Vid dessa bedömningar läggs stor vikt vid att de övergripande EG-rättsliga principerna åtföljs, i synnerhet principen om likabehandling. EG-domstolens praxis går alltså längre på så sätt att det inte endast skall vara möjligt för nationella domstolar att överpröva beslut om avbrytande av en upphandling, i vissa situationer föreligger det även en skyldighet att avbryta ett upphandlingsförfarande. Sammanfattningsvis kan sägas att EG-domstolens praxis är enligt min mening enhetlig och tydlig angående möjligheten till överprövning av avbrutna upphandlingar, låt vara att inga klart definierade kriterier kan ställas upp gällande bedömningen av vad som utgör ett tillåtet avbrytande. EG-domstolens praxis ger dock inte närmare ledning i fråga om prövningens beskaffenhet utöver konstaterandet att prövningen inte endast skall avse huruvida beslutet om återkallandet varit av godtycklig karaktär.

7.4 Svenska avgöranden

7.4.1 Svensk praxis

Svensk praxis i fråga om överprövning av avbrutna upphandlingar utgörs av RÅ 2001 ref. 18, NJA 2001 s. 3 och mål T- 1683-99. I RÅ 2001 ref.18 fastslog RegR att det inte möjligt att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. RegR menar att LOU är överhuvudtaget inte tillämplig på avbrutna upphandlingar eftersom LOU inte reglerar situationen att en upphandling avbryts. Själva beslutsfattandet (avbrytandet) är inte reglerat i lag och faller därför utanför LOU: s räckvidd. En upphandling kan däremot bli föremål för en laglighetsprövning enligt 10 kap. 1 § kommunallagen (1991:900).

HD har på motsvarande sätt i NJA 2001 s. 3 (Lillebil-målet) och mål T 1683-99 (Lindesberg) ansett att skadeståndsskyldighet enligt LOU inte kan åläggas en upphandlande enhet för att den avbrutit ett upphandlingsförfarande. HD påpekar inledningsvis att den omständigheten att art. 12 i upphandlingsdirektivet 92/50/EEG och 5 kap. 13 § LOU (tredje och fjärde meningen, vilka numera återfinns i 1 kap. 29 §) anger vad den upphandlande enheten har att iaktta när ett upphandlingsförfarande avbryts, skall tolkas som att det är tillåtet att avbryta förfarandet. Vidare uttalar HD att principerna om affärsmässighet och ickediskriminering inte kan tillämpas på de fall där upphandlingsförfarandet avbryts. Principernas syfte är att förhindra att leverantörer i upphandlingen gynnas eller missgynnas på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. HD menar att när upphandlingsförfarande avbryts varken missgynnas eller gynnas någon av de deltagande leverantörerna och därför föreligger inget brott mot LOU eller de bakomliggande upphandlingsdirektiven. HD framhåller samtidigt att syftet med LOU inte är att skapa en skyldighet för offentligrättsliga subjekt att konkurrensutsätta sin verksamhet eller att vid sidan av det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt. I vart fall inte i längre utsträckning än vad som krävs för att direktiven skall implementeras korrekt. Följaktligen finns det inget skäl för att tolka reglerna i LOU i ljuset av den allmänna avtalsrätten.

7.4.2 Mål C-92/00 och efterföljande kammarrättsavgöranden

Kort efter ovanstående avgöranden kom EG-domstolens avgörande i mål C-92/00. Enligt detta avgörande är medlemsstater skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet, när de beslutar att avbryta ett upphandlingsförfarande. Med utgångspunkt häri anser EG-domstolen att avbrutna upphandlingar omfattas av rättsmedelsdirektiv I och skall således kunna bli föremål för ett överprövningsförfarande, vilket kan resultera i en ogiltigförklaring i de fall beslutet innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av de nationella regler som införlivar denna rätt. En sådan prövning får inte begränsas till att endast avse frågan om huruvida beslutet om avbrytandet varit godtyckligt. EG-domstolens avgörande innebär för svensk del att 7 kap. LOU, vilket införlivar rättsmedelsdirektiv I, numera torde vara tillämpligt på avbrutna upphandlingar.¹⁵¹ Sedan EG-domstolens ställningstagande i mål C-92/00 har frågan om överklagande av upphandlande enheters beslut att avbryta upphandlingar tagits upp i ett antal svenska mål. Nedan följer en mer ingående analys av fem kammarrättsavgöranden från 2004 som tydligt indikerar att praxis kan komma att förändras.

¹⁵¹ Se avsnitt 7.3.1 och NOU: s yttrande, dnr 2003/0229-29 s. 6.

7.4.2.1 Kammarrätten i Stockholm

I mål 139-04¹⁵² har kammarrätten att ta ställning till huruvida det fanns rättslig grund för den upphandlande enhetens beslut att avbryta den påbörjade upphandlingen. Kammarrätten hänvisar i domen till EG-domstolens avgörande i mål C-92/00. Omständigheterna i fallet var i korthet följande. Den upphandlande enheten antog ett anbud från en statlig inrättning. Enheten beslutade då att avbryta upphandlingen med motiveringen att leverantören tillhörde samma juridiska person; staten. Kammarrätten hänvisar inledningsvis till NJA 2001 s. 3 där det framgår att avtal i offentlig verksamhet inom samma juridiska person kan tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det är också tänkbart att två enheter inom en och samma juridiska person är så fristående i förhållande till varandra att avtalet utan tvekan faller inom upphandlingsbegreppet i LOU: s mening. I detta sammanhang påpekas att HD i NJA 2001 s. 3 ansåg att ett avbrytande av en upphandling är tillåtet om sker i syfte att driva verksamheten i egenregi. Kammarrätten konstaterar i föreliggande fall att den upphandlande enheten och leverantören i fråga är två helt åtskilda enheter och av det skälet kan tilldelningen av kontraktet inte anses ha skett till egenregiverksamhet. Då leverantören, trots att det är fråga om två enheter inom samma juridiska person, har en så pass självständig funktion i jämförelse med den upphandlande enheten, har beslutet att avbryta upphandlingen inte rättsligt stöd.

I mål 240-04¹⁵³ konstaterar kammarrätten, i likhet med föregående avgörande, att det genom EG-domstolens dom från 2002 (C-92/00) skett en förändring i möjligheten att överpröva en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling. Den huvudsakliga frågeställningen i målet var vilken tidsfrist som skulle tillämpas rörande beslut om avbrytande. I LOU finns inte någon uttrycklig bestämmelse som reglerar inom vilken tidsfrist en överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling skall ha kommit in till länsrätten. Utan att närmare utveckla saken, bedömer kammarrätten att 7 kap. 1 § LOU torde tillämpas analogt vid denna typ av beslut. Av det följer att en ansökan om överprövning av ett avbrytandebeslut skall ha inkommit inom tio dagar från det att meddelande om att upphandlingen avbrutits avsänts till anbudsgivarna.

Det senaste kammarrättsavgörandet rörande överprövning av en avbruten upphandling, mål 4828-04¹⁵⁴, meddelades den 21 december 2004. Likt de föregående rättsfallen görs en hänvisning till EG-domstolens avgörande i mål C-92/00 och överklagandet av den avbrutna upphandlingen skall i enlighet därmed prövas. Kammarrätten konstaterar att en upphandlande enhet skall kunna avbryta en pågående upphandlingen om enheten kan anföra sakliga skäl för ett sådant beslut. Ett avbrytandebeslut får inte strida mot de grundläggande gemenskapsreglerna för offentlig upphandling, särskilt principen om affärsmässighet och likabehandling. I förevarande

¹⁵² Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2004 i mål nr 139-04.

¹⁵³ Kammarrätten i Stockholms dom av den 19 april 2004 i mål nr 240-04.

¹⁵⁴ Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 december 2004 i mål nr 4828-04.

rättsfall angav den upphandlande enheten som skäl för att avbryta upphandlingen att endast ett anbud uppfyllde de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven och att en översyn av förfrågningsunderlaget hade visat att detta innehöll flera punkter som troligtvis inte uppfyller LOU: s krav på affärsmässighet. Av dessa skäl, samt att avtal med bolaget i fråga skulle ha medfört högre kostnader jämfört med antagandet av något av de andra anbuden vid den första utvärderingen, anser kammarrätten att sakliga skäl föreligger för avbrytande av den aktuella upphandlingen. Den förfördelade leverantören hade enligt kammarrättens mening inte lyckats visa att gemenskapsrättsliga regler åsidosatts genom beslutet.

7.4.2.2 Göteborgs kammarrätt

I mål 3832-04¹⁵⁵ har kammarrätten att bedöma huruvida den upphandlande enhetens beslut att avbryta en upphandling kan bli föremål för en prövning enligt LOU samt vilken tidsfrist för överklagande som skall gälla för ett sådant beslut. I likhet med de föregående rättsfallen hänvisas till EG-domstolens avgörande i mål C-92/00 och kammarrätten slår inledningsvis fast att ett avbrytandebeslut skall kunna överprövas. Vad gäller tidsfristfrågan konstaterar kammarrätten att det inte finns någon i lag fastställd tidsfrist för den här typen av beslut och den tidsfrist som anges i 7 kap. 1 § LOU skall enligt kammarrätten inte tillämpas analogt. Följaktligen är prövningsmöjligheten obegränsad i tiden. I målet tar kammarrätten även ställning till om den upphandlande enheten enligt 7 kap. 2 § LOU första stycket brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Kammarrätten framhåller i detta avseende att ett avbrytandebeslut måste grundas på sakliga skäl för att inte strida mot gemenskapsrättsliga regler. I förevarande fall strider beslutet mot de gemenskapsrättsliga reglerna samt 1 kap. 4 § LOU, genom att beslutet att avbryta upphandlingen grundades på att en annan anbudsgivare saknar lagliga förutsättningar för att komma i fråga som avtalspart. Trots att den avbrutna upphandlingen följdes av en ny upphandling, vari den klagande leverantören deltar, skall leverantören anses lidit skada på så sätt att denne riskerar att få konkurrera med leverantörer som inte deltog i den första upphandlingen. Enligt 7 kap. 2 § LOU finns således grund att besluta om rättelse genom att ogiltigförklara avbrytandebeslutet.

7.4.2.3 Sundsvalls kammarrätt

Kammarrätten hänvisar i mål 2025-03¹⁵⁶, liksom i ovanstående mål, till EG-domstolens avgörande från 2002 men kommer fram till en annan slutsats. I och för sig skall ett avbrytandebeslut kunna överprövas enligt EG-domstolens avgörande men domen ger enligt kammarrätten inget besked om att prövningen skall ankomma på förvaltningsdomstol. Inte heller rättsmedelsdirektiv 89/665/EEG ger någon ledning i detta avseende. Hur det förhåller sig med den saken måste utredas och kammarrätten söker därför

¹⁵⁵ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 16 juli 2004 i mål nr 3832-04.

¹⁵⁶ Kammarrättens i Sundsvalls dom av den 9 juli 2004 i mål nr 2025-03.

ledning i de principer som styr fördelningen av mål mellan de olika domstolsslagen, med utgångspunkt från reglerna i 7 kap. LOU.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det ibland kan föreligga sakliga skäl för att avbryta en upphandling. Som exempel anger kammarrätten att sakligt skäl kan utgöras av att en allmän förvaltningsdomstol förordnat om rättelse eller att upphandlingen skall göras om. Ett avbrytandebeslut skall i dessa situationer inte anses strida mot de gemenskapsrättsliga reglerna. Beslut om rättelse av en upphandling och att en upphandling skall göras om, ankommer på förvaltningsdomstol. LOU innehåller däremot inga regler om att ett påbörjat upphandlingsförfarande måste resultera i att en upphandling kommer till stånd eller att resultatet av upphandlingen blir en anskaffning av något.

EG-domstolen anförde i sin dom att ett beslut att återkalla en anbudsinfordran skall kunna prövas och, i förekommande fall, ogiltigförklaras om det innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten. Det framgår däremot inte om den upphandlande enheten skall kunna åläggas att fortsätta den avbrutna upphandlingen. Kammarrätten framhåller att en sådan prövning som EG-domstolen förespråkar endast kan leda till att beslutet förklaras förenligt eller inte förenligt med gemenskapsrättsliga principer. En ogiltigförklaring kan således enligt kammarrätten jämföras med en form av fastställelsebeslut. Av detta skäl skall prövning av en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling inte ankomma på allmän förvaltningsdomstol. Som ytterligare stöd för denna uppfattning anför kammarrätten att avsaknaden av regler som närmare anger följderna av att en överprövande domstol skulle besluta att ålägga den upphandlande enheten att fullfölja den avbrutna upphandlingen, kan leda till den situationen att en ny upphandling påbörjas direkt efter beslut att avbryta den första upphandlingen. I den situationen kan två upphandlingar löpa parallellt rörande samma sak, vilket enligt kammarrättens mening leder till orimliga konsekvenser för både upphandlare och leverantör. Så även av detta skäl skall beslut att avbryta en upphandling inte ankomma på allmän förvaltningsdomstol.

7.4.3 Analys

Trots att EG-domstolens praxis ger klara besked om vad som skall gälla angående överprövning av avbrytandebeslut är kammarrätterna oeniga i vissa andra frågor förknippade med överprövningen. Om själva överprövningsmöjligheten föreligger det visserligen ingen dissens om; alla fem kammarrättsdomar som behandlats ovan bekräftar EG-domstolens praxis om att ett beslut om att avbryta en upphandling skall kunna överprövas. Däremot är kammarrätterna inte helt överens om vilket forum som skall vara behörigt att pröva en ansökan om överprövning av ett avbrytandebeslut. Till skillnad från de övriga fyra kammarrättsavgörandena anser kammarrätten i Sundsvall (mål nr 2025-03) att en framställning om överprövning av beslut att avbryta en upphandling inte skall föras i

förvaltningsdomstolarna. En sådan framställning måste således enligt kammarrättens mening avvisas. Även om endast en av fyra kammarrätter har denna inställning är detta problematiskt med tanke på att resultatet därav blir detsamma som om det inte finns en möjlighet att få ett avbrytandebeslut överprövat, i den mån just denna kammarrätt skall döma i ärendet. I väntan på ett eller flera vägledande avgöranden från RegR eller HD finns det således en risk att leverantörer, trots att frågan om överprövningsmöjligheten redan är avgjord av EG-domstolen, nekas den rätt till som egentligen tillkommer dem. I anledning av ovanstående ämnar jag i det följande analysera detta problem närmare. Frågan som skall behandlas är alltså vilken domstol som skall vara behörig att överpröva ett beslut att avbryta en upphandling.

Frågan om behörigt forum är dock inte det enda som det föreligger skilda åsikter om. Även frågan om vilken tidsfrist som skall tillämpas för inlämnande av en ansökan om överprövning av ett avbrytandebeslut är föremål för olika bedömningar. Av Stockholms kammarrätts domar i mål 139-04 och 240-04 framgår att den i 7 kap. 1 § LOU stadgade tidsfristen (tiodagarsregeln) skall tillämpas. Göteborgs kammarrätt slår emellertid fast i mål 3832-04 att prövningsmöjligheten inte är begränsad tidsmässigt. Följaktligen skall alltså tidsfristen i 7 kap. 1 § LOU inte tillämpas analogt. Vad skall anses gälla? Tidsfristen längd har stor betydelse för både leverantörer och upphandlande enheter men klarhet i vad som gäller i detta avseende torde vara av störst betydelse för upphandlande enheter eftersom en obegränsad tidsfrist medför att upphandlande enheter aldrig kan vara helt säkra på att en upphandling verkligen är avslutad. Utöver frågan om behörigt forum skall således frågan om tidsfrist för inlämning av överprövningsansökan behandlas.

7.5 Behörigt forum

Kammarrätten i Sundsvall konstaterar i mål nr 2025-03 att EG-domstolens avgörande i mål C-92/00 innebär att ett avbrytandebeslut skall kunna överprövas och i förekommande fall, ogiltigförklaras. En ogiltigförklaring är enligt kammarrättens bedömning en slags fastställsetalan. EG-domstolens avgörande anger däremot inte att det skall vara möjligt för nationella domstolar att ålägga en upphandlande enhet att återuppta den avbrutna upphandlingen. Inte heller medger det nuvarande regelverket att upphandlande enheter skall kunna tvingas att fortsätta upphandlingen. Vidare kan avgörandet inte tolkas innebära en förpliktelse om att införa ett sådant prövningsförfarande. Avsaknaden av regler som närmare anger vad som skulle ske om domstolen ålade den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen, medför risk för att två upphandlingar löper parallellt. Denna situation skulle uppstå om den upphandlande enheten påbörjade en ny upphandling direkt i anslutning till avslutandet av den första upphandlingen. De orimliga konsekvenser som detta skulle medföra, sammantaget med vad som tidigare sagts, leder kammarrätten till slutsatsen att den prövning som EG-domstolens avgörande förordar skall inte ankomma på

förvaltningsdomstolarna. Med tanke på den svenska domstolsordningen får svaret på frågan om vilken domstol som är behörig att pröva avbrutna upphandlingar sökas i kompetensfördelningen mellan de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolarna.

Inledningsvis skall sägas att den befintliga modellen för kompetensfördelning mellan allmänna domstolar och förvaltningsdomstolarna är, eller har åtminstone varit, problematisk. Det framgår tydligast av fallen *Stallknecht*¹⁵⁷ och *Lassagård*¹⁵⁸. Dessa rättsfall är den huvudsakliga anledningen till att en ny paragraf, 22 a §, infördes i förvaltningslagen (1986:223) den 1 oktober 1998 (FL). Det finns två typer av beslut som kan överklagas till förvaltningsdomstolarna; kommunala beslut som överklagas genom förvaltningsbesvär och statliga beslut. Dessa beslut kan överklagas till förvaltningsdomstolarna i den mån det uttryckligen anges i specialförfattningar. Statliga beslut kan även, i avsaknad av specialreglering, överklagas med hjälp av den allmänna regeln i 22 a § FL. Vilka beslut som skall överklagas till de allmänna domstolarna framgår av reglerna i rättegångsbalken (1942:740). Det finns ingen särskild uppräknig av vilka beslut som skall prövas av de allmänna domstolarna utan ledning får istället sökas i de allmänna principerna som rättegångsbalken grundar sig på (se dock 10 kap. 17 § för en negativ kompetensfördelning). Sammanfattningsvis kan sägas att kompetensfördelning mellan de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolarna sker med utgångspunkt de olika specialförfattningarnas regleringar.¹⁵⁹ Regler om överklagande enligt LOU finner man i lagens 7 kap. 1 och 8 §. Problemet här är dock att ett avbrytande av en upphandling inte regleras närmare och har i praxis inte heller ansetts omfattas av LOU överhuvudtaget. Numera är emellertid svenska domstolar enligt EG-domstolens praxis tvungna att tillhandahålla ett prövningsförfarande för denna typ av beslut. Följaktligen behöver man inte gå närmare in i den diskussionen utan man kan hoppa direkt till frågan om vilken domstol som skall anses vara behörig att pröva ett överklagande av ett avbrytandebeslut.

I *Stallknechts*målen kom kompetensfördelningen mellan de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolarna att ställas på sin spets. Frågan i målen gällde rätten till domstolsprövning enligt art. 6 Europakonventionen. Fallen gällde ett av Jordbruksverket utbetalt bidrag som baserades på vissa svenska förordningar om inkomststöd. HD uttalade att det fanns starkt stöd för uppfattningen att det rörde sig om civila rättigheter i konventionens mening och att det därför förelåg en rätt till domstolsprövning (Jordbruksverkets beslut var inte överklagbart). Vad gäller frågan om vilken domstol som skall anses vara behörig att pröva målet anförde HD inledningsvis att eftersom det inte finns en uttrycklig bestämmelse att tillgå, får ledning sökas i de allmänna principer som ligger till grund för rättegångsbalken. Med det menas att tvistemål och brottmål skall avgöras av

¹⁵⁷ NJA 1994 s. 657 och RÅ 1995 ref. 58.

¹⁵⁸ RÅ 1997 ref. 65.

¹⁵⁹ Warnling-Nerep [2000], s. 15-16 och 18.

allmän domstol, om inget annat är särskilt stadgat. HD beslutade emellertid att *tvistefrågas art* var sådan att starka sakliga skäl talade för att prövningen snarare bör anförtros förvaltningsdomstol. I och med detta frångicks den tidigare gällande principen om kompetensfördelning, huvudsakligen beroende på att principen var sprungen ur ett annat rättsläge än det nuvarande. Denna slutsats var enligt HD inte helt problemfri men i vart fall bedömdes de allmänna domstolarna sakna behörighet att pröva frågan. Talan avvisades således. Stallknecht vände sig därför till länsrätten. Målet gick upp till RegR, men även här avvisades talan. Beslutet överklagades senare till EG-domstolen, varvid Regeringen förlikte målet. Här förelåg alltså så kallad negativ kompetenskonflikt, det vill säga att ingen av domstolarna ansåg sig vara behörig att pröva tvisten.

I fallet Lassagård var huvudfrågan om Lassagård, trots fullföljdsförbudet i 33 § jordbruksförordningen (1994:1715), hade rätt att få sin ansökan om arealersättning prövad av domstol, och om så skulle vara fallet, vilken domstol som skall utföra denna prövning. RegR fastslog, bland annat med hänvisning till EG-domstolens tidigare praxis¹⁶⁰, att överklagandeförbudet stod i strid med EG-rättens allmänna rättsprinciper och Lassagård tillerkändes således en rätt att påkalla prövning i domstol. Frågan är då vilken domstol som skall pröva överklagandet. RegR anförde i detta avseende att eftersom det i 34 § andra stycket jordbruksförordningen stadgas att beslut av Jordbruksverket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol och att prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten, torde ett analogislut var den bästa lösningen. Således ansåg RegR att beslutet, jämlikt 14 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar, skall överklagas till den länsrätt inom vars län ärendet först prövades. Detta rättsfall anses utgöra en vändpunkt i praxis vad gäller synen på Europarätten och rätten till domstolsprövning.

I både Stallknecht-målen och Lassagård bedömdes de allmänna förvaltningsdomstolarna utgöra behörigt forum, fast på två helt olika grunder. I Stallknecht-målet (NJA 1994 s. 657) var tvistefrågas art avgörande för HD:s beslut att förorda en prövning i förvaltningsdomstolarna. RegR kontrade (i RÅ 1995 ref. 58) med att författningsstöd saknades för prövning i förvaltningsdomstol och avvisade talan. Jag anser att RegR:s uppfattning är alldeles för stelbent och tillhör det förflutna. Min uppfattning är att en upphandlande enhets beslut att avbryta en upphandling är av en sådan karaktär att beslutet skall prövas av förvaltningsdomstolarna. Det starkaste skälet härför är att LOU i sin helhet är av en klart offentlighetsrättslig karaktär. Förvaltningsdomstolarna har alltså med beaktande av tvistefrågas karaktär att pröva avbrytandebeslut, oaktat att uttryckligt författningsstöd saknas. Dessutom kan ärendet hamna hos förvaltningsdomstolarna med stöd av den subsidiära bestämmelsen i 22 a § FL. Det förutsätter att det inte finns avvikande regler i specialförfattningar. I och för sig innehåller LOU regler för överklagande men som tidigare konstaterats omfattar LOU enligt förut gällande praxis inte upphandlande

¹⁶⁰ Mål C-97/91.

enheters beslut att avbryta ett upphandlingsförfarande. Överklagande till förvaltningsdomstolarna kan alltså enligt min mening även ske med stöd av 22 a § FL. Om man istället förutsätter att avbrutna upphandlingar omfattas av överklaganderegler i 7 kap. LOU, vilket med all tydlighet framgår av kammarrättsavgörandena, ligger det nära till hands att göra ett analogislut som i Lassagårdsfallet. Ett analogislut försvåras emellertid av att det i 7 kap. LOU görs hänvisning till både allmän förvaltningsdomstol och allmän domstol, se 1 § första stycket och 8 §. Den senare bestämmelsen gäller dock endast för talan om skadestånd och av detta skäl torde det vara uppenbart att ett analogislut måste avse bestämmelsen i 7 kap. 1 § första stycket. Rätt forum, med tillämpning av Lassagårdsfallet, är således de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Kompetensfördelningen mellan de allmänna förvaltningsdomstolarna och de allmänna domstolarna har också berörts i propositionen till LOU. Där uttalades att den uppdelning som föreslogs stämde väl överens med tradition som hittills gällt i Sverige och bekräftas av bland annat domstolsutredningen¹⁶¹ och en promemoria¹⁶² från Justitiedepartementet. Propositionen föreslog att överprövning av beslut under upphandlingen bör prövas av allmän förvaltningsdomstol och skadeståndsfrågor av allmän domstol. Eftersom ett beslut att avbryta en upphandling inte kan falla under kategorin skadeståndsfrågor måste man rimligen dra den slutsatsen att beslut att avbryta en upphandling skall ingå i den förra kategorin och därmed prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Således torde det stå klart, med stöd av propositionen och med hänsyn till de i uppsatsen behandlade kammarrättsavgörandena, att de allmänna förvaltningsdomstolarna är behörigt forum för prövning av ett beslut att avbryta en upphandling.¹⁶³

7.6 Tidsfrist för överprövning

Kammarrätten i Stockholm har i avgörandena i mål 139-04 och 240-04 uttalat att eftersom den svenska lagstiftningen inte föreskriver någon särskild tidsfrist för denna typ av beslut, skall 7 kap. 1 § LOU tillämpas analogt i den utsträckning det är möjligt. Således skall ansökan om överprövning inkomma till länsrätten inom 10 dagar från det att meddelandet om avbrytandet lämnades till leverantörerna. Kammarrätten i Göteborg har emellertid i mål 3832-04 fastslagit att tiodagarsregeln i 1 § inte skall tillämpas analogt. Prövningsmöjligheten är följaktligen inte begränsad i tiden. Frågan är alltså vilken tidsfrist som skall gälla för denna typ av beslut.

EG-domstolens avgörande i C-92/00 innebär för svenska domstolars del endast en skyldighet att tillhandahålla ett prövningsförfarande för de fall där den upphandlande enheten beslutat att avbryta upphandlingen. Avgörandet ger inte, som behandlats ovan, någon vägledning vad gäller behörigt forum

¹⁶¹ SOU 1991:106.

¹⁶² Ds 1992:38.

¹⁶³ Prop. 1992/1993:88 s. 45-46.

eller vilken tidsfrist som skall gälla för inlämning av ansökan om överprövning. Inte heller innehåller upphandlingsdirektiven några bestämmelser i detta avseende. Det står således varje enskilt land att självt avgöra vilken tidsfrist som skall gälla. LOU innehåller visserligen en regel om tidsfrist för inlämning av överprövningsansökan men problemet är att beslut att avbryta en upphandling inte i alla forum bedömts falla in under bestämmelsen i 7 kap. 1 §. Här är det alltså fråga om man kan göra ett analogislut eller inte. I Lassagårdsfallet bedömde RegR att man kunde göra ett analogislut avseende vilken domstol som skulle anses vara behörigt forum. Analogislutet gällde här två bestämmelser i samma förordning (jordbruksförordningen). Jag anser att det även här ligger nära till hands att med stöd av Lassagårdsfallet göra ett analogislut. Beslut att avbryta en upphandling skall enligt min mening jämföras med ett beslut under upphandlingsförfarandet, som enligt uttalanden i förarbetena angående kompetensfördelningen mellan de allmänna förvaltningsdomstolarna och de allmänna domstolarna skall prövas av de förstnämnda domstolarna. För ansökan om överprövning av beslut under upphandlingsförfarandet gäller tidsfristen i 7 kap. 1 §. Under förutsättning att avbrytandebeslutet kan jämföras med sådana beslut som kan överklagas enligt 7 kap., vilket numera med stöd av EG-domstolens praxis får anses vara fastställt, skall följaktligen tiodagarsfristen tillämpas analogt på sådana beslut.

Att tidsfristen inte skulle vara begränsad i tiden, såsom Göteborgs kammarrätt förespråkar, medför enligt min mening alltför stora konsekvenser för de upphandlande enheterna. Dessa skulle aldrig kunna vara säkra på att upphandlingen i fråga verkligen är avslutad.¹⁶⁴ Osäkerheten i detta avseende hade inverkat menligt på upphandlande enheters vilja och intresse att upphandla och hade förmodligen lett till att organ som har att följa LOU i större utsträckning valt att utföra verksamhet i egen regi. Detta hade i sin tur påverkat näringslivet på ett negativt sätt. Därför anser jag att Göteborgs kammarrätts slutsats är orimlig och utgör ytterligare ett skäl för att analogt tillämpa tiodagarsregeln i 7 kap. 1 §. En obegränsad tidsfrist är vidare ur upphandlingssynpunkt inte önskvärd då en sådan regel inte hade främjat en effektiv upphandling. Om frågan om vilken tidsfrist som skall anses gälla hade varit upp till EG-domstolens avgörande, och det i svensk rätt tillämpades en obegränsad tidsfrist, tror jag att den hade utdömts såsom stridande mot upphandlingsdirektivens krav på en effektiv upphandling.

7.7 Sammanfattning och slutsatser

Det torde stå klart att även om avbrutna upphandlingar inte uttryckligen regleras i LOU (eller i upphandlingsdirektiven) så skall den föreskrivna upplysningsskyldigheten i 1 kap. 29 § samma lag rimligen tolkas så att det i vissa lägen är tillåtet för upphandlande enheter att avbryta en upphandling.

¹⁶⁴ Jämför vad som sägs i fråga om preskriptionstiden för skadestånd, prop. 1992/93:88 s. 47.

Härvid skall tilläggas att egenregins anbud i ett upphandlingsförfarande inte bör betraktas som en icke-handling såsom tidigare gjorts. Konsekvensen av att egenregins anbud har karaktären av en icke-handling är att de upphandlande enheter som håller sig med en utförarenhet alltid, genom att anta egenregins anbud, kan välja att avbryta en upphandling. Detta kan enligt mitt tycke inte accepteras då risken för oegentligt förfarande hos den upphandlande enheten i dessa fall är mycket stor. Utgångspunkten måste vara att offentliga utförarenheter tävlar på samma villkor som privata leverantörer, om verklig konkurrens skall uppnås.

EG-rättslig praxis är entydig i fråga om överprövningsmöjligheten och anger att det skall finnas ett prövningsförfarande för avbrutna upphandlingar men anger inte specifikt vilka kriterier som skall vara uppfyllda för att den avbrutna upphandlingen skall bedömas vara otillåten. Däremot har EG-domstolen i ett fåtal fall slagit fast att det, under vissa förutsättningar, kan föreligga rätt eller till och med skyldighet att avbryta ett upphandlingsförfarande. EG-domstolens bedömningar i detta avseende görs med utgångspunkt i de allmänna rättsprinciper som ligger till grund för EG-rätten.

Svenska kammarrättsavgöranden från 2004 bekräftar EG-domstolens praxis i det avseendet att det skall finnas möjlighet att i domstol rättsligt pröva ett avbrytandebeslut. Dock finns det ingen enhetlig uppfattning om hur en ansökan om överprövning av ett avbrytandebeslut skall behandlas. Med utgångspunkt i de senaste kammarrättsavgörandena är resultatet av en överprövningsansökan av ett avbrytandebeslut beroende av vilken domstol som skall döma i ärendet. I dagsläget går det inte ens att avgöra om de allmänna förvaltningsdomstolarna är rätt forum för överprövning av avbrytandebeslut, oavsett själva möjligheten till överprövning. Vidare föreligger oenighet angående vilken tidsfrist som skall tillämpas för överprövningsansökan av ett avbrytandebeslut. Dessa frågor har behandlats i det föregående och enligt min uppfattning torde rätt forum vara de allmänna förvaltningsdomstolarna och vad gäller tidsfristen för överprövningsansökan torde tidsfristen i 7 kap. 1 § LOU tillämpas analogt. Det finns emellertid inte, i avsaknaden av vägledande praxis från RegR eller HD, ett säkert svar på dessa frågor. Ovisshet medför problem som till exempel leverantörers ovilja att delta i en upphandling, vilket i sin tur medför att upphandlingar utsätts för mindre konkurrens. Som en konsekvens av detta ökar det offentliga kostnader i samband med upphandlingar, vilket med tanke på upphandlingsvolymerna kan uppgå till mycket stora belopp. De finns således finns det ett stort behov av vägledande rättsfall på detta område. I skrivande stund har kammarrättens i Sundsvalls dom överklagats och meddelats prövningstillstånd för prövning i RegR, så förhoppningsvis kommer rättsläget att klarna något framöver. Frågan är om en reglering i praxis är tillräcklig. Visserligen dröjer det nog inte särskilt länge innan RegR avgör ett eller flera mål som gäller avbrutna upphandlingar och som kommer att klargöra rättsläget men det är inte sannolikt att alla frågor, eller ens flertalet, blir besvarade. Enligt min mening finns det ett behov av att lagstiftningsvis reglera avbrutna upphandlingar. Med tanke på att problemet

med avbrutna upphandlingar uppmärksammades redan 1994 och att lagstiftaren under ett decennium valt att låta praxis reglera detta problemområde är det befogat att anta att detta inte kommer att ske.

En annan aspekt av avbrutna upphandlingar som inte närmare behandlats inom ramen för denna uppsats är i vilka fall det skall vara tillåtet att avbryta en upphandling. Som vi såg i avsnittet om EG-domstolens praxis finns det ibland en rätt eller till och med en skyldighet att avbryta en upphandling. Det är inte möjligt att i nuläget räkna upp vilka skäl som kan göra ett avbrytande tillåtet utan det får prövas från fall till fall. Som tidigare nämnts kan principen om affärsmässighet utgöra en lämplig utgångspunkt för en sådan bedömning, även om innebörden av denna princip är mångfacetterad och föränderlig. En annan möjlighet är att göra bedömningen med utgångspunkt i LOU: s syfte. I sistnämnda fall är ett avbrytande tillåtet om det exempelvis sker med hänsyn till likabehandlingsprincipen och konkurrensen. Ytterligare en möjlighet är att man låter upphandlingens karaktär vara avgörande för en sådan bedömning. Jag tänker här särskilt på statliga upphandlingar med koppling till försvaret. Vid upphandlingar där staten har ett starkt intresse som överskuggar konkurrenshänsyn bör det rimligen finnas större möjligheter att avbryta en upphandling. Jag skall inte gå djupare in i denna diskussion utan avslutar med att konstatera att det finns många olösta frågor förknippade med avbrutna upphandlingar som tarvar ett svar.

8 Avslutande kommentarer

8.1 Ytterligare frågor

Med överprövningsmöjligheten fastslagen uppkommer även andra frågor än de som har behandlats i 7 kap. I dagens läge är det vanligt att den upphandlande enheten i anslutning till avbrytandet av en upphandling, påbörjar en ny upphandling avseende samma eller i vart fall liknande upphandlingsobjekt. Vad blir då följderna av att en leverantör begär överprövning av ett avbrytandebeslut samtidigt som en ny upphandling påbörjats? Särskilt komplicerat blir det om den nya upphandlingen avslutas med att kontrakt tecknas före det att länsrätten meddelat beslut angående överprövningen av den första upphandlingen. Utöver frågor om behörigt forum och vilken tidsfrist som skall gälla för överprövning av avbrytandebeslutet, uppkommer således andra frågor såsom följande: *kan den nya upphandlingen stoppas genom ett interimistiskt beslut, utgör den nya upphandlingens avslutande genom kontraktstecknande hinder mot att den förra upphandlingen överprövas och kan den nya upphandlingen överprövas på den grund att den aldrig borde ha påbörjats?* Dessa frågor skall inte diskuteras här utan omnämns endast för att visa att de i denna uppsats behandlade frågor inte utgör de enda frågor som idag fordrar ett svar. Det finns många frågor kvar som behöver tas itu med och jag är förvissad om att debatten om överprövning av avbrytandebeslut kommer att fortgå i den närmsta framtiden.

8.2 Nya upphandlingsregler

Enligt ett beslut av Regeringen tillkallades en särskild utredare den 7 april 2004 med uppdrag att lämna förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om upphandling av vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet), och 2004/18/EG om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet), ska genomföras i svensk rätt. De nya direktiven överensstämmer i stor utsträckning med de äldre direktiv som de ersätter. De har utformats med målsättningen att vara mera lättlästa och de har strukturerats på ett sätt som mer kronologiskt följer upphandlingsprocessen.

Upphandlingsutredningen har den 15 mars 2005 avgivit ett delbetänkande¹⁶⁵, vari de nödvändiga reformerna föreslås. I uppdraget ingick en översyn av vissa bestämmelser i 7 kap. LOU. Bland annat diskuteras möjligheten att införa en så kallad *preklusionsfrist* under upphandlingsförfarandet, vilket innebär att prövning av ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist. När fristen löpt ut skall det inte längre vara möjligt att klandra ett av den

¹⁶⁵ SOU 2005:22.

upphandlande enhetens fattade beslut. Förutsatt att ett avbrytande kan anses utgöra ett beslut fattat av den upphandlande enheten i enlighet med denna nya regel, kommer avbrutna upphandlingar att regleras i viss mån. De nämnda direktiven, och följaktligen det svenska uppdraget, innehåller däremot inga regler som direkt avser avbrutna upphandlingar. Således påverkar införlivandet av de nya direktiven inte nämnvärt den rådande situationen avseende avbrutna upphandlingar.

Käll- och litteraturförteckning

Svensk författningssamling

Lag (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid

Rättegångsbalken (1942:740)

1952 års upphandlingskungörelse (1952:496)

Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

1973 års upphandlingskungörelse (1973:600)

Förvaltningslag (1986:223)

1986 års upphandlingsförordning (1986:366)

Begravningslag (1990:1144)

Kommunallag (1991:900)

Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende upphandling

Jordbruksförordningen (1994:1715)

Förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling

Förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling

1920 års Upphandlingsförordning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1973:73 Riktlinjer för den offentliga upphandlingen

Prop. 1992/93:88 Om offentlig upphandling

Prop. 1993/94:78 Frågor om offentlig upphandling

Prop. 1993/94:222	Förnyat förslag till lagstiftning om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
Prop. 1994/95:35	Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen mm.
Prop. 1994/95:153	Om ändringar med anledning av EU-medlemskapet.
Prop. 1996/97:153	Ändringar i lagen om offentlig upphandling
Prop. 1997/98:170 m.m.	Ändringar i lagen om offentlig upphandling,
Prop. 1999/2000:128	Offentlig upphandling i informationssamhället
Prop. 2001/02:142	Ändringar i lagen om offentlig upphandling mm

Statliga offentliga utredningar

SOU 1971:88	Offentlig upphandling
SOU 1991:106	Domstolarna inför 2000-talet
SOU 1999:139	Effektivare offentlig upphandling - för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt
SOU 2000:117 privat sektor	Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och
SOU 2001:31	Mera värde för pengarna
SOU 2005:22	Nya upphandlingsregler

Departementsserien

Ds 1994:83	Avbrutna upphandlingar och interna bud
Ds 1992:4	Offentlig upphandling och EES - ett lagförslag
Ds 1992:62	Offentlig upphandling och EES - del II
Ds 1992:38	Domstolsväsendet, Organisation och administration i framtiden

Övrigt

- Utrikesdepartementet, Rapport 1990:4 *Offentlig upphandling i ett nytt Europa*, Fakta Europa, Stockholm 1990
- Riksdagens Revisorer, Rapport 1997/98:3 *Offentlig upphandling*, Stockholm 1997

Litteratur

- Andersson, Roger., *Förvaltningshögskolans rapporter nr 50: Praktisk kommunal upphandling*, Göteborg 2003
- Hentze, Margareta., Sylvén, Hans., *Sveriges Rikes Lag: kommentarer, Offentlig upphandling*, Norstedts juridik, Stockholm 1998
- Falk, J-E., Pedersen, K., *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, Jure förlag, Stockholm 2004
- Forsberg, Niklas., *Offentlig upphandling i praktiken*, Tredje upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2004
- Junesjö, Kurt., *Offentlig upphandling: effektivisering eller social dumpning?*, LO, Stockholm 2000
- Hellner, Jan., *Skadeståndsrätt*, femte upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1995
- Warnling-Nerep, Wiweka., *Rättsprövning & rätten till domstolsprövning*, JureCLN, Stockholm 2000

Rapporter och artiklar

- Företagarna, *Upphandling och kollektivavtal*, Stockholm 2005
- Anbudsjournalen, Sveriges marknadstidning för offentlig upphandling, nr 20, 33-34 och 35, 2004
- Länsstyrelsen i Stockholms län, Rapport 1996:15: *Konkurrens i kommunal sektor - erfarenheter från upphandling i Stockholms län*
- Industriförbundet/Demoskop, *Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning*, Stockholm 1998

ITPS (Per Tervahauta/Marcus Zackrisson), *Offentlig upphandling i EU och USA – hinder och möjligheter för små och medelstora företag (A2004:27)*, Stockholm 2004

Nämnden för offentlig upphandling

Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1289-03
angående avbrytande av upphandling samt anbud från egenregiverksamhet,
dnr 2003/0229-29

Ramavtal och begreppet affärsmässighet, dnr 203/96

NOU info Sammanställning 1996

Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 2883-04, dnr 2004/0261-22

Kartläggning av hur skadeståndsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har
införlivats i EU:s medlemsstater, dnr 1999/0053-28

Yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1289-03
angående avbrytande av upphandling samt anbud från egenregiverksamhet,
dnr 2003/0229-29

Rapport om kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, dnr
52/99-28

EG-rättsligt material

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av
upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-,
energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av
förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av
förfarandet vid offentlig upphandling av varor

Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av
förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten

Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997
om ändring av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG om
samordning av förfarandena vid tilldelning av kontrakt vid offentlig
upphandling tjänster, varor samt bygg- och anläggningsarbeten

Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 om ändring av direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

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

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

Kommissionens grönbok offentlig upphandling inom europeiska unionen:
*Överväganden om
framtiden*, 27/11 1996 COM(96) 583 final

Övrigt

KARNOV 2003/04, Svensk lagsamling med kommentarer, Band 2,
Thomson Fakta AB, Stockholm 2003

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

- C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH mot Stadt Wien
- C-15/04 Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH
- C-243/89 EU-kommissionen mot Danmark
- C-328/96 EG-kommissionen mot Republiken Österrike
- C-120/78 Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein
- C-8/74 Procureur du Roi mot Dassonville
- C-359/93 Europeiska gemenskapernas Kommissionen mot Nederländerna
- C-59/00 Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab
- C-6/64 Costa mot ENEL
- C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA
- C-26/62 Van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen
- C-152/84 M. H. Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority
- C-188/89 Foster mot British Gas
- C-103/88 Fratelli Costanzo SpA mot Milano kommun
- C-14/83 Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen
- C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy m.fl. mot Varkauden Taitotalo Oy
- C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr

- C-27/98 Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten
- C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike
- C-244/02 Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran kaupunki
- C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten
- C-97/91 Oleificio Borelli SPA mot EG-kommissionen

Allmänna förvaltningsdomstolar

RÅ 2001 ref. 18

RÅ 1997 ref. 65

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 1995 ref. 58

Kammarrätten i Stockholms dom av den 24 mars 2004 i mål nr 139-04

Kammarrätten i Stockholms dom av den 19 april 2004 i mål nr 240-04

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 16 juli 2004 i mål nr 3832-04

Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 december 2004 i mål nr 4828-04

Kammarrättens i Sundsvalls dom av den 9 juli 2004 i mål nr 2025-03

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 25 november i mål nr 5691-1999

Västmanlands läns länsrätts dom av den 2 juli 2004 i mål 1246-04 E

Stockholms läns länsrätts i dom av den 7 juli 2004 i mål 11969-04 E

Allmänna domstolar

NJA 2001 s. 3

NJA 1994 s. 657

NJA 2000 s. 712

Mål T 1683-99

RH 1999:122

Kristiansstads tingsrätts dom i mål T 733-04

Internet och elektroniska källor

Kommerskollegiets hemsida, klockan 13.25 den 10 nov