

---

Per-Owe Arfwedsson

Behovsinventering kring upphandlingsrättsliga  
prejudikat

2019 nr 3

**UrT**

---

---

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

# Behovsinventering kring upphandlingsrättsliga prejudikat

*Per-Owe Arfwedson\**

## 1 Inledning

Prejudikatbildningen i framförallt Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") har stor betydelse för hur upphandlingar i praktiken genomförs. Några exempel kan tjäna som illustration. I HFD 2016 ref. 37 I och II, betonade HFD vikten av att upprätthålla ställda obligatoriska krav vilket medfört en avsevärt mera strikt bedömning kring om obligatoriska krav är uppfyllda än som tidigare var fallet.<sup>1</sup> Ett annat exempel är avgörandet RÅ 2008 ref. 26. Där bedömde HFD att undantaget för s.k. intern upphandling som fastslagits av EU-domstolen i *Teckal* inte gällde vid tillämpningen av den upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. HFD:s avgörande medförde att det infördes ett temporärt undantag för intern upphandling och sedermera permanenta bestämmelser i upphandlingslagstiftningen. Avgörandet och den efterföljande lagstiftningen medförde att vissa kommunala och statliga bolagsstrukturer fick organiseras om.<sup>2</sup> Slutligen kan HFD 2015 ref. 55 nämnas, där HFD belyste förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar i överprövningsmål och där en domstol i vissa fall har en skyldighet att begära in sekretessbelagda handlingar för att genomföra en effektiv prövning av de brister som sökanden gjort gällande. Avgörandet har medfört att domstolarna i högre grad än tidigare måste ta ansvar för att målet får en materiellt korrekt bedömning, men även att sökanden har fått större möjligheter att bevisa överträdelser i en överprövningsprocess.

---

\* Advokat och delägare, BOKWALL RISLUND advokatbyrå.

<sup>1</sup> Från tiden innan avgörandena i HFD 2016 ref. 37 I och II hade meddelats kan t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 10 maj 2016 (mål nr 330-16) nämnas. I målet bedömde kammarrätten att det skulle vara oproportionerligt att förkasta ett anbud som inte uppfyllde ett obligatoriskt krav att lämna uppgifter i ett visst dokument, när uppgifterna ändå fanns i anbudet. Från tiden efter HFD 2016 ref. 37 I och II kan t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 15 maj 2017 (mål nr 1507-16) nämnas. I det målet ansåg kammarrätten att ett obligatoriskt språkkrav som avsåg hela anbudet, inklusive materialspecifikationer, var proportionerligt och skulle upprätthållas. Se även t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom av den 17 maj 2018 (mål nr 6607-17), där kammarrätten bl.a. uttryckligen – i linje med HFD 2016 ref. 37 I och II – gjorde gällande att det saknades skäl att bortse från ett krav med hänvisning till proportionalitetsprincipen, för att därefter tolka kravet strikt utifrån dess ordalydelse.

<sup>2</sup> Se t.ex. Konkurrensverkets yttrande över Ds 2009:36, Upphandling från statliga och kommunala företag, s. 1 och Konkurrensverkets ärende dnr 733/2014 (SYSAV).

HFD prövade i sak mellan två till nio upphandlingsmål per år mellan åren 2014 och 2017.<sup>3</sup> Även om antalet prejudikat per år inte kan sägas vara för få i jämförelse med andra rättsområden, saknas prejudikat helt i frågor som har en påtaglig praktisk betydelse för genomförandet av offentliga upphandlingar. Det finns även behov av förtydliganden och/eller nyanseringar av tidigare prejudikat. Även omständigheten att upphandlingslagstiftningen genomgått, och genomgår, återkommande revideringar och att de direktiv som upphandlingslagstiftningen bygger på i vissa avseenden är oklara, motsägelsefulla och tvetydiga, ökar behovet av vägledning.<sup>4</sup>

Syftet med denna artikel är att belysa några rättsfrågor som enligt min mening skulle behöva avgöras av HFD. Det går naturligtvis att ha synpunkter på urvalet, det finns onekligen andra rättsfrågor än de som tas upp i artikeln som säkerligen skulle behöva bedömas av HFD.<sup>5</sup>

## 2 Behovsinventering

### 2.1 Anskaffningar mellan statliga myndigheter

Är anskaffningar mellan statliga myndigheter undantagen upphandlingslagstiftningen pga. att sådana anskaffningar sker inom en och samma juridiska enhet, dvs. staten? Frågan har i viss utsträckning berörts av Högsta Domstolen ("HD") i NJA 2001 s. 3. I avgörandet angav HD följande.

"Som HovR:n berört måste LOU antas vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s.k. egenregiverksamhet. I skilda sammanhang efter lagens tillkomst har antagits att det med hänsyn härtill inte innebär upphandling i lagens mening, om en enhet beställer varor eller tjänster från en annan enhet som ingår i samma juridiska person (se t.ex. SOU 1999:139 s. 71). Huruvida ett sådant antagande i alla lägen är hållbart kan vara föremål för diskussion. När det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal träffade inom samma juridiska person tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det kan i

<sup>3</sup> Se Konkurrensverket, Statistik om offentlig upphandling 2018, Konkurrensverket rapport 2018:9, s. 161. Det kan noteras att HFD under år 2013 sakprövade hela 21 upphandlingsmål, vilket är markant fler än antalet sakprövade mål efterkommande år.

<sup>4</sup> Se t.ex. HFD:s lagrådsremiss avseende nytt regelverk om upphandling av den 12 februari 2016 där HFD bl.a. uttalade följande avseende upphandlingsdirektiven från år 2014: "[d]et finns bestämmelser som är rätt och slätt obegripliga eller som är tvetydiga och kan ges olika innebörd. Andra har en innebörd som visserligen är begriplig, men som är oförnuftig. Det finns också bestämmelser som strider mot andra bestämmelser."

<sup>5</sup> Jag har t.ex. helt valt bort frågor som rör upphandlingsskadeavgift, skadestånd eller de oklarheter som uppstått till följd av att införandet av den senaste upphandlingslagstiftningen.

andra fall tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet.”

Frågan om anskaffningar mellan statliga myndigheter är undantagna upphandlingsreglerna har berörts i olika förarbeten och under förhållandevis lång tid. Regeringen har i varierande utsträckning betecknat frågan som oklar, att upphandlingsreglerna inte är tillämpliga och att rättspraxis inte ger stöd för att upphandlingsrättsliga avtal normalt uppkommer mellan enheter inom en och samma juridiska person.<sup>6</sup> Det är svårt att identifiera någon särskild rättslig grund som underbygger och motiverar de olika nyansskillnaderna i uttalandena från regeringen. I ett avgörande från år 2017 från Kammarrätten i Stockholm bedömdes Kungliga Biblioteket och Riksarkivet, båda statliga myndigheter, vara så pass fristående från varandra att ett avtal där Riksarkivet skulle utföra tjänster åt Kungliga biblioteket ansågs falla under upphandlingsreglerna.<sup>7</sup> Kammarrätten avvisade dock talan pga. att ansökan om överprövning ingetts för sent. Målet överklagades till HFD som dock inte meddelade prövningstillstånd.<sup>8</sup>

Avgörandet föranledde Konkurrensverket att offentliggöra ett s.k. ställningstagande, där Konkurrensverket gjorde bedömningen att anskaffningar mellan statliga myndigheter inte omfattas av upphandlingslagstiftningen om de båda myndigheterna ingår i samma juridiska person. Konkurrensverkets slutsats bygger i huvudsak på att ett kontrakt måste ingås mellan en upphandlande myndighet och en från myndigheten fristående fysisk eller juridisk person (leverantör). Vidare förutsätter ett sådant kontrakt att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter mellan den upphandlande myndigheten och leverantören och att fullgörande av sådana skyldigheter går att uppnå genom rättsliga åtgärder. Vid anskaffningar mellan statliga myndigheter ingås inte några kontrakt, bl.a. därför att staten inte kan träffa kontrakt med sig själv. Konkurrensverket menar därför att något rättsligt fullgörande inte är möjligt.<sup>9</sup>

Det saknas enligt min mening tydliga avgöranden från EU-domstolen som klargör om och hur anskaffningar inom en och samma juridiska person undantas

<sup>6</sup> Se prop. 2009/10:134, s. 43 f., prop. 2009/10:175, s. 90, SOU 1999:139, s. 73–74, SOU 2008:118, s. 134 f., SOU 2011:43, s. 71–73.

<sup>7</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 21 juni 2017 (mål nr 7355-16).

<sup>8</sup> HFD mål nr 4106-17.

<sup>9</sup> För detta stycke se Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1, Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingsskyldighet.

från upphandlingsreglerna.<sup>10</sup> Oavsett Konkurrensverkets ställningstagande måste frågan om anskaffningar mellan statliga myndigheter i avsaknad av en vägledande dom från HFD eller från EU-domstolen alljämt betecknas som oklar. Att frågan har stor betydelse för både leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter torde stå klart, inte minst mot bakgrund av den uppmärksamhet som frågan fått, bl.a. av Konkurrensverket.<sup>11</sup> Det är oklart varför HFD inte beviljade prövningstillstånd i målet mot Kungliga Biblioteket, möjligen ansågs målet inte vara ett lämpligt avgörande att ta upp med hänsyn till att talan ansågs ha väckts för sent. Oavsett vilket, frågan har en praktisk betydelse och är oklar, även om Konkurrensverket tagit ställning i frågan.

## 2.2 Tolkning av obligatoriska krav

Vilka begränsningar följer av de grundläggande rättsprinciperna i 4 kap. 1 § av lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") när innebörden av obligatoriska krav behöver bli föremål för tolkning? Likabehandlings- och öppenhetsprincipen syftar till att ge förutsättningar för effektiv konkurrens så att alla anbudsgivare kan förstå hur krav ska uppfyllas och att det bästa anbudet kan tilldelas kontrakt.<sup>12</sup> Genom domen HFD 2016 ref. 37 I och II följer att obligatoriska krav strikt ska upprätthållas eftersom potentiella leverantörer och anbudsgivare ska "...vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet.". Vilken betydelse har HFD 2016 ref. 37 I och II när en domstol behöver tolka innebörden av ett obligatoriskt krav? HFD 2016 ref. 37 I och II bör få till följd att tolkningen varken kan vara extensiv eller restriktiv, eftersom det då finns en risk att det obligatoriska kravet ges en delvis annan betydelse och att kravet då inte strikt upprätthålls.

EU-domstolens avgörande i *Pizzo* kan, enligt min mening, sägas bekräfta detta synsätt.<sup>13</sup> Bakgrunden i *Pizzo* var att en anbudsgivare fått sitt anbud förkastat därför att anbudsgivaren inte uppfyllt en skyldighet att erlagga en viss administrativ

<sup>10</sup> Se prop. 2011/12:106, s. 59. Jfr dock Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1, s. 5, där Konkurrensverket förefaller mena att begreppet "offentligt kontrakt" enligt EU-domstolens dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, förutsätter att rättsligt bindande skyldigheter uppkommer genom att kontrakt ingås och att det går att uppnå fullgörelse av dessa via rättsliga åtgärder. Eftersom sådana fullgörelse inte är möjliga att uppnå vid kontrakt som ingås mellan olika statliga myndigheter, då staten inte kan stämma sig själv i domstol, ingås därmed inte heller några kontrakt som faller under upphandlingslagstiftningen.

<sup>11</sup> Se Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1, s. 2, där Konkurrensverket anger att många myndigheter upplever det som oklart om upphandlingslagstiftningen omfattar situationer där statliga myndigheter gör anskaffningar från varandra.

<sup>12</sup> Se t.ex. EU-domstolens dom av den 22 juni 1993, kommissionen/Danmark, C-243/89, EU:C:1993:257.

<sup>13</sup> EU-domstolens dom av den 2 juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404. Se även EU-domstolens dom av den 2 maj 2019, *Lavorgna*, C-309/18, EU:C:2019:350.

avgift. Skyldigheten att erlægga den administrativa avgiften framgick inte av förfrågningsunderlaget och inte heller av den nationella lagen, utan först efter att viss lagstiftning, förvaltningsrättslig praxis och förfrågningsunderlaget tolkades och fylldes ut av domstolen. Frågan var om det efter en sådan tolkning var tillåtet att förkasta ett anbud. EU-domstolen uttalade bl.a. följande i domen (punkt 51, min understrykning).

”Likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet ska tolkas så, att de utgör hinder för att en ekonomisk aktör utesluts från ett förfarande för offentlig upphandling till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och av dessa dokument samt av en mekanism som består i att nationella myndigheter eller förvaltningsdomstolar fyller ut luckor i nämnda dokument.”

EU-domstolen tar således fasta på att kravet inte anges uttryckligen i upphandlingsdokumenten (eller i gällande lag) och därför inte kan tolkas in i kravställningen i efterhand. EU-domstolen motiverar det med att kravet på öppenhet innebär att alla krav och kriterier ska vara formulerade i upphandlingsdokumenten ”på ett klart, precist och entydigt sätt” så att alla anbudsgivare ”kan veta exakt vilka villkor som gäller” (se t.ex. domskälen i punkterna 36 och 37).

I svensk rätt accepteras, som bekant, vissa mindre transparensbrister, vilket har sin grund i RÅ 2002 ref. 50, där det bl.a. framgår att ”de skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när”. Det finns exempel på när domstolarna tolkar obligatoriska krav extensivt och utfyller kravet på ett sätt som inte har stöd i ordalydelsen i kravet.<sup>14</sup> I andra fall är det obligatoriska kravet formulerat på ett öppet sätt, dvs. kravet kan uppfyllas på flera olika sätt och det görs gällande att kravet endast kan uppfyllas på ett visst givet sätt.<sup>15</sup> Ett obligatoriskt krav som ger utrymme att uppfyllas på flera olika sätt bör inte medföra att anbud som uppfyller kravet på ett av dessa sätt utesluts. Om ett obligatoriskt krav måste tolkas av domstolen, bör det finnas anledning för domstolen att överväga om inte kravet som sådant står i strid med

<sup>14</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 september 2017 (mål nr 1748-17).

<sup>15</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 11 juni 2019 (mål nr 705-19).

likabehandlings- och öppenhetsprinciperna.<sup>16</sup> Kammarrätterna har i ett flertal mål tagit fasta på de principer som följer av bl.a. *Pizzo*, men någon enhetlig kammarrättspraxis går inte att tala om.<sup>17</sup> Enligt min mening finns det ett behov av ett klaggörande från HFD.

## 2.3 Golvpriser

Är det förenligt med upphandlingslagstiftningen att avstå från att premiera ett pris som understiger viss nivå vid utvärderingen av anbud? I HFD 2018 ref. 50 fastslås att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå (s.k. golvpris) inte kommer att antas. I kölvattnet av HFD:s avgörande har förvaltningsdomstolar underkänt obligatoriska krav avseende golvpriser.<sup>18</sup> HFD:s avgörande har i underrättspraxis även uppfattats innebära att det inte heller är möjligt att uppställa golvpriser inom ramen för en prisutvärderingsmodell.<sup>19</sup>

Argumenten för att det ska vara tillåtet att tillämpa golvpriser i utvärderingssammanhang, är att undvika onormalt låga anbudspriser.<sup>20</sup> Ytterligare argument som framförts är att det är tillåtet att avstå från att premiera låga priser inom ramen för den långtgående möjligheter som finns för upphandlande myndigheter/enheter att välja och vikta tilldelningskriterierna enligt 16 kap. 6 § LOU och möjlighet som finns att upphandla till fast pris.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Även om upphandlande myndigheter/enheter har en skyldighet att ställa tydliga obligatoriska krav, har anbudsgivare en skyldighet att omsorgsfullt ta del av kraven i förfrågningsunderlaget och utforma anbudet därefter, dom av den 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 42. Det kan nog många gånger förhålla sig så att tolkning inte är nödvändigt, eftersom en rimligt informerad anbudsgivare borde uppfattat kravet på visst sätt.

<sup>17</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom av den 11 juni 2019 (mål nr 705-19), Kammarrätten i Jönköpings dom av den 18 juni 2019 (mål nr 211-19), Kammarrätten i Stockholms dom av den 26 juni 2019 (mål nr 2554-19) och Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 17 juni 2019 (mål nr 439-440-19).

<sup>18</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom av den 14 december 2018 (mål nr 5255-18), Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 25 januari 2019 (mål nr 21021-18) och Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 april 2018 (mål nr 12963-18).

<sup>19</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 25 februari 2019 (mål nr 4551-18), Kammarrätten i Göteborgs dom av den 14 december 2018 (mål nr 2666-18) och Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 28 maj 2019 (mål nr 5387-19).

<sup>20</sup> Se t.ex. Schön, Cassandra, Varning för långtgående slutsatser av golvprismålet, *Upphandling* 24 9 januari 2019. Argumentet kan ifrågasättas eftersom det finns en särskild ordning för att hantera sådana anbud i 16 kap. 7 § LOU avseende utslutning av onormalt låga anbud och att ett krav avseende golvpriser helt eller delvis sätter denna ordning ur spel. Se även HFD 2018 ref. 50.

<sup>21</sup> Se t.ex. Kammarkollegiets argumentation i Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 28 maj 2019 (mål nr 5387-19). Det kan tilläggas att denna utgångspunkt är korrekt, se t.ex. HFD 2018 ref. 50, men den omfattande frihet som upphandlande myndigheter/enheter har begränsats av de grundläggande rättsprinciperna.

Vad som kan anföras häremot är att det enligt 16 kap. 1 § LOU framgår att kontrakt ska tilldelas den leverantör som vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som ekonomiskt mest fördelaktigt för myndigheten framgår av 16 kap. 1 § andra stycket LOU, dvs. avgöras av: (i) bäst förhållande mellan pris och kvalitet, (ii) kostnad eller (iii) pris. Det är fullt möjligt att tillämpa ett fast pris och låta kvalitet vara den enda konkurrensparametern, även om förfarandet kan uppfattas vara ett undantagsförfarande.<sup>22</sup>

Om kontrakt ska tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och ett pris lägre än golvpriskravet inte ger något ytterligare mervärde, uppstår enligt min mening två brister i utvärderingsmodellen med golvpriser. För det första finns en risk att det anbud som enligt 16 kap. 1 § LOU är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten inte kommer att antas. Utvärderingsmodellen förmår därmed inte att utpeka det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vilket innebär att klart avsteg från ordalydelsen i 16 kap. 1 § andra stycket LOU. För det andra innebär golvpriskravet att anbuden kommer att behandlas olika. En anbudsgivare som har möjlighet att offerera ett pris under golvpriskravet jämföras i utvärderingshänseende med en anbudsgivare som lämnat ett mindre ekonomiskt fördelaktigt anbud.

HFD 2018 ref. 50 tar inte uttryckligen ställning till om icke-obligatoriska golvpriskrav som inte leder till uteslutning är tillåtna.<sup>23</sup> Eftersom det till viss del finns osäkerhet vilken räckvidd HFD 2018 ref. 50 har, såvitt gäller icke-obligatoriska krav som styr anbudsgivarens prissättning, finns det behov av ett klargörande från HFD.<sup>24</sup>

## 2.4 Prövningsintresse

Ska domstolen avskrivna ett mål avseende giltigheten av ett kontrakt, om nyssnämnda kontrakt dessförinnan upphört eller bringas att upphöra i samband med att överprövningen inleds? Rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt om avtalet slutits i strid med bestämmelserna i 20 kap. 13 § LOU. Om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå enligt 20 kap. 14 § LOU. Om ett avtal som sluts i strid med bestämmelserna i 20 kap. 13 § LOU redan har löpt ut när överprövning sker eller om avtalet bringas

<sup>22</sup> Artikel 67.2 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Jfr dock skäl 93 samma direktiv. Se även prop. 2015/16:195, s. 788.

<sup>23</sup> Enligt min mening kan HFD:s tolkningsvis mycket väl uppfattas göra det.

<sup>24</sup> Kammarrätten i Stockholm ansåg så sent som i april 2019 att denna rättsfråga är oklar, se Kammarrätten i Stockholms dom av den 12 april 2019 (mål nr 1-19). HFD har i mål nr 5355-18 slagit fast att reglerna onormalt lågt anbud inte är tillämpliga på priser som ligger till grund för utvärderingen av ett anbud men som inte utgör avtalsvillkor. Avgörandet berör inte frågan om icke-obligatoriska golvpriskrav och klargör inte rättsläget kring frågan.



att upphöra efter det att överprövning skett, har detta förhållande i vissa fall inte ansetts förhindra en prövning av ogiltighetstalan i sak.<sup>25</sup>

Förvaltningsrätten i Stockholm har i en dom uttalat, vilket Kammarrätten i Stockholm får sägas ha upprätthållit, att det inte var klarlagt att sökanden inte skulle riskera någon rättsförlost om målet avskrevs då avtalet hade bringats att upphöra efter det att överprövning skett.<sup>26</sup> Målet prövades i sak. Kammarrätten i Göteborg har i en dom där avtalet upphört att gälla innan överprövning inleddes, också prövat målet i sak.<sup>27</sup> Domstolen hänvisade till förarbetsuttalanden där det bl.a. anges att om förpliktelserna helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå.<sup>28</sup>

Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande gett uttryck för motsatt uppfattning och avskrivit ett mål avseende talan om avtals ogiltighet där det aktuella avtalet sades upp med omedelbar verkan samma dag som förvaltningsrätten fann att avtalet skulle förklaras ogiltigt.<sup>29</sup> Ändamålet med talan ansågs ha förfallit. På motsvarande sätt har Kammarrätten i Stockholm avskrivit ett mål där ett avtal vars giltighet ifrågasatts efter det att avtalet bringats att upphöra.<sup>30</sup>

I HFD 2016 ref. 79, som gällde frågan om en domstol ska avskriva ett mål om en upphandlande myndighet avbryter en upphandling, har HFD konstaterat att ändamålet med den ursprungliga talan (vilket var att få till stånd rättelse) inte fallit bara därför att upphandlingen avbrutits. Om sökanden framgångsrikt överprövar avbrytandebeslutet kvarstår nämligen intresset av att få rättelseyrkandet prövat. I sådana fall ska målet inte avskrivas, eftersom ändamålet med talan inte förlorat sin betydelse. Avgörande för om ett pågående mål ska avskrivas bör i linje med HFD 2016 ref. 79 vara beroende av om det trots att avtalet upphört gälla, finns något kvarvarande intresse för leverantören att få till stånd en prövning i sak. Om ett avtal förklaras ogiltigt, kommer ogiltigheten att omfatta prestationer som har utväxlats och prestationer som skulle ha utväxlas i framtiden.<sup>31</sup> Sökandens intresse vid en ogiltighetstalan torde vara att utväxla prestationer återgår så att det skapar ett inköpsbehov för den upphandlande myndigheten/enheten som sökanden därefter kan lämna anbud på i en konkurrensutsatt upphandling.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 oktober 2011 (mål nr 3759-11) och Kammarrätten i Stockholms dom av den 17 april 2013 (mål nr 1446-13).

<sup>26</sup> Kammarrätten i Stockholms dom av den 17 april 2013 (mål nr 1446-13).

<sup>27</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 27 oktober 2011 (mål nr 3759-11), där kammarrätten i domskälen hänvisade till prop. 2009/10:180, s. 361.

<sup>28</sup> Domstolen hänvisade till prop. 2009/10:180, s. 361.

<sup>29</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 2 mars 2015 (mål nr 2642-14).

<sup>30</sup> Kammarrätten i Stockholms dom av den 30 november 2016 (mål nr 6668-16).

<sup>31</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 361.

<sup>32</sup> Se Hunt, Alex, Ogiltighet i upphandlingsrätten - innebörd och följder vid otillåten ändring, UrT 2018 s. 95.

Att ett otillåtet direktupphandlat avtal avslutas under pågående ogiltighetsprocess eller att avtalet upphört innan överprövningsprocessen kan, men behöver inte, innebära att sökandens intresse fallit. Antag att parterna till ett otillåtet upphandlat avtal beslutar att avtalet ska upphöra med anledning av att avtalet blir föremål för överprövning med yrkande om att avtalet ska ogiltigförklaras. Det har inte utväxlats några prestationer under avtalet. I det fallet är det svårt att se varför målet ska prövas i sak. Syftet med sökandes talan har uppnåtts – avtalet har upphört och inköpsbehovet har därmed uppkommit. Antag att omständigheterna är samma som ovan, men att leverans helt eller till viss del har genomförts eller att den upphandlande myndigheten/enheten inte kan visa att leverans inte har skett. I det fallet finns det enligt min mening skäl att pröva målet i sak. Även om avtalet upphört och ett inköpsbehov återuppstått, så har sökanden ett intresse av att det sker en återgång av den leverans som har skett/kan ha skett under avtalet för att även denna del av leveransen ska kunna konkurrensutsättas och ingå i en ny upphandling.

Givet att frågan bedömts olika av olika kammarrätter och att frågan har betydelse både för en sökande som avser att inleda en ogiltighetstalan, och för en upphandlande myndighet/enhet vars avtal blir föremål för överprövning, finns ett behov av ett klagörande från HFD. Behovet av ett klagörande ökar sannolikt om regeringen går vidare med förslaget att införa rättegångskostnadsansvar i överprövningsmål. Ett avskrivningsbeslut kan nämligen innebära att sökanden inte anses ha varit framgångsrik i överprövningsprocessen, vilket i sin tur riskerar att ha en negativ påverkan på sökandens möjligheter att erhålla skadestånd för överprövningskostnader i överprövningsmålet.<sup>33</sup>

### 3 Sammanfattande kommentar

Vår upphandlingslagstiftning baserad på EU-direktiv har existerat i över 25 år.<sup>34</sup> Ibland kan en lagstiftningsprodukt via praxisbildning få utvecklas under åren och kan efter en tid uppfattas både som tydlig och förutsägbar. Även om jag skulle vilja säga att upphandlingslagstiftningen haft en god uppväxt under sina 25 första år, vore det att fara med osanning. Ändringarna i och viljeriktningarna kring upphandlingslagstiftningen har enligt min mening varit för många och har dessutom skiftat radikalt.

Upphandlingslagstiftningen kommer inom de närmsta åren sannolikt att genomgå ytterligare förändringar. Behovet av förutsägbarhet och ledning kommer

<sup>33</sup> Se SOU 2018:44 avseende rättegångskostnadsansvar och NJA 2013 s. 762 ("Fidelia"), där ersättning för överprövningskostnader förutsätter att sökanden vinner framgång i överprövningsprocessen men, av orsaker som inte sökanden kan lastas för, inte får möjlighet att tilldelas kontraktet.

<sup>34</sup> Den första lagen om offentlig upphandling baserad på EU-direktiv, (1992:1528), trädde i kraft den 1 januari 1994.

alltså inte att minska. Behovet av upphandlingsrättsliga prejudikat kommer inte att försvinna. HFD kommer sannolikt inte att kunna meddela flera avgöranden än vad som sker i dag vilket medför att kammarrätternas praxisbildning blir allt viktigare. Kammarrätterna prövar i dag i större utsträckning än tidigare upphandlingsmål, vilket bidrar till praxisbildningen.<sup>35</sup> Det är positivt, men det finns dock alltför alltför skiftande kammarrättspraxis både mellan olika kammarrätter och skiftande praxis inom en och samma kammarrätt. Att kammarrätterna tycker olika är naturligt, men att kammarrätterna uppmärksammar, tar hänsyn till och motiverar avsteg från tidigare kammarättspraxis är eftersträvansvärt för att förutsägbarheten vid rättstillämpningen ska öka och för att kammarrättens praxisbildande ska ge verklig ledning till upphandlande myndigheter/enheter och anbudsgivare.

---

<sup>35</sup> Se Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2, s. 160.