

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Stockholms universitet

Ogiltighet i upphandlingsrätten – innebörd och följder vid otillåten ändring

Alex Hunt

Examensarbete i offentlig rätt, 30 hp
Examinator:
Stockholm, vårterminen 2018



Stockholms
universitet

Abstract

The possibility to declare a contract ineffective was introduced into the field of public procurement through Directive 2007/66/EC.¹ The Court of Justice had called illegal direct award of contracts the most serious breach of Community law in the field of public procurement.² Ineffectiveness as a remedy was considered to be an efficient tool against such infringements. As a result, the parties to a contract emanating from a process not in accordance with the public procurement regulation can no longer be sure that their contract will remain in effect.

The aforementioned directive leaves to each EU member state to decide if the ineffectiveness of a contract implies the cancellation of only the remaining contractual obligations or whether it includes those already performed. If the former approach is chosen, other penalties should be imposed onto the contracting authority, which correlate to the performed contractual obligations. In any case, terminating a contract that has been declared ineffective shortly after it has been signed should in the majority of instances be a fairly simple process. Declaring a contract ineffective at a later stage, however, where the parties have fulfilled some or all of their commitments according to the contract, raises some interesting issues. This paper aims to investigate the meaning of contractual ineffectiveness, in particular when occurring at a later stage, in Swedish public procurement law.

A traditional legal method based on the established sources of law, namely law, doctrine and case law, has been applied in working on this paper. As Swedish public procurement law is heavily based on EU law, an appropriate EU law method was applied in working with the sources of EU law along with international doctrine in finding the proper aims and purposes of the public procurement directives.

The paper especially addresses the complications residing in the connotation of *the contract* which is to be declared ineffective. Keeping in mind the aims and purposes of EU public procurement law, *the contract* which is to be declared ineffective may need to be considered as consisting of different parts of the contractual relation at hand, depending on the nature of the modification that has been deemed to result in an illegal direct award.

¹ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts.

² Judgement of 11 January 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, paragraph 37.

Innehållsförteckning

1	Inledning	6
1.1	Ämne och problemformulering	6
1.2	Syfte och frågeställningar	7
1.3	Avgränsningar	7
1.4	Metod och material	8
1.5	Terminologi	14
1.6	Disposition.....	15
2	Rättslig bakgrund	15
2.1	Införandet av ogiltighet i upphandlingsrätten.....	15
2.2	Behovet av effektiva rättsmedel i upphandlingsrätten.....	16
3	Innebörden av ogiltighet	17
3.1	Ogiltighetens plats i upphandlingsrätten	17
3.2	Ogiltighet på grund av otillåten ändring.....	19
3.3	Ogiltighetens funktion i ett avtalsförhållande	21
4	Ogiltighetsprocessen i upphandlingsrätten	24
4.1	Ogiltighetens inträdande.....	24
4.2	Betydelsen av god tro	25
4.3	Tvingande hänsyn till ett allmänintresse	26
4.4	Talerätt.....	27
4.5	Överprövandefrist.....	28
4.6	Processram och domstolens prövning ex officio.....	31
5	Ogiltighetens räckvidd i ett upphandlat avtal	33
5.1	Tidsmässig räckvidd	33
5.2	Materiell räckvidd.....	35
6	Konsekvenser av ogiltighet.....	38
6.1	Återgång av avtalade prestationer	38

6.2	Återställande i praktiken.....	41
6.3	Upphandlingsskadeavgift	42
6.4	Skadestånd	43
7	Sammanfattande analys och slutsatser.....	47
7.1	Betydelsen och behovet av ogiltighet i upphandlingsrätten	47
7.2	Ogiltighetens genomslag i upphandlade avtal	48
7.3	Ogiltighetens konsekvenser för avtalet.....	50
7.4	Andra konsekvenser till följd av ogiltighet på grund av otillåtna ändringar	50
7.5	Sammanfattning.....	51
	Källförteckning.....	53

Förkortningar

AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BNP	Bruttonationalprodukt
Ds	Departementsserien
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
FB	Föräldrabalken (1949:381)
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JB	Jordabalken (1970:994)
JT	Juridisk tidskrift
KKL	Konsumentköplagen (1990:932)
KöpL	Köplagen (1990:931)
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition till Sveriges riksdag
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LOV	Lagen (2008:962) om valfrihetssystem
LUF	Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
ÄLOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Ämne och problemformulering

Upphandlingsreglerna är en förfarandelagstiftning som syftar till att upphandlingsproceduren ska gå till på ett sätt som är rättvist för alla intresserade leverantörer på marknaden.³ Det svenska regelverket om offentlig upphandling bygger nämligen på ett antal EU-direktiv där den starkaste målsättningen är att främja den så kallade inre marknaden inom unionen.⁴

Sedan möjligheten att ogiltigförklara upphandlade avtal infördes genom ändringsdirektivet är möjligheterna för leverantörer, som anser sig ha förfördelats i förhållande till den leverantör som har tilldelats ett avtal, inte längre begränsade till att kunna angripa upphandlingsproceduren som sådan. Parterna till avtalet kan därmed inte längre vara helt trygga med att deras avtal kommer att bestå om avtalstecknandet har föregåtts av bristande efterlevnad av upphandlingsreglerna. Rättsmedlen har inte bara utsträckts till att omfatta den omedelbara perioden efter avtalstecknandet utan de är tillgängliga under hela avtalsperioden, varje gång parterna förfogar över avtalet på ett sätt som förfördelar potentiella konkurrenter till den leverantör som är part till avtalet.

Ogiltighet i upphandlingsreglerna väcker intressanta frågor rörande förhållandet mellan det upphandlingsrättsliga syftet och dess civilrättsliga följder. Ogiltighet som inträder tätt inpå avtalstecknandet i samband med upphandlingsproceduren medför förmodligen inga större komplikationer. Det tecknade avtalet upphör att gälla och om den upphandlande myndigheten fortfarande vill genomföra affären i fråga så får en ny upphandlingsprocedur genomföras, eller den tidigare proceduren korrigeras.

Det här arbetet är en utredning i vad ogiltighet innebär då den inträder i ett senare skede, när parterna har börjat efterleva det upphandlade avtalet och genomföra sina respektive prestationer. I de fallen är det inte givet hur ogiltighet ska drabba avtalet och vad som händer med de delar parterna redan har fullgjort. För att få en samlad bild av konsekvenserna och genomslaget av ogiltighet som rättsmedel ska även andra följder, i form av sanktionsavgifter och möjligheter till skadestånd, behandlas på ett strukturellt plan. För att nå en djupare och mer

³ Se bland annat Bernitz & Kjellgren, s. 444.

⁴ Se bland annat Bernitz & Kjellgren, s. 445 och Bergman m.fl., s. 41.

nyanserad förståelse av upphandlingsrättslig ogiltighet görs löpande jämförelser med ogiltighet i allmänhet inom civilrätten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med den här uppsatsen är att utreda hur ogiltighetsinstitutet är konstruerat inom den svenska upphandlingsrätten, med särskilt fokus på ogiltighet på grund av avtalsändringar utan stöd i LOU:s ändringsregler. Utredningen görs i ljuset av ogiltighet i allmänhet inom civilrätten.

För att kunna uppnå det beskrivna syftet behöver följande frågeställningar utredas:

- Vad betyder ogiltighet i upphandlingsrätten?
- Vad innebär ogiltigheten för ett avtal som har ändrats på ett otillåtet sätt?
- Vad blir konsekvenserna för utförda prestationer vid ogiltighet och blir det några andra följder av att förutsättningar för ogiltighet föreligger?

1.3 Avgränsningar

På grund av att utrymmet i arbetet är begränsat och för att få en följsam och strukturerad utredning så har vissa avgränsningar gjorts. Till att börja med har inte LOV, LUF, LUFSS eller LUK beaktats. De liknar till stora delar LOU och endast en bråkdel av förekommande doktrin och praxis tar särskilt sikte på dessa lagar vilket gör det svårare att göra en väl underbyggd akademisk utredning. Inte heller reglerna om upphandling under de så kallade tröskelvärdena har beaktats. Där anses inte EU-rätten behöva tillämpas vilket gör att en intressant dimension i ämnet uteblir.

I samband med återgång av prestationer kommer inte exempelvis surrogat, avkastning och ränta att utredas, utan obligationsrättsliga frågor kommer endast att utredas på en nivå som krävs för att ge den förståelse som syftesformuleringen i avsnitt 1.2 beskriver beträffande upphandlingsrättslig ogiltighet.

1.4 Metod och material

Den svårfångade rättsdogmatiken

Den rättsdogmatiska metoden har beskrivits som traditionell juridisk metod och är flitigt tillämpad i svensk rättsvetenskap.⁵ I många av de alster där metoden tillämpas så brukar det även förklaras att den inte är enhälligt definierad. För att kunna beskriva och motivera metodvalet i föreliggande uppsats ska en kortare utredning av innebörden av den rättsdogmatiska metoden göras.

Den rättsdogmatiska metoden beskrivs alltså på varierande sätt. Kärnan i metoden är att utifrån de vedertagna rättskällorna försöka fastställa gällande rätt i syfte att lösa juridiska frågeställningar.⁶ Vad som skiljer olika rättsvetares beskrivningar av metoden är i vilken utsträckning den tillåter vidare arbete med och djupare analys av resultatet samt vilken frihet en rättsvetare har vad gäller val av källmaterial.

Jareborg beskriver att rättsdogmatik handlar om en rekonstruktion av ett rättssystem.⁷ Rekonstruktion, förklarar han, innebär att "[bygga] om' en verklighetsbild".⁸ Han tycks mena att med hjälp av vedertagen kunskap och begreppsbildning söka systematisera och strukturera kunskap man skaffar sig om undersökningsobjektet för att därefter presentera det i ett sammanhängande system.⁹

Enligt *Sandgren* innebär metoden en bundenhet till rättskällorna; även om vissa andra argument kan vara relevanta så har de inget rättskällevärde.¹⁰ Därför anser han rättsdogmatiken

⁵ Se Sundstrand, *Primärrättens reglering*, s. 24 respektive Sandgren, *Rättsdogmatiken*, s. 649. Jfr Hellner, s. 22 f.

⁶ Jfr Kleineman, s. 26, som beskriver att rättsdogmatik handlar om att "analysera de olika elementen i rättskällevärdet så att slutresultatet får antas spegla innehållet i gällande rätt [eller] hur rättsregeln skall uppfattas i ett visst konkret sammanhang".

⁷ Jareborg, s. 4.

⁸ Jareborg, s. 2. Även s. 9 där han förklarar att "[r]ättsdogmatikens verklighet är själva rättssystemet som normativt system, inte det som systemet resulterar i ifråga om mänskligt handlande när dess regler tillämpas av myndigheter och enskilda".

⁹ Jfr Jareborg, s. 1 där han återger en definition som Albert Einstein gav rörande vetenskaplig verksamhet. Även s. 5 där han beskriver rättsdogmatikens roll i förhållande till lagstiftare och domare, nämligen att "[konstruera] ett normativt system som ger mening åt lagarna och domarna". Se även Sandgren, *Rättsvetenskap*, s. 43 som bekräftar att systematiseringen är en del av rättsdogmatiken.

¹⁰ Sandgren, *Rättsvetenskap*, s. 44. Även s. 45 där han förklarar att dogmatik innebär ett närmast okritiskt förtroende för vissa lärosatser som evigt sanna. Även Sandgren, *Rättsdogmatiken*, s. 648 f där han kopplar dogmatik till teologi, där en källa kan uppfattas som ofelbar och därmed förmögen att meddela sanningar som inte behöver ifrågasättas.

vara lämplig för utövande jurister som vill fastställa och tillämpa gällande rätt.¹¹ För att på ett rättsvetenskapligt sätt kunna analysera och kritiskt granska rätten och innehållet i de vedertagna rättskällorna så föreslår han istället att en rättsanalytisk metod tillämpas.¹² Metoden, menar han, inrymmer att fastställa gällande rätt på samma sätt som i rättsdogmatiken men dessutom tillåter den fritt användande av alla möjliga andra typer av källor i en vidare analys.¹³ Urval, tolkning och sammanvägning av källmaterialet får här styras av värderingar och studien kan präglas av exempelvis feministiskt, rättvise- eller effektivitetsperspektiv, menar Sandgren.¹⁴

Jareborg argumenterar istället att ingenting hindrar att i en rättsdogmatisk argumentation vidga sitt perspektiv utanför gällande rätt, eftersom vetenskaplig verksamhet alltid går ut på att hitta nya svar och bättre lösningar.¹⁵

Lavin uppfattar, likt Sandgren, att rättsdogmatiken kretsar kring tolkning och systematisering av gällande rätt och uttrycker att han inte känner igen sitt rättsvetenskapliga arbete i den beskrivningen.¹⁶ Han beskriver därefter utförligt sitt eget arbetssätt och förklarar bland annat att han känner sig fri att använda vilket material han vill, men att han låter sig vägledas av ambitionen att finna nya kunskaper, av hög tillförlitlighet, inom ett rättsområde.¹⁷

Peczenik svarar att den metod som Lavin beskriver sig använda är precis vad han uppfattar är rättsdogmatik.¹⁸ Till skillnad mot Sandgren, som verkar tycka att rättsdogmatik ligger närmare den praktiskt verksamme juristens än rättsvetenskapsmannens verksamhet, beskriver Peczenik rättsdogmatik som forskarens metod och inte praktikerns.¹⁹ Han menar att även om rättsdogmatiken omfattar en metod som till viss del liknar den som praktikern använder så har rättsdogmatiken anspråk på att vara mer rationell och att mynna ut i resultat av en mer generell räckvidd.²⁰

¹¹ Sandgren, *Rättsvetenskap*, s. 43.

¹² Sandgren, *Rättsvetenskap*, s. 45 f.

¹³ Sandgren, *Rättsvetenskap*, s. 46 f.

¹⁴ Sandgren, *Framtidens doktorsavhandlingar*, s. 404.

¹⁵ Jareborg, s. 4. Se även Hellner, s. 23 f som anser det ”olämpligt att dra snäva gränser för vad som är rättsvetenskap” och även om begreppet rättsdogmatik inte är tillfredsställande så är det så vedertaget att det saknas skäl att försöka byta ut det.

¹⁶ Lavin, s. 128 f.

¹⁷ Lavin, s. 119.

¹⁸ Peczenik, s. 41.

¹⁹ Peczenik, s. 42.

²⁰ Peczenik, s. 42. Han bygger argumentationen till viss del på Lavins egen jämförelse av praktikerns och forskarens juridiska arbete, Lavin, s. 118.

Finns det en EU-rättslig metod?

Med en så stark anknytning till våra rättskällor och hur vi värderar dessa så bör även kunna sägas att rättsdogmatiken präglas av svensk rätt och rättskultur. Skulle vi angripa en fråga under ett annat lands rättsordning och försöka lösa den med det vi kallar rättsdogmatik så skulle lösningen kanske inte återspegla vad en jurist specialiserad i vederbörande rättsordning hade kommit fram till. Med samma resonemang torde även juridisk verksamhet under EU-rätten fordra en metod som skiljer sig mot vad svenska jurister uppfattar som rättsdogmatik.²¹

EU-rätten är ett rättssystem i två skikt, en nationell rättsordning för varje medlemsstat och en gemensam EU-rättsordning.²² EU-rättsordningen gör anspråk på företräde i förhållande till de nationella rättsordningarna och medlemsstaterna är skyldiga att lojalt sträva efter EU-rättens effektiva genomslag i hela unionen.²³ Å andra sidan begränsas EU-rätten av att unionen bara ska utöva verksamhet på de områden den har tilldelats befogenhet av medlemsstaterna.²⁴ Åtgärder ska dessutom vidtas på en nivå så nära medborgarna som möjligt och när åtgärder vidtas på unionsnivå så ska de inte vara mer betungande eller långtgående än nödvändigt i förhållande till syftet med åtgärderna.²⁵

Mot den bakgrunden är det lätt att förstå att EU-rättsordningen har många särdrag i förhållande till svensk rätt. Utöver exempelvis fördrag och förordningar som fungerar likt klassisk lagstiftning så arbetar unionen i stor utsträckning med exempelvis direktiv, vilka ger medlemsstaterna utrymme att genomföra EU-rätten i sina egna rättsordningar på ett sätt som passar de nationella juridiska traditionerna.²⁶ Ändamålstolkningar och allmänna rättsprinciper ges även en framträdande roll i EU-rätten och dess juridiska metod.²⁷ Det kan ställas i kontrast till den lagpositivism som traditionellt sett präglar svensk juridisk metod.²⁸ EU-rätten karaktäriseras även av ett rättighetstänk där enskilda och företag tillerkänns subjektiva rättigheter såsom rätt

²¹ Jfr Bernitz, s. 479 om kulturskillnader i svensk rätt och EU-rätt.

²² Se Reichel, s. 109 f och 111.

²³ Se Hettne & Otken Eriksson, s. 173 och 175 angående företräde. Se även Bernitz & Kjellgren, s. 48 f och Hettne & Otken Eriksson, s. 83 angående lojalitetsprincipen. Principen om lojalt samarbete, som den även kallas, framgår av artikel 4.3 fördraget om Europeiska unionen.

²⁴ Se Bernitz & Kjellgren, s. 39 f och 43 respektive Hettne & Otken Eriksson, s. 77 f. Av artikel 5.1 och 5.2 fördraget om Europeiska unionen framgår att principen om tilldelade befogenheter innebär att unionen endast får handla inom de befogenheter den har tilldelats av medlemsstaterna och alla befogenheter som inte har tilldelats unionen ligger kvar hos medlemsstaterna.

²⁵ Se Bernitz & Kjellgren, s. 43-47 och Hettne & Otken Eriksson, s. 80 ff om subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Subsidiaritetsprincipen följer av artikel 5.3 fördraget om Europeiska unionen och proportionalitetsprincipen av artikel 5.4.

²⁶ Se Bernitz & Kjellgren, s. 58.

²⁷ Se Bernitz & Kjellgren, s. 197 f och Hettne & Otken Eriksson, s. 168 f.

²⁸ Se Bernitz & Kjellgren, s. 211.

att etablera näringsverksamhet i andra medlemsstater eller att utöva tjänster på den inre marknaden.²⁹ Det är tydligt att en EU-rättslig metod krävs för att hjälpa jurister att arbeta med EU-rätten och dess förhållande till den nationella rättsordningen.³⁰

I takt med att EU-rätten successivt blir en mer etablerad del av medlemsstaternas rättsordningar kan det argumenteras att rättsdogmatiken skulle bli en allt mindre användbar metod om den inte i samma takt inkorporerade den EU-rättsliga metoden. Å andra sidan kan rättsdogmatiken och EU-metoden ses som två separata metoder som måste tillämpas parallellt och gemensamt, som kanske överlappar varandra, beroende på vilket genomslag EU-rätten har i det rättsområde som är för handen.

Metodval för denna uppsats

Offentlig upphandling, eller upphandlingsrätten, brukar inordnas under offentlig rätt. I upphandlingsrätten råder en stor närvaro av EU-rätt genom att den är harmoniserad genom flertalet EU-direktiv och det finns en omfattande praxis från EU-domstolarna på området.³¹

Med ett uppsatssyfte som huvudsakligen avser systematisering och granskning av gällande rätt framstår rättsdogmatisk metod som särskilt lämplig i den utsträckning svensk nationell rätt ska undersökas. En så kallad rättsanalytisk metod synes bygga på rättsdogmatik men vilja belysa en skillnad gentemot rent tillämpande juridik. Det får anses finnas tillräckligt stöd bland rättsvetare för att inom rättsdogmatiken vidga källmaterialet bortom vedertagna rättskällor och dessutom genomföra djupare analyser. Givetvis måste rättskällevärdet av varje källa kritiskt utvärderas och kvaliteten av analysen måste bygga på argumentationens styrka och nämnda källutvärderingar.³²

I den mån ämnets natur så kräver, förefaller det rimligt att en särskild EU-metod behöver tillämpas för att framgångsrikt finna kunskap i de EU-rättsliga källorna. Huruvida en sådan metod kan anses vara en del av rättsdogmatiken eller måste utgöra en separat metod framstår som mindre intressant att utreda vidare i den här framställningen. Rättsdogmatik och EU-

²⁹ Se Bernitz, s. 480.

³⁰ Se Hettne & Otken Eriksson, s. 34 om att tolkning och tillämpning av EU-rätten decentraliseras och jurister behöver lära sig EU-metod för att göra rätt. Se även Jonsson, s. 6 om domstolars och myndigheters uppgift att tillämpa både gemenskapsrätt (unionsrätt) och nationell rätt i ett ”intrikat samspel”.

³¹ Se Bernitz & Kjellgren, s. 445 om att upphandlingsdirektiven i huvudsak innebär fullharmonisering.

³² Jfr Sandgren, *Rättsdogmatiken*, s. 654 om att auktoriteten i rättsvetenskapliga arbeten delvis bygger på ”argumentationens kvalitet och förmåga att övertyga”. Han argumenterar även att detsamma gäller alla rättskällor, även författningar och högstinstansdomar.

metod kommer att tillämpas sömlöst och parallellt. Arbetet kommer till övervägande del att genomföras med rättsdogmatiska ögon, då det är strukturer och systematik i nationell rätt som är i fokus, men EU-rätten och dess syften behöver ständigt närvara som tolkningsbakgrund.

Andra metoder hade kunnat tillämpas, men de hade sannolikt krävt en justering av uppsatsämnet. Med en rättsekonomisk metod hade de ekonomiska konsekvenserna av ogiltigförklaring av upphandlade avtal kunnat utredas djupare. Det svenska genomförandet av ogiltighetsinstitutet hade kunnat jämföras med exempelvis den spanska lösningen med stöd av en komparativ metod. Med aktuell syftesformulering bör ändå de valda metoderna vara mest ändamålsenliga.

Källmaterial i förhållande till ämnet

Uppsatsens fokus ligger på svensk rätt, men upphandlingsrättens natur kräver att även EU-rätten beaktas. De aktuella frågeställningarna innebär även att delar av den svenska civilrätten, särskilt förmögenhetsrätten, kommer att utgöra en del av utredningen; ett rättsområde där delar präglas av en lång nationell tradition.

Först och främst finns det numera relativt gedigen och detaljerad reglering på det upphandlingsrättsliga området; både i form av svensk lag och bakomliggande EU-direktiv. När dessa inte ger fullständiga svar uppkommer frågan om betydelsen av förarbeten. I svensk rätt anses förarbeten, som ofta är omfattande och detaljerade, ha ett förhållandevis stort rättskällevärde.³³ Värdet ligger i att de beskriver hur lagstiftningen är avsedd att tolkas och tillämpas, men de är inte bindande.³⁴ I allmänhet torde rättskällevärdet av förarbeten sjunka i takt med att de blir äldre och i allt mindre utsträckning representerar den senaste rättsutvecklingen och förhållandena i samhället.³⁵ Beroende på vilken riktning rättsutvecklingen tar och vilken styrka argumentationen i förarbetena har bör i vissa fall även äldre förarbeten erhålla ett högt rättskällevärde. Inom EU-rätten ges inte förarbeten något juridiskt värde, men istället har skälen i ingresser till EU:s rättsakter en roll som närmast kan liknas vid de svenska förarbetenas.³⁶

³³ Se Bernitz & Kjellgren, s. 199 och 212 och Bernitz m.fl., s. 31. Se även Ramberg m.fl., s. 47 f om att det ändå kan finnas anledning att ifrågasätta förarbetenas rättskällevärde, exempelvis när det varit stor oenighet i riksdagen.

³⁴ Se Bernitz m.fl., s. 31 och 110 samt Ramberg m.fl., s. 47 f.

³⁵ Se Bernitz m.fl., s. 31 och 110 samt Ramberg m.fl., s. 51 f.

³⁶ Se Bernitz & Kjellgren, s. 198 f och 212.

Trots att LOU till stor del är ett genomförande av EU:s direktiv så finns det omfattande förarbeten framtagna i samband med lagstiftningens tillkomst. Det är viktigt att känna till att de förarbetsuttalanden som avser genomförandet och utgör tolkning av EU-rätten inte har ett starkare rättskällevärde än riktigheten i tolkningen.³⁷

När det kommer till praxis så finns en del prejudicerande domar i både svensk och EU-rätt rörande angränsande frågor på upphandlingsrättens område, men ingenting rörande just de här aktuella frågorna om ogiltighet. Eftersom domstolarna ofta förklarar vilka överväganden som ligger till grund för deras avgöranden så kan domar i andra frågor ändå komma att tjäna till vägledning i arbetet med denna uppsats.³⁸ I svensk rätt finns även en mängd underrättspraxis som kan exemplifiera hur det ser ut i praktiken men får värderas efter domskälens kvalitet samt antalet likriktade domar.³⁹

Det finns en relativt stor mängd doktrin på upphandlingsrättens område och den ökar stadigt. Otillåtna ändringar behandlas i både böcker och artiklar, men utredningar i upphandlingsrättslig ogiltighet är desto färre. *Asplund m.fl.* gav år 2012 ut sin bok om rättsmedel i upphandlingsrätten, vilken är särskilt värdefull för denna utredning. Vidare finns några enstaka, svenska och internationella, artiklar som analyserar ogiltighetens funktion i upphandlingsrätten.⁴⁰

Eftersom utredningen till stor del kommer att vila på en jämförelse med ogiltighet i den svenska civilrätten så kommer även den stora floran av rättskällor och särskilt doktrin på förmögenhetsrättens område till nytta. *Ingvarssons* högst relevanta framställning om ogiltighet utreder systematiken i ogiltigheten och dess rättsverkningar. Här ska påpekas att civilrättslig doktrin inte nödvändigtvis har skrivits med beaktande av offentligt upphandlade avtal.

³⁷ Se Bernitz m.fl., s. 112. Se vidare Bernitz & Kjellgren, s. 212 f.

³⁸ Jfr Bernitz m.fl., s. 145 f.

³⁹ Se Ramberg m.fl., s. 37 om att en av anledningarna till att deras domar inte är prejudicerande är att de till skillnad mot högsta instanserna har som huvudsakliga uppgift att avgöra enskilda fall, snarare än att behöva beakta konsekvenserna i andra liknande fall.

⁴⁰ Se bland andra Pedersen, *Ogiltighet*, Simovart, *Ineffectiveness* och Struckmann & Hodal.

1.5 Terminologi

Brukandet av ett antal begrepp, i denne framställning, ska klargöras för att undvika missförstånd.

Med *upphandlande myndighet* avses varje sådan verksamhet som träffas av LOU:s respektive LOU-direktivets tillämpningsområde och som definieras i 1 kap. 22 § LOU respektive artikel 2.1.1 i LOU-direktivet. Begreppet *leverantör* används till att omfatta leverantörer i LOU:s mening, enligt definition i 1 kap. 16 § LOU, och ekonomiska aktörer i LOU-direktivets mening, definierad i artikel 2.1.10 i LOU-direktivet.⁴¹ Enligt skäl 14 i LOU-direktivet ska begreppet ekonomisk aktör ges en vid tolkning och detsamma ska gälla begreppet leverantör i LOU.⁴² Här ska uppmärksammas att alla de aktörer på en marknad som skulle kunna vara intresserade av att lämna anbud i en given upphandling ska anses vara leverantörer i det här sammanhanget.

I 1 kap. 14 § LOU är begreppet kontrakt särskilt definierat. I civilrätten är det i allmänhet inte någon betydelseskillnad mellan begreppen avtal och kontrakt.⁴³ I civilrätten förekommer även begreppet rättshandling som tar sikte på viljeförklaringar ”vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande”.⁴⁴ I den här framställningen används för tydlighets skull begreppet *avtal* genomgående med avsikten att kontrakt i upphandlingsrättens mening ska omfattas. En del av det som sägs är tillämpligt även på rättshandlingar.

I avsnitt 3.2 behandlas frågan huruvida upphandlingsreglerna förbjuder avtalsändringar eller ej. Oavsett vilket så kommer en ändring som går utöver vad som enligt LOU:s regler får göras utan att en ny upphandling genomförs att benämnas *otillåten ändring*. Uttrycket får anses tillräckligt tydligt och är mer praktiskt i den löpande framställningen än en utförlig förklaring av vad som avses.

Ogiltighet av det slag som avses i upphandlingsreglerna kommer att benämnas *upphandlingsrättslig ogiltighet*. Alla de övriga slag av ogiltighet som förekommer i olika civilrättsliga sam-

⁴¹ Se prop. 2015/16:195, s. 941 om att begreppet leverantör i LOU är avsett att motsvara ekonomisk aktör i LOU-direktivet.

⁴² Se prop. 2015/16:195, s. 941.

⁴³ Se Adlercreutz & Mulder, s. 13.

⁴⁴ Se Förslag till AvtL, s. 116.

manhang kommer att gemensamt benämnas *civilrättslig ogiltighet*. Avsikten är att smidigt kunna diskutera särdrag och likheter hos det förra i förhållande till det senare.

1.6 Disposition

Dispositionen är tänkt att på ett pedagogiskt och strukturerat sätt utreda uppsatsämnet och skapa en helhetsbild av upphandlingsrättslig ogiltighet. Analys av vad som kommer fram i utredningen sker löpande genom hela framställningen.

Uppsatsen inleds med en rättslig bakgrund till ogiltighet i upphandlingsrätten i kapitel 2 och därefter korresponderar den övergripande dispositionen mot delfrågorna under avsnitt 1.2. De grundläggande frågorna om vad ogiltighet är, vad det är i upphandlingsrätten och på vilket sätt avtalsändringar kan resultera i ogiltighet utreds i kapitel 3. Detta görs genom att klarlägga när det kan bli aktuellt att ogiltigförklara ett upphandlat avtal, varför ogiltighet har ansetts behövas i upphandlingsrätten och ogiltighetens grundläggande funktion i förmögenhetsrätten.

Kapitel 4 behandlar olika aspekter rörande hur det går till när ett avtal förklaras ogiltigt; både frågor rörande vad domstolen ska beakta samt hur och av vem en process inleds hos domstolen. I kapitel 5 utreds hur stor del av ett avtalsförhållande som drabbas av ogiltighet när ett avtal ogiltigförklaras. Därefter behandlas de olika följderna av avtalets ogiltighet; hur avtalets återställande går till och vilka andra följder som kan bli aktuella i samband med att förutsättningar att ogiltigförklara avtal föreligger, i form av skadestånd och sanktionsavgifter. Till sist, i kapitel 7, görs en sammanfattande analys av resultatet av utredningen i sin helhet.

2 Rättslig bakgrund

2.1 Införandet av ogiltighet i upphandlingsrätten

Möjligheten att ogiltigförklara avtal infördes i upphandlingsrätten genom ändringsdirektivet från år 2007 vilket genomfördes i svensk rätt år 2010. Några år tidigare hade HFD slagit fast att tecknat avtal inte hindrade att den föregående upphandlingen överprövades.⁴⁵ Utan möjligheten att ogiltigförklara avtalet gav domstolens underkännande av upphandlingsförfarandet liten effekt eftersom det civilrättsliga avtalet bestod.⁴⁶ Ambitionen med ändringsdirektivet var att säkerställa möjligheterna till effektiv ”prövning [av] om [leverantörers] intressen åsidosatts

⁴⁵ RÅ 2005 ref. 10 (Ryanair).

⁴⁶ Se Pedersen, *Ogiltighet*, s. 812.

i ett upphandlingsförfarande” för att på så vis ytterligare uppmuntra företag inom unionen att lämna anbud i andra medlemsstater.⁴⁷

Kommissionen hade särskilt identifierat två tillkortakommanden i föreliggande rättsmedelsreglering, nämligen otillåtna direktupphandlingar och vad man kallade *race to signature*.⁴⁸ Otillåten direktupphandling hade tidigare pekats ut av EU-domstolen som den allvarligaste sortens överträdelse som en upphandlande myndighet kan ägna sig åt inom upphandlingsrätten.⁴⁹ Allvaret i otillåten direktupphandling bekräftades i ingressen till ändringsdirektivet och därefter i förarbetena till det svenska genomförandet av detsamma.⁵⁰ Med *race to signature* avsågs incitamentet att skriva avtal snarast möjligt i syfte att stänga möjligheterna till överprövning av upphandlingen i fråga. Ändringsdirektivet adresserade båda de här utmaningarna genom införandet av möjligheten att överpröva civilrättsligt bindande avtals giltighet.⁵¹

2.2 Behovet av effektiva rättsmedel i upphandlingsrätten

Offentlig upphandling inom EU omsätter stora summor. EU-kommissionen bedömde i samband med förslaget till 2014 års upphandlingsdirektiv att offentliga myndigheter inom Europa spenderar omkring 18 procent av BNP på anskaffning av varor, tjänster och entreprenader.⁵² De volymerna, menade kommissionen, gör att offentlig upphandling spelar en viktig roll i unionens ekonomiska effektivitet och den utgör ett kraftfullt verktyg i arbetet för en inre marknad.⁵³

Offentliga affärer drivs inte av samma incitament som privata. *Bergman m.fl.* menar att ”[o]ffentliga myndigheter har till uppgift att företräda medborgarna, att ombesörja tillgången till allmännyttig service och att fullgöra andra offentliga uppgifter som de enligt lag är ålagda

⁴⁷ Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling, KOM(2006) 195 slutlig, s. 2.

⁴⁸ Se Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, avsnitt 4.1 respektive 4.2.

⁴⁹ Dom av den 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 37.

⁵⁰ Skäl 13 i ändringsdirektivet respektive prop. 2009/10:180, s. 187 f.

⁵¹ Se Sundstrand, *Primärrättens reglering*, s. 72 f.

⁵² Se kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, s. 3. Se även Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Stockholm, 2017 (Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5, Konkurrensverket rapport 2017:11), s. 28 där värdet av upphandlingspliktiga inköp i Sverige år 2015 bedömdes till 642 miljarder kronor, vilket motsvarade drygt 17 procent av BNP. Se även Bernitz & Kjellgren, s. 444, som ringar in värdet till 15-20 procent av BNP.

⁵³ Se Bernitz & Kjellgren, s. 445 som är av samma åsikt.

att sköta”.⁵⁴ Deras fokus ligger därmed inte på att vinstmaximera och de har sällan någon konkurrens att bemöta. Effekten blir, enligt *Bergman m.fl.*, att myndigheter inte har samma incitament som privata företag att hålla sina kostnader nere eller att investera i innovationer.⁵⁵

Allmänt verkar även nationella myndigheter traditionellt sett ofta ha stöttat inhemska, lokala företag genom sin offentliga upphandling eller använt upphandlingen för att främja politiska mål.⁵⁶ För en enskild kommun kan det förefalla ekonomiskt rationellt att i första hand köpa från en lokal leverantör även om denne inte är mest effektiv på marknaden, eftersom detta skapar lokala arbetstillfällen och därmed genererar skatteintäkter tillbaka till kommunen.⁵⁷ Däremot bör det för kollektivet av kommuner vara mer ekonomiskt rationellt om alla företag behandlas lika i varje kommun.⁵⁸ Med andra ord, om ingen kommun ger lokala företag fördelar så kan de också vara säkra på att deras företag kommer att ha en rättvis chans att konkurrera i övriga kommuner. Samma logik utgör utgångspunkten i EU:s vision om en inre marknad.

Det är alltså av stort intresse för EU att upphandlingsreglerna efterlevs, vilket kräver effektiva rättsmedel. Även om upphandlingsreglerna kan uppfattas finnas till för att tvinga upphandlande myndigheter att göra goda affärer med offentliga medel, så är det primära syftet snarare att skydda marknadens aktörer och främja rättvis konkurrens.⁵⁹

3 Innebörden av ogiltighet

3.1 Ogiltighetens plats i upphandlingsrätten

I ingressen till direktivet konstateras att det effektivaste sättet att skapa nya affärsmöjligheter för de leverantörer som på olaglig väg har berövats sina konkurrensmöjligheter är just ogiltighet.⁶⁰ Det logiska resonemanget är alltså att om avtalet som har slutits genom otillåten direktupphandling ogiltigförklaras så måste ett ersättande avtal upphandlas på nytt. På så vis får alla leverantörer som kan vara intresserade av avtalet i fråga en ny rättvis chans att vinna det, i en upphandling enligt förfarandereglerne.⁶¹ Troligen ger rättsmedlet incitament för leverantörer

⁵⁴ *Bergman m.fl.*, s. 29.

⁵⁵ *Bergman m.fl.*, s. 29.

⁵⁶ Se *Wilman*, s. 64 och *Bernitz & Kjellgren*, s. 444.

⁵⁷ Se *Bergman m.fl.*, s. 39.

⁵⁸ Se *Bergman m.fl.*, s. 39.

⁵⁹ Se *Sundstrand, Primärrättens reglering*, s. 60 f, *Bernitz och Kjellgren*, s. 444 och *Wilman*, s. 66 f.

⁶⁰ Skäl 14 i ändringsdirektivet.

⁶¹ Se *Wilman*, s. 86.

på marknaden att uppmärksamma och angripa otillåtna direktupphandlingar vilket i sin tur kanske avskräcker upphandlande myndigheter från att ta otillåtna genvägar i sina upphandlingar.⁶²

De fall då ett upphandlat avtal kan ogiltigförklaras finns beskrivna i 20 kap. 13 § LOU som grundar sig på ändringsdirektivets artikel 2d. Situationerna är följande:

- avtal har tecknats utan föregående offentliggörande på ett sätt som konstituerar en otillåten direktupphandling (20 kap. 13 § första stycket första punkten).
- avtal har tecknats efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal eller enligt ett dynamiskt inköpssystem och det har skett i strid med villkor i ramavtalet eller tillämpliga bestämmelser i LOU (20 kap. 13 § första stycket andra och tredje punkterna), eller
- avtal har tecknats i strid med ett interimistiskt beslut, en avtalsspärr, en s.k. tiodagarsfrist eller det har tecknats före offentliggörande av tilldelningsbeslut har gjorts (20 kap. 13 § andra stycket),

För att ett avtal ska kunna ogiltigförklaras med stöd av någon av de sista två punkterna ovan krävs att den upphandlande myndighetens felaktiga handlande har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Dessutom krävs, vid avtal tecknade enligt den tredje punkten ovan, att någon av principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts.

Otillåten direktupphandling föreligger om ett avtal har tilldelats en leverantör utan föregående offentliggörande, i strid med bestämmelserna om annonsering i upphandlingsreglerna.⁶³ En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada av otillåten direktupphandling kan enligt 20 kap. 4 § LOU begära överprövning av avtalets giltighet och domstolen kan sedermera med stöd av 20 kap. 13 § första stycket första punkten LOU ogiltigförklara avtalet. Till skillnad mot de två andra punkterna i stycket så innehåller bestämmelsen i första punkten inget skaderekvisit. Det krävs alltså inte att den klagande leverantören visar att denne har lidit eller kunnat komma att lida skada genom den upphandlande myndighetens agerande. Prakt-

⁶² Jfr Wilman, s. 86.

⁶³ Se Prop. 2009/10:180, s. 188 och Falk, s. 504 f.

iskt sett innebär det att domstolen inte ska pröva huruvida leverantören i fråga hade kunnat vinna en korrekt genomförd upphandling.⁶⁴

Pedersen anför att det ligger nära till hands att dra slutsatsen att lagstiftaren helt enkelt presumerar att skada alltid föreligger vid otillåten direktupphandling, antingen för en enskild leverantör eller för marknaden i ett större perspektiv.⁶⁵ Detta mot bakgrund av EU-domstolens uttalande om att otillåten direktupphandling utgör den mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagstiftningen.

3.2 Ogiltighet på grund av otillåten ändring

EU-domstolens dom *Pressetext Nachrichtenagentur* har varit viktig för utvecklingen av rättsläget rörande ändringar i offentligt upphandlade avtal.⁶⁶ Domstolen slog fast att när ett upphandlat avtal ändras, under sin löptid, på ett sådant sätt att ”de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga [avtalet] och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i [avtalet]” så ska ändringen anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av avtal.⁶⁷

Vidare förklarade domstolen att betydande ändringar ska anses föreligga i tre fall. Det första fallet av betydande ändringar ska anses föreligga om ”det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än [de] som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs”.⁶⁸ Det andra fallet föreligger om avtalets tillämpningsområde väsentligen utsträcks så att det omfattar tjänster som inte först avsågs.⁶⁹ Fall nummer tre av betydande ändringar föreligger om avtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den vinnande leverantören, på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga avtalet.⁷⁰

⁶⁴ Se Asplund m.fl., s. 255. Detta trots att talerätsbestämmelsen, 20 kap. 4 § LOU, kräver att leverantören själv anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Det räcker således med en subjektiv uppfattning om att så är fallet och uppfattningens verklighetsanknytning kommer inte att prövas av rätten.

⁶⁵ *Pedersen, Ogiltighet*, s. 814 och *Pedersen, Upphandlingens grunder*, s. 194.

⁶⁶ Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351.

⁶⁷ Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 34.

⁶⁸ Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 35.

⁶⁹ Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 36.

⁷⁰ Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 37.

Genom LOU-direktivet infördes bestämmelser, i upphandlingsrätten, om vilka ändringar som kan göras utan att en ny upphandling krävs. I ingressen till direktivet hänvisas till det som sagts i domen *Pressetext Nachrichtenagentur* men där anges även några konkreta situationer där det ansetts befogat att den upphandlande myndigheten ska ha rätt att ändra i avtalet utan att genomföra en ny upphandling.⁷¹ Artikel 72 i LOU-direktivet innehåller bestämmelser som speglar vad som anges i skälen. Reglerna har även genomförts i LOU. Förenklat kan följande ändringar göras utan att en ny upphandling krävs:

- Ändringar enligt ändringsklausuler som förekommit i de ursprungliga upphandlingsdokumenten (artikel 72.1.a LOU-direktivet resp. 17 kap. 10 § LOU),
- Kompletterande beställningar, till begränsat värde, som har blivit nödvändiga och behövs göras till samma leverantör (artikel 72.1.b LOU-direktivet resp. 17 kap. 11 § LOU),
- Ändringar på grund av ett behov som uppstått till följd av omständigheter som inte hade kunnat förutses (artikel 72.1.c LOU-direktivet resp. 17 kap. 12 § LOU),
- Leverantörsbyte i vissa fall (artikel 72.1.d LOU-direktivet resp. 17 kap. 13 § LOU),
- Ändringar som inte är väsentliga (artikel 72.1.e LOU-direktivet resp. 17 kap. 14 § LOU), eller
- Ändringar av mindre värde (artikel 72.2 LOU-direktivet resp. 17 kap. 9 § LOU).

Om ingående av det nya avtalet, såsom har skett genom att ett avtal ändras utan stöd i upphandlingsreglernas ändringsbestämmelser, inte först har offentliggjorts enligt upphandlingsreglerna så har därmed en otillåten direktupphandling genomförts.⁷² Avtalet kan således ogiltigförklaras med stöd av 20 kap. 13 § första stycket första punkten.

Dominguez Olivera argumenterar för behovet av restriktioner kring ändringar av upphandlade avtal.⁷³ Han menar att om sådana restriktioner saknades så skulle leverantörer lockas att enbart lämna anbud på affärer som uppenbarligen skulle behöva ändras, eftersom leverantören torde åtnjuta en förhandlingsfördel när den upphandlande myndigheten är i behov av en ändring. För de upphandlande myndigheternas del, menar han, skulle ett sådant rättsläge underminera

⁷¹ Skäl 107-111 i LOU-direktivet.

⁷² Se prop. 2009/10:180, s. 288. Se även prop. 2015/16:195, s. 1127 och Sundstrand, *Primärrättens reglering*, s. 286 om att ändringar som inte har stöd i 17 kap. 9-14 §§ LOU utgör otillåten direktupphandling. Se även Racca & Cavallo Perin, s. 283 som menar att EU-domstolen den vägen har skapat sig kompetens att granska fullgörandet av upphandlade avtal.

⁷³ Dominguez Olivera, s. 49.

era incitamentet att ordentligt utreda upphandlingsbehoven. Det skulle vara billigare och snabbare att upphandla efter mindre planering och att göra upphandlingen mindre än behovet eftersom det sedan skulle gå att ändra avtalen. Ett sådant läge skulle uppenbarligen underminera syftet med upphandlingsreglerna. Vidare menar han att sådana förväntningar på framtida ändringar av upphandlade avtal skulle vara en grogrund för korruption och bedrägerier.

Det kan argumenteras att upphandlingsreglerna egentligen inte säger någonting om huruvida avtal får ändras eller ej.⁷⁴ Det är avtalet i sig och tillämpliga avtalsrättsliga regler som styr tillåtligheten av avtalsändringar, medan upphandlingsreglerna utgör offentligrättslig lagstiftning som bara säger när en ändring föranleder att en ny upphandling krävs.⁷⁵ För parterna till ett avtal som ogiltigförklaras uppfattas åtskillnaden säkerligen som en teoretisk konstruktion. Av praktiska skäl så kommer, trots det anförda, ändringar som passerar gränsen för när en ny upphandling krävs, och således skulle kunna ligga till grund för ogiltigförklaring av avtalet, i det följande att benämnas *otillåtna ändringar*.

3.3 Ogiltighetens funktion i ett avtalsförhållande

Ändringsdirektivet föreskriver att målet som ska uppnås med den nationella regleringen om ogiltighet i upphandlingsrätten är att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter bör upphöra att tillvaratas och fullgöras.⁷⁶ I LOU lämnas ingen definition av vad ogiltighet betyder i det här sammanhanget. I förarbetena anges däremot att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt, innebärande att det inte kan göras gällande och båda parter skyldigheter enligt avtalet bortfaller.⁷⁷ Parterna kan alltså inte längre göra de rättigheter som föreskrevs i avtalet gällande gentemot varandra eller inför domstol, vilket betyder att det inte längre är möjligt att framtvinga fullgörelse på rättslig väg.⁷⁸

För att nå en fylligare och mer nyanserad förståelse för innebörden av ogiltighet ska de civilrättsliga grunderna kring ogiltighet av avtal klarläggas. Till att börja med är det viktigt att förstå att den centrala funktionen av ett avtal är att peka ut parterna och binda dem till varandra i en rättslig relation.⁷⁹ Att parterna blir bundna av sitt avtal är en grundläggande princip som

⁷⁴ Se Nord.

⁷⁵ Se Nord.

⁷⁶ Skäl 21 i ändringsdirektivet.

⁷⁷ Prop. 2009/10:180, s. 136 och 361.

⁷⁸ Se Asplund m.fl., s. 269.

⁷⁹ Se Adlercreutz & Mulder, s. 17, Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 27 och Grauers, s. 46 f.

brukar betecknas med det välkända latinska uttrycket *pacta sunt servanda*, avtal ska hållas.⁸⁰ Rättsordningen sanktionerar principen om avtalets bindande verkan genom att ställa domstolar och exekutionsmyndigheter till förfogande för en part som önskar tvinga motparten att iakta avtalet.⁸¹

En annan mer konkret funktion av avtalet är att reglera ett utbyte av prestationer mellan parterna.⁸² Avtalet speglar parternas överenskommelse och skapar förutsättningar för dess fullföljande. Rättsordningens roll är således att skydda parterna och deras överenskommelse. En part kan känna sig trygg med att genomföra sitt åtagande genom vetskapen att en illojal motpart kan tvingas till att fullgöra sin motprestation, alternativt tvingas utge ersättning för skada som orsakas genom underlåten fullgörelse.⁸³

Vid sidan av *pacta sunt servanda* är avtalsfriheten en viktig princip med innebörd att var och en är fri att ingå avtal med vem den vill och med vilket innehåll den vill.⁸⁴ Av principen om avtalsfrihet följer även att parterna som utgångspunkt ansvarar för sina egna intressen när de ingår avtal med varandra. Var och en står risken för de förutsättningar de lägger till grund för sitt beslut att ingå avtal.⁸⁵ Om det visar sig vara en dålig affär på grund av hur dessa förutsättningar senare ska komma att utveckla sig kan normalt sett ingen annan lastas för följderna.⁸⁶ Ur ett civilrättsligt perspektiv syftar regler om ogiltighet ofta till att reparera situationer där balansen mellan parternas förmåga att tillvarata sina intressen är rubbade eller har rubbats.⁸⁷ Genom att inte acceptera giltigheten av avtal som tillkommit till följd av den ena partens svekfulla, tvingande eller annars ohederliga agerande torde avtalsfriheten skyddas och främjas. Som framgick i avsnitt 3.1 syftar ogiltighet i upphandlingsrätten inte alls till att skydda avtalsparterna. Det är istället marknaden och dess aktörer som ska skyddas från att gå miste om chansen att rättvist konkurrera om ett möjligen eftertraktat avtal.

⁸⁰ Se Adlercreutz & Mulder, s. 14. Även Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 28. Jfr Kihlman, s. 252 som menar att principen om att avtal i praktiken bara är sann i den utsträckning avtalet föreskriver ansvar för den som inte fullgör sina prestationer. Om rätten till skadestånd är alltför begränsad blir det inte särskilt kostsamt att underlåta fullföljelse vilket leder till frågan om *pacta sunt servanda* egentligen får något genomslag i ett sådant avtal.

⁸¹ Se Adlercreutz & Mulder, s. 17 och Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 28.

⁸² Se Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 19 och Dotevall, s. 38.

⁸³ Se Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 28 och Dotevall, s. 38.

⁸⁴ Se Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 28.

⁸⁵ Se Dotevall, s. 235.

⁸⁶ Se Ramberg & Ramberg, s. 198 och Dotevall, s. 230 f.

⁸⁷ Exempelvis 9 och 11 kap. FB om omyndighet och förvaltarskap respektive 28-31 §§ AvtL om tvång, svek, andra omständigheter som gör att det skulle strida mot tro och heder att göra rättshandlingen gällande samt ocker. Jfr Ramberg & Ramberg, s. 124 om att det föreligger något ”fel” på den fria viljan.

Innebörden av att ett avtal ogiltigförklaras har inom civilrätten beskrivits på delvis varierande sätt. I förarbetena till AvtL förklaras ogiltighet med att en ”rättshandling icke blir gällande efter sitt innehåll”.⁸⁸ Beskrivningen kan uppfattas som otillfredsställande. Det är en negativ beskrivning som säger oss, i förarbetenas ord, att rättshandlingen ”av en eller annan anledning icke medföra avsedd rättsverkan”.⁸⁹ Ogiltigheten innebär alltså en begränsning av parternas förpliktelser enligt avtalet.⁹⁰ Däremot ger beskrivningen inte närmare svar på i vilken utsträckning avsedd rättsverkan inte uppnås eller vilken rättsverkan som istället inträder.

I civilrätten finns en mängd grunder på vilka ett avtal kan ogiltigförklaras. De förekommer bland annat i 3 kap. avtalslagen samt 9 och 11 kap. föräldrabalken. Ogiltighet får varierande egenskaper och följder beroende på grunden och kontexten för ogiltighet.⁹¹ I doktrin som behandlar ogiltighet brukar ogiltigheterna grupperas eller kategoriseras på några återkommande sätt. En första variant är att dela in grunderna för ogiltighet i bristande rättshandlingsförmåga, fel vid avtalets uppkomst och otillåtet avtalsinnehåll.⁹² En andra variant är att betrakta ogiltighetsgrunderna som starka respektive svaga.⁹³ En tredje variant är att differentiera mellan ogiltighet av nullitets- respektive angriplighetskaraktär.⁹⁴

Ingvarsson har genomfört en ingående utredning i civilrättslig ogiltighet och ställer sig skeptisk till nyttan av nämnda kategoriseringar. Den första uppdelningen anser han inte vara till någon hjälp eftersom ogiltighetsgrunderna i respektive grupp inte verkar ha någonting mer gemensamt än just temat för grunderna och uppdelningen skapar inte förutsättningar för några vidare slutsatser rörande kopplingen mellan ogiltigheten och dess rättsföljd.⁹⁵ Den andra gruppen, menar han, är en uppdelning av vilka ogiltighetsgrunder som står sig eller inte mot en medkontrahent i god tro och uppdelningen är inte heller tjänlig för att dra några andra slut-

⁸⁸ Förslag till AvtL, s. 116. Beskrivningen återkommer emellanåt i doktrin, exempelvis Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 259.

⁸⁹ Förslag till AvtL, s. 116.

⁹⁰ Jfr Dotevall, s. 209.

⁹¹ Se exempelvis Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, s. 258.

⁹² Se bland annat Ingvarsson, s. 43 ff och Grauers kap. 6. Jfr Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, s. 56, 261 och kap. 8.1 som tar upp de tre grupperna som ogiltighetsgrunder men som samtidigt antyder att bristande rättshandlingsförmåga innebär ett bristande rättshandlingsrekvisit och att det snarare innebär att inget avtal har uppkommit än att avtalet är ogiltigt.

⁹³ Se Ussing, s. 123 f och Grauers, s. 105.

⁹⁴ Se Grauers, s. 104, Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz, s. 258 f och Bramsjö, s. 12.

⁹⁵ Ingvarsson, s. 45 ff.

satser än just huruvida ogiltigeten står sig mot god tro.⁹⁶ Vad gäller begreppsparet nullitet och angriplighet så tar uppdelningen sikte på hur ogiltigheten görs gällande, om den kan beaktas ex officio eller om part måste göra den gällande, men efter att ogiltighet har konstaterats så har kategoriseringen tjänat ut sitt syfte.⁹⁷ Enligt *Adlercreutz m.fl.* kan dessutom ogiltighet på en och samma grund uppvisa drag av både nullitet och angriplighet så konceptet tjänar enbart till att beskriva en teoretisk uppdelning i ogiltighetstyper.⁹⁸

Det verkar svårt att finna ett meningsfullt sätt att kategorisera ogiltigheter.⁹⁹ Även om ogiltigheten rör sig inom ett spektrum av egenskaper så beror dess karaktär i en given situation på grunden för ogiltigheten, grundens syften samt omständigheterna i övrigt.¹⁰⁰ I praktiken brukar civilrättsliga mål om ogiltighet prövas i två steg – först frågan huruvida ogiltighet ska inträda och därefter vad som är en ändamålsenlig rättsföljd av ogiltigheten.¹⁰¹ Att rättsföljden är ändamålsenlig innebär att den väljes med hänsyn till ogiltighetsgrundens särskilda syfte och de intressen som anses skyddsvärda i sammanhanget.¹⁰²

I kommande avsnitt ska några konkreta frågor rörande den upphandlingsrättsliga ogiltighetens karaktär utredas. Kategoriseringarna ovan kommer till viss del att användas för att åskådliggöra motpolerna i olika drag hos ogiltigheter.

4 Ogiltighetsprocessen i upphandlingsrätten

4.1 Ogiltighetens inträdande

Nullitet och angriplighet tar som nämnts sikte på hur ogiltigheten görs gällande. Ogiltighet av nullitetskaraktär inträder i princip utan åtgärd och avtalet kan åsidosättas utan vidare, men för det fall en part motsätter sig ogiltigheten kan fastställande göras i domstol.¹⁰³ Angriplighet innebär däremot att ogiltighet måste göras gällande, ofta av en begränsad krets intressenter och inom viss tid, så att ogiltigförklaring kan göras av domstol.¹⁰⁴ Enligt ändringsdirektivet ska

⁹⁶ Ingvarsson, s. 34 f.

⁹⁷ Ingvarsson, s. 31-34.

⁹⁸ Adlercreutz, Gorton, Lindell-Frantz, s. 258 f.

⁹⁹ Framställningar som behandlar civilrättslig ogiltighet brukar utmynna i redogörelser för egenskaper och följder av ogiltighet för respektive ogiltighetsgrund, se exempelvis Grauers kap. 6 och Adlercreutz, Gorton och Lindell-Frantz del III.

¹⁰⁰ Se Ingvarsson, s. 54 f.

¹⁰¹ Se Ingvarsson, s. 51.

¹⁰² Se Ingvarsson, s. 59 f.

¹⁰³ Se Grauers, s. 104 och Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 258.

¹⁰⁴ Se Grauers, s. 104 och Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 258.

ogiltighet i upphandlingsrätten inte inträda per automatik, utan ska konstateras eller annars vara resultatet av ett beslut av ett av den upphandlande myndigheten oberoende prövningsorgan.¹⁰⁵ Ett avtal som kan ha tillkommit efter otillåten direktupphandling är alltså giltigt så länge det inte har prövats och ogiltigförklarats av, i svensk rätt, förvaltningsdomstol.¹⁰⁶

Enligt förarbetena till det svenska genomförandet av ändringsdirektivet är den bakomliggande tanken att en större förutsebarhet och rättssäkerhet råder om avtalet är giltigt till dess det aktivt ogiltigförklaras, än om ogiltighet skulle inträda automatiskt.¹⁰⁷ HFD har i samma riktning slagit fast att när en domstol ogiltigförklarar ett upphandlat avtal med stöd av 20 kap. LOU så inträder inte ogiltigheten omedelbart, utan först när avgörandet vunnit laga kraft.¹⁰⁸ En annan sak är att rätten omedelbart kan stoppa fortsatt fullgörande enligt avtalet genom interimistiskt beslut enligt 20 kap. 16 § LOU.

4.2 Betydelsen av god tro

När god tro behandlas i framställningar om civilrättslig ogiltighet så handlar det om huruvida en av avtalsparterna har varit ovetande, och inte rimligen borde ha misstänkt något, om vissa omständigheter som i annat fall hade varit grund för att ogiltigförklara avtalet.¹⁰⁹ Sådana omständigheter kan exempelvis vara att motparten har utsatts för något otillbörligt beteende i form av svek, tvång eller ocker från någon utomstående för att förmå denne att ingå avtalet.¹¹⁰ Funktionen av stadganden om god tro i ogiltighetsbestämmelser torde vara att justera risken för ogiltighetsgrunden mellan parterna. En person som ingår avtal med en till synes kontraheringsvillig motpart kan under vissa omständigheter anses åtnjuta ett övervägande skydd för sina intressen i avtalet jämfört med motpartens intresse att slippa bli bunden vid ett avtal som ingåtts under tredje mans otillbörliga inflytande.¹¹¹

De ogiltighetsgrunder som förekommer i upphandlingsrätten väcker inte frågor om god tro på ett sätt som inverkar på huruvida ogiltigheten ska inträda eller ej. Upphandlingsrättslig ogiltighet syftar nämligen inte till att skydda någon av parterna i avtalet utan leverantörskollektivet

¹⁰⁵ Skäl 13 och artikel 2d.1 i ändringsdirektivet.

¹⁰⁶ Se 20 kap. 5 § LOU om att förvaltningsrätten är behörig domstol.

¹⁰⁷ Prop. 2009/10:180, s. 135.

¹⁰⁸ HFD 2012 ref. 27 (Fresenius Kabi). Domen rörde ogiltigförklaring enligt 16 kap. ÄLOU, vilken motsvaras av 20 kap. i LOU; båda bygger på ändringsdirektivet.

¹⁰⁹ Se bland annat Dotevall, s. 217 och Ingvarsson, s. 74.

¹¹⁰ Se bland annat Grauers, s. 107 f, samt Dotevall, s. 217, 220 och 222.

¹¹¹ Jfr Dotevall, s. 235 om att parterna som huvudregel själva ansvarar för de förutsättningar som de lägger till grund för avtalet.

som inte har tilldelats avtalet.¹¹² En eller båda parter goda tro i förhållande till en otillåten ändring skulle innebära deras ovetskap om att en åtgärd har inneburit en avtalsändring eller omfattningen av ändringen, det vill säga en ovetskap om de omständigheter som ligger till grund för en överträdelse.¹¹³ Det är alltså inget som rätten ska beakta vid prövning av avtalets giltighet, men det skulle möjligen kunna bli relevant vid ett påföljande skadeståndsanspråk mellan parterna.

Det finns sammantaget ingenting, vare sig i upphandlingsreglerna eller i ett systematiskt resonemang utifrån ogiltighet i civilrätten, som talar för att god tro hos parterna skulle kunna skydda deras avtal mot upphandlingsrättsligt grundad ogiltighet.

4.3 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Även om förutsättningarna är uppfyllda för att domstolen ska ogiltigförklara ett upphandlat avtal så ska den enligt 20 kap. 14 § LOU, som bygger på artikel 2d.3 i ändringsdirektivet, underlåta att göra så om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Undantagsmöjligheten bygger på att det finns sådana allmänintressen som är beroende av resultatet av det aktuella avtalet.¹¹⁴

Vad som avses med allmänintressen framgår av artikel 36 i FEUF vari uppräknas en mängd faktorer som kan utgöra grund för undantag från principerna om fri rörlighet för varor och tjänster i EU:s primärrätt.¹¹⁵ Några av de faktorerna är allmän ordning och säkerhet samt skydd för människors och djurs liv och hälsa. Domstolen ska tillämpa undantaget med restriktivitet och det ska röra sig om exceptionella omständigheter.¹¹⁶ Av artikel 2d.3 i ändringsdirektivet följer även att ekonomiska intressen enbart får ”betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder”. Däremot ska ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet aldrig anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹¹⁷

¹¹² Se skäl 14 i ändringsdirektivet.

¹¹³ Jfr Pedersen, *Ogiltighet*, s. 818.

¹¹⁴ Se Simovart, *Remedies*, s. 36.

¹¹⁵ Se Asplund m.fl., s. 278. Se även artikel 4.8 i tjänstedirektivet där det förklaras att det handlar om ”hänsyn som domstolen i sin rättspraxis bedömt som tvingande på grund av allmänintresset”.

¹¹⁶ Se skäl 22 i ändringsdirektivet och prop. 2009/10:188, s. 138 f.

¹¹⁷ Enligt artikel 2d.3 i ändringsdirektivet rör det sig exempelvis kostnader i samband med inledande av ett nytt upphandlingsförfarande eller kostnader i samband med byte av ekonomisk aktör. Se även Simovart, *Remedies*, s. 37 om att sådana hänsyn tidigare har underkänts konsekvent av EU-domstolen.

I förarbetena anges särskilt att undantaget för tvingande hänsyn till ett allmänintresse inte kan tillämpas på enbart en del av avtalet.¹¹⁸ Domstolen har alltså att välja på att ogiltigförklara hela avtalet eller att låta det bestå i sin helhet.

4.4 Talerätt

Rätt att ansöka om överprövning av avtals giltighet tillkommer leverantörer som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada på grund av den upphandlande myndighetens förfarande. Detta följer av 20 kap. 4 § LOU. Med leverantör avses, enligt 1 kap. 16 § LOU och artikel 1.8 i 2004 års LOU-direktiv, den som tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader på marknaden.¹¹⁹ Enligt EU-domstolen ska begreppet leverantör tolkas vidsträckt.¹²⁰ Dessutom krävs för talerätt inte att leverantören intar formell ställning som anbudsgivare eller anbudssökande.¹²¹ Bestämmelsen omfattar alltså leverantörer som har lämnat anbud och de som inte har gjort det, förutsatt att de åtminstone har haft ett intresse av att lämna anbud.¹²² Andra som är missnöjda kan således inte ansöka om överprövning av avtals giltighet.¹²³

Av talerätsbestämmelsen framgår även att leverantören för att erhålla talerätt ska anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Det är alltså sökandens uppfattning om huruvida skada eller risk för skada föreligger som är relevant.¹²⁴

Vad gäller parterna till avtalet så bör de sällan ha intresse av att ansöka om att få sitt eget avtal ogiltigförklarat på grund av otillåten direktupphandling. För den upphandlande myndighetens del så är talerätt utesluten genom hänvisningen till leverantörer i talerätsbestämmelsen.¹²⁵ Leverantören som har tilldelats avtalet kunde måhända önska få avtalet ogiltigförklarat exem-

¹¹⁸ Prop. 2009/10:180, s. 139.

¹¹⁹ I LOU-direktivet definieras inte begreppet leverantör, istället definieras i artikel 2.1.10 ekonomisk aktör med nästan samma definition. Se prop. 2015/16:195, s. 941 om att begreppet leverantör i LOU är avsett att motsvara ekonomisk aktör i LOU-direktivet.

¹²⁰ Se dom av den 23 december 2009, *Conisma*, C-305/08, EU:C:2009:807, punkter 42-43. Se även skäl 14 i LOU-direktivet om att detsamma gäller ekonomisk aktör.

¹²¹ Se dom av den 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 40.

¹²² Se Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 189, i not 215. Även Sundstrand, *En introduktion*, s. 218 och 221. Se även artikel 1.3 i första rättsmedelsdirektivet, dom av den 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 40-41, samt Kammarrättens i Stockholm dom av den 27 april 2015 (mål nr 2200-15). Jfr även Kammarrättens i Göteborg beslut av den 23 maj 2016 (mål nr 1625-16) och Kammarrättens i Göteborg beslut av den 21 juli 2016 (mål nr 2979-16) där leverantören ansetts behöva ha haft för avsikt att själv lämna anbud.

¹²³ Se Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 189.

¹²⁴ Detta följer av bestämmelsen och bekräftas bland annat i HFD 2013 ref. 53 (NEC). Se även Asplund m.fl., s. 103 om att en presumtion föreligger när en leverantör ansöker om överprövning.

¹²⁵ Se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 189.

pelvis om denne, sedan avtalet genomgått en otillåten ändring, får reda på de omständigheter som gör ändringen otillåten. Kravet att ansökande leverantör ska anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada måste däremot utesluta överprövning av rent altruistiska skäl, med andra ord till gagn för den rättvisa konkurrensen i allmänhet.

4.5 Överprövandefrist

Tidsmässigt gäller att ansökan om överprövning ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts, enligt 20 kap. 17 § LOU. Med tanke på att konceptet otillåten direktupphandling genom avtalsändring anses resultera i ingående av ett nytt avtal, torde sexmånadersfristen i sådana fall beräknas från datumet för den avtalsändring som ligger till grund för ansökan.

I bestämmelsens andra stycke anges två situationer då tidsfristen för ansökan om överprövning kortas ned till 30 dagar. Första punkten beskriver att den upphandlande myndigheten kan genomföra en så kallad efterannonsering enligt 10 kap. 4 § LOU varpå trettiodagarsfristen ska räknas från publiceringen.¹²⁶ Enligt artikel 2f.1.a i ändringsdirektivet är möjligheten bara tillämplig om upphandling har gjorts utan föregående annonsering.¹²⁷

Alternativ nummer två är enligt andra punkten att den upphandlande myndigheten skickar skriftliga meddelanden till anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtal har slutits. Det måste förutsätta att det finns en bestämd krets av anbudssökande och/eller anbudsgivare till den upphandling som det ingångna avtalet omfattar.¹²⁸ Det är oklart huruvida överprövandefristen efter en otillåten ändring skulle kunna förkortas genom att den upphandlande myndigheten skickar ett sådant meddelande till de anbudssökande och anbudsgivare som förekom i den ursprungliga upphandlingen. Enligt förarbetena är tanken med möjligheterna att förkorta fristen att ”berörda leverantörer, anbudssökande eller potentiella anbudssökande förväntas bli varse om tilldelningen av ett avtal och agera relativt omgående utifrån [information]”.¹²⁹ Om den otillåtna direktupphandlingen utgörs av en ändring i ett avtal som upphandlats för en tid sedan, ett år eller två, så kan inte rimligen ett meddelande till de anbudsgivare och anbudssökande som deltog i den upphandlingen medföra en förkortad överprövandefrist. Den kretsen omfattar inte nödvändigtvis de som hade varit intresserade av upphandlingen idag. Bestäm-

¹²⁶ Se vidare Asplund m.fl., s. 167 f.

¹²⁷ Se prop. 2009/10:180, s. 168 f där förutsättningen bekräftas.

¹²⁸ Se Asplund m.fl., s. 268 f.

¹²⁹ Prop. 2009/10:180, s. 365.

melsens andra punkt kan förmodligen bara tillämpas i nära anslutning till den ursprungliga upphandlingen.

Frågor rörande bestämmande av överprövandefristens början har prövats i ett antal underrättsmål. Enligt kammarrätten i Stockholm ska beräkningen utgå från den dag då civilrättslig avtalsbundenhet, muntligen eller skriftligen, uppkommit mellan parterna.¹³⁰ Vidare har upphandlande myndighet ansetts bära bevisbördan för sitt påstående att avtal har ingåtts i sådan tid att ansökan ska anses ha inkommit för sent.¹³¹ Det torde gälla först om påståendet strider mot vad som framgår av de underlag som leverantören presenterat, i sin ansökan, till stöd för att överprövandefristen inte är passerad.

Av förarbetena framgår att rättssäkerhetsskäl har legat till grund för överprövandefristen, som bygger på minimifrister angivna i artikel 2f.1 i rättsmedelsdirektivet.¹³² Avsikten var att upphandlande myndigheter vid någon tidpunkt ska kunna vara säkra på att slippa få sitt avtal ogiltigförklarat. I viss kontrast till hur fristen har utformats i den svenska lagstiftningen så har EU-domstolen i domen *Uniplex* sagt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick eller borde ha fått kännedom om överträdelsen i fråga.¹³³ Den nationella domstolen ansågs i målet skyldig att ”med utövande av sitt fria skön förlänga fristen” så att den motsvarade den frist som angivits i nationell lagstiftning, räknad från den tidpunkt då sökanden fick eller borde ha fått reda på överträdelsen.¹³⁴ I målet inför EU-domstolen hade leverantören i fråga fått meddelande om att dennes anbud hade förkastats, men inte skälen till varför så hade skett varför leverantören inte hade haft möjlighet att upptäcka överträdelsen.¹³⁵ Fristen skulle därmed inte anses ha utlösts ännu, utan först sedan skälen för beslutet meddelats leverantören.¹³⁶ EU-domstolens formulering ”borde ha fått kännedom” måste således inbegripa att leverantören ska ha haft möjlighet att upptäcka överträdelsen men, av skäl som stått utanför den upphandlande myndighetens försyn, kanske inte gjort det.

¹³⁰ Kammarrättens i Stockholm dom av den 24 november 2014 (mål nr 4174-14) där kammarrätten bekräftade förvaltningsrättens slutsats om datum för avtalets uppkomst, även om förvaltningsrättens resonemang om att det är ”tidpunkten för den civilrättsliga avtalsbundenheten som utlöser sexmånadersfristen” inte kommenterades.

¹³¹ Kammarrättens i Stockholm dom av den 21 juni 2017 (mål nr 7355-16) där upphandlande myndighet hävdade att det skriftliga avtal som leverantören hänvisat till i sin ansökan om överprövning byggde på en avtalsrelation som inlemts muntligen minst ett år tidigare.

¹³² Prop. 2009/10:180, s. 169.

¹³³ Dom av den 28 januari 2010, *Uniplex*, C-406/08, EU:C:2010:45, domen punkt 1.

¹³⁴ Dom av den 28 januari 2010, *Uniplex*, C-406/08, EU:C:2010:45, domen punkt 3.

¹³⁵ Dom av den 28 januari 2010, *Uniplex*, C-406/08, EU:C:2010:45, punkter 30-31.

¹³⁶ Dom av den 28 januari 2010, *Uniplex*, C-406/08, EU:C:2010:45, punkter 32-34.

Det är oklart vad domen innebär i förhållande till otillåten ändring eftersom det i allmänhet måste vara svårt för andra leverantörer på marknaden att få reda på ändringar som parterna genomför i det upphandlade avtalet. Eftersom otillåten direktupphandling betyder just att offentliggörande inte har skett som det ska så blir överprövandefristen svårbestämd, och förmodligen till stor del en fråga om bevisning, om den ska anses utlösas av utomstående leverantörers möjlighet att upptäcka felet. Som utgångspunkt bör datum för avtalsändring kunna anses utlösa överprövandefristen, men med tanke på det starka leverantörsskyddsperspektivet hos EU-domstolen inom upphandlingsrätten måste det finnas goda utsikter för sökande leverantör att argumentera i termer om möjlighet att upptäcka felet.

I ett kammarrättsmål från år 2018 hade parterna tillämpat en justerad prismodell i förhållande till vad som gällde i upphandlingen och det följande ramavtalet.¹³⁷ Innebörden var att andra villkor tillämpades i praktiken än vad som angivits i upphandlingen och sedermera ramavtalet. Förfarandet konstituerade enligt kammarrätten en otillåten direktupphandling genom en ändring av ramavtalet, vilken växt fram successivt över tid. Kammarrätten hänvisade till de nämnda kammarrättsdomarna om civilrättslig avtalsbundenhet och upphandlande myndighets bevisbörda rörande påstående om annan tidpunkt för avtalsingående samt till EU-domstolens dom *Uniplex*. Enligt kammarrätten skulle utöver civilrättslig avtalsbundenhet även upphandlingsrättsliga aspekter beaktas, såsom kravet på effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner mot otillåten direktupphandling.¹³⁸ Därmed ansåg kammarrätten att även tredje mans möjligheter att upptäcka de förhållanden som föranlett ogiltigheten behövde beaktas. Efter ett utförligt resonemang valdes en tidpunkt då de nya villkoren tillämpades i så stor omfattning att de tidigare villkoren måste anses fullt ut ersatta. En tidpunkt då leverantören även riktade skadeståndskrav mot den upphandlande myndigheten, innebärande att båda parter uppenbarligen var uppmärksammade på de omständigheter som sedermera skulle komma att utgöra grund för prövning av avtalets giltighet.

Omständigheterna i ett mål från förvaltningsrätten i Stockholm, där kammarrätten sedermera inte lämnat prövningstillstånd, väcker frågor om överprövandefristens förhållande till ramavtal, beställningar och förlängningar.¹³⁹ Förvaltningsrätten ogiltigförklarade ett avtal på grund

¹³⁷ Kammarrättens i Stockholm dom av den 15 mars 2018 (mål nr 4410-17).

¹³⁸ Se skäl 13 i ändringsdirektivet.

¹³⁹ Förvaltningsrättens i Stockholm dom av den 26 april 2017 (mål nr 20198-16).

av att det utgjorde en tilläggsbeställning som inte uppfyllde kraven i 17 kap. 11 § LOU. Ramavtalet och den ursprungliga beställningen fick däremot bestå.¹⁴⁰

Sökande leverantör argumenterade att den upphandlande myndigheten tidigare hade gjort ett otillåtet leverantörsbyte i ramavtalet. Eftersom tilläggsavtalet kunde ogiltigförklaras på grund av bestämmelsen om kompletterande beställningar så gick förvaltningsrätten inte vidare med att pröva eller kommentera frågan om leverantörsbytet. Ramavtalet var från början tecknat mellan den upphandlande myndigheten och företaget Vectura Consulting AB. Innan ramavtalet löpte ut förvärvades Vectura år 2013 av Swecokoncernen. Den upphandlande myndigheten begärde sedermera att ramavtalet förlängdes med ett år, från 2014-05-31 till 2015-05-31, vilket godkändes och undertecknades till förmån för ett annat företag i Swecokoncernen, Sweco International AB. Under våren 2015 gjordes en beställning vilken 2016-03-23, efter att ramavtalet hade löpt ut, följdes av den tilläggsbeställning som skulle komma att ogiltigförklaras.

Med utgångspunkten att leverantörsbytet stod i strid med 17 kap. 13 § LOU, utan att veta att så var fallet i det aktuella ärendet, så är det intressant att utreda i vilket skede ett avtals giltighet hade kunnat klandras på den grunden. Om leverantörsbytet skulle ha skett genom tecknandet av den ursprungliga beställningen våren 2015 så hade möjligheten att ansöka om överprövning av avtalets giltighet på den grunden varit stängd sex månader efter det, oavsett när tilläggsbeställningen gjordes eftersom tilläggsbeställningen inte medförde något leverantörsbyte. Nu var det ramavtalet, vilket beställningen grundades på, som genomgått ett leverantörsbyte. Möjligheten att överpröva ramavtalets giltighet stängs alltså senast sex månader efter att ramavtalet förlängts med den nya leverantören. Om parterna till ramavtalet hade börjat agera på ett sätt som i praktiken inneburit att ett leverantörsbyte inträtt redan i samband med Swecokoncernens förvärvande av den ursprungliga leverantören år 2013 så skulle överprövandefristen ha kunnat räknas därifrån. Efter att överprövandefristen löpt ut så kan inte giltigheten av vare sig ramavtalet eller beställningar grundade i det överprövas på grund av leverantörsbytet.

4.6 Processram och domstolens prövning ex officio

Överprövning av avtals giltighet ska alltså inledas efter ansökan av en leverantör. Avtal som till sitt innehåll står i strid med lag eller god sed anses vara ogiltiga enligt principen *pactum*

¹⁴⁰ Åtgärden överensstämde förvisso med sökandens yrkande.

turpe.¹⁴¹ Domstolen kan på eget initiativ, *ex officio*, ta upp frågan om *pactum turpe* i en tvist mellan parterna.¹⁴² Detsamma måste gälla för upphandlade avtal vars innehåll strider mot lag eller god sed.¹⁴³ I det fallet grundas ogiltigheten alltså på doktrinen om *pactum turpe* och inte på upphandlingsrättsliga regler.

Frågan är om upphandlingsrättsligt grundad ogiltighet kan prövas av domstolen *ex officio*. I 20 kap. 7 § LOU anges att domstolen ska ändra en överprövning av upphandling till att avse överprövning av avtal för det fall den upphandlande myndigheten sluter avtal under processen, om leverantören begär det. En motsatstolkning skulle innebära att domstolen alltså inte får göra det på egen hand.¹⁴⁴ Något annat stöd för att domstolen får göra det saknas i LOU.

HFD har vidare sagt att officialprincipen, som följer av 8 § FPL, ska tillämpas med försiktighet i mål om offentlig upphandling och istället ska förhandlingsprincipen vara utgångspunkten.¹⁴⁵ Det innebär bland annat att den part som ansöker om överprövning bär åberopsbördan för de omständigheter som grundar talan.¹⁴⁶ Domstolen är således i princip bunden av de omständigheter som anförts av parterna.¹⁴⁷ Förvisso kan domstolen, oberoende av parternas yrkande, välja huruvida en, för den sökande, framgångsrik överprövning av upphandling ska resultera i att upphandlingen rättas eller görs om.¹⁴⁸ Att den valmöjligheten tillkommer domstolen anges däremot uttryckligen i 20 kap. 6 § LOU, medan prövning av avtals giltighet enligt både 20 kap. 4 och 7 §§ ska göras efter ansökan från leverantör. Sammantaget finns det inget som talar för att domstolen på eget initiativ skulle kunna ge sig i kast med att pröva ett avtals giltighet på upphandlingsrättsliga grunder.

¹⁴¹ Se bland annat Dotevall, s. 212, NJA 2002 s. 322 och NJA 2004 s. 682.

¹⁴² Se Adlercreutz, Gorton & Lindell-Frantz, s. 319.

¹⁴³ Se Asplund m.fl., s. 269.

¹⁴⁴ Se även Sundstrand, *En introduktion*, s. 221 f.

¹⁴⁵ RÅ 2009 ref. 69 (Svensk Rörinfodring). Jfr Ekelöf m.fl., s. 61, i not 180 och s. 74 som föredrar att hänföra det domstolen åsyftar till officialprincipen och dispositionsprincipen.

¹⁴⁶ Se RÅ 2009 ref. 69 (Svensk Rörinfodring).

¹⁴⁷ Se Asplund m.fl., s. 280 och 297.

¹⁴⁸ Se RÅ 2005 ref. 47 (MiROi), HFD 2012 ref. 2 (Maserfrakt) och Asplund m.fl., s. 297 f. Jfr 29 § FPL att rättens avgörande som huvudregel är bundet till och inte får gå utöver partens. Yrkandet ska enligt 4 § FPL ingå i ansökan.

5 Ogiltighetens räckvidd i ett upphandlat avtal

5.1 Tidsmässig räckvidd

I direktivet anges särskilt att huruvida ogiltigheten ska medföra ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter sedan avtalets ingående (*ex tunc*) eller endast ett framgent upphörande av ej fullgjorda skyldigheter (*ex nunc*) är en fråga för den nationella lagstiftningen.¹⁴⁹ Vid det svenska genomförandet av direktivet anfördes att huvudregeln i svensk rätt är att ogiltighet innebär ett retroaktivt upphörande.¹⁵⁰ Det ansågs inte finnas skäl att frånga den avtalsrättsliga huvudregeln i upphandlingsrätten, tvärtom bedömdes en sådan lösning ge störst incitament för leverantörer att föra talan om ogiltighet.¹⁵¹ Vidare angavs att tilldelningsbeslutet ska anses upphöra att gälla.¹⁵²

EU-domstolen har slagit fast att när en otillåten ändring görs i ett avtal så innebär det i praktiken att den upphandlande myndigheten har tilldelat leverantören ett nytt avtal med nya villkor som träder i det gamla avtalets ställe.¹⁵³ Som en tankeövning kan ifrågasättas om ogiltigförklaring *ex tunc* skulle kunna innebära att enbart det nya avtalet ska bli ogiltigt sedan ingåendet eller om även det tidigare gällande avtalet ska omfattas.¹⁵⁴ Frågan om ogiltighet *ex nunc* eller *ex tunc* tar sikte på all upphandlingsrättslig ogiltighet, alltså inte enbart ogiltighet grundad på otillåtna avtalsändringar. Bland de upphandlingsrättsliga ogiltighetsgrunderna är det enbart vid otillåten direktupphandling på grund av otillåtna ändringar som det blir aktuellt att ogiltigförklara avtal eller delar av avtal som löpte redan innan ogiltighetsgrunden inträffade. Eftersom detta inte särskilt behandlats i vare sig direktiven eller förarbetena till LOU får frågan antas ha lämnats till rättstillämparen att reda ut.

Det är möjligt att förarbetsuttalandena, och i viss mån även vad som sägs i direktivet, är en teoretisk målsättning med enklast möjliga avtalssituation i åtanke där det enkelt går att föreställa sig ett avtals ogiltighet *ex tunc* eller *ex nunc*. Utgångspunkten måste vara att det som

¹⁴⁹ Skäl 21 och artikel 2d.2 andra stycket i ändringsdirektivet.

¹⁵⁰ Ds 2009:30, s. 152 och prop. 2009/10:180, s. 136.

¹⁵¹ Ds 2009:30, s. 152 och prop. 2009/10:180, s. 136.

¹⁵² Prop. 2009/10:180, s. 150 f och 362.

¹⁵³ Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 34. Se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 181 f.

¹⁵⁴ Se Simovart, *Ineffectiveness*, s. 49 och Simovart, *Current issues*, s. 3 f som menar att rättsläget är oklart och att det vore på sin plats med ett klargörande från EU:s sida för att likrikta rättsläget i medlemsstaterna. Sistnämnda framställning är skriven till följd av EU-kommissionens slutsats att, efter en utvärdering, inte se över rättsmedelsdirektiven – se rapport från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om effektiviteten av direktiv 89/665/EEG och direktiv 92/13/EG, ändrat genom direktiv 2007/66/EG, avseende prövningsförfaranden inom offentlig upphandling, s. 9.

står i direktiven gäller och att motsvarande syfte ska uppnås. Frågan om *ex tunc* eller *ex nunc* torde åtminstone i vissa fall kunna avse hela affären sedan starten. Den svenska lagstiftarens avsikt måste som utgångspunkt tolkas som att ogiltighet ska leda till att avtalet upphör att gälla sedan det ursprungliga avtalsingåendet.¹⁵⁵

Om enbart avtalet sedan ändringen skulle kunna angripas så skulle skillnaden mellan ogiltighet *ex nunc* och *ex tunc* avse en period räknad från ändringen och som längst omfattande överprövandefristen, möjligen med en framskjuten utlösandetidpunkt till dess sökande leverantör haft möjlighet att upptäcka ändringen, samt tid för rättslig process inklusive eventuella överinstansprocesser och tid till laga kraft.

Avtalsläget efter en ogiltigförklaring sedan ändringen skulle kunna utfalla på två vis. Det ena alternativet vore att parterna tvingades tillbaka in i det avtal som gällde före ändringen. Lösningen skulle vara en betydligt lindrigare påföljd för parterna än en ogiltigförklaring av även ursprungsavtalet. Möjligen kunde det tänkas uppmuntra till *trial and error*-försök att ändra avtal efter gemensam önskan med enda risken att själva ändringen återgår om någon skulle ansöka om överprövning. Det andra alternativet vore att enbart det ändrade avtalet ogiltigförklarades men det ursprungliga avtalet fortsatt uppfattas vara åsidosatt av parterna genom ändringen, med följderna att inget av avtalen fortsatt gäller mellan parterna. Skillnaden gentemot den situation då även det ursprungliga avtalet ogiltigförklarats skulle vara att parterna gemensamt låtit sitt avtal upphöra i ett visst läge varpå avtalets giltighet fram till den tidpunkten inte drabbas av ogiltighet.

De upphandlingsrättsliga ogiltighetsgrunderna ger upphov till tre typsituationer som alla väcker frågan huruvida enbart det avtal som uppstår genom ändringen ska träffas av ogiltighet eller om även det ursprungliga avtalet ska omfattas. Observera att de alla bygger på att ändringarna utgör övertramp av de upphandlingsrättsliga ändringsreglerna.

Typsituation ett Avtal om tillägg till eller förlängning av det ursprungliga avtalet.

Typsituation två Avtal om ändring av förutsättningarna i det ursprungligen upphandlade avtalet.

Typsituation tre Leverantörsbyte.

¹⁵⁵ Se prop. 2009/10:180, s. 136 f.

Uppdelningen åskådliggör en nyckelskillnad, nämligen den huruvida ändringen som inneburit en otillåten direktupphandling även innebär ett förfelande av det ursprungligen upphandlade avtalet. Typsituation ett innebär att det ursprungliga avtalet i princip har genomförts eller fortfarande kan genomföras såsom det har upphandlats, oaktat tillägget. I typsituation två har förutsättningarna i det upphandlade avtalet genomgått ingripande ändringar och det upphandlade avtalet kan inte längre genomföras enligt vad som upphandlats. Ett leverantörsbyte enligt typfall tre ändrar inte nödvändigtvis vad den upphandlande myndigheten får ut av avtalet, men den vinnande leverantören frånträder avtalet efter enbart ett partiellt fullgörande och en leverantör som inte har vunnit en upphandling träder in för att fullgöra resten. Dessa typsituationer ska behandlas vidare i avsnitt 5.2.

5.2 Materiell räckvidd

Vad gäller ogiltighetens materiella räckvidd så talar direktivet, den svenska lagen och förarbetena i termerna *avtalet* respektive *alla avtalsskyldigheter* eller *de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts*.¹⁵⁶ Språkvalet talar onekligen för att ogiltigheten ska komma att omfatta avtalet i sin helhet, i kontrast med partiell ogiltighet som hade kunnat vara ett lämpligt alternativ under vissa omständigheter.

När frågan om domstolens möjlighet att underlåta att ogiltigförklara ett avtal på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse behandlas i förarbetena avvisas uttryckligen möjligheten att partiellt ogiltigförklara ett avtal.¹⁵⁷ Att möjligheten inte nämns i något annat sammanhang kan tolkas som att ytterligare tala för att avsikten är fullständig ogiltighet. Frågan bör ändå väckas huruvida ogiltigheten skulle kunna komma att begränsas till en del av avtalet. Om det ursprungliga avtalet är omfattande och de ändringar som leder till ogiltigförklaring tydligt enbart angår en särskiljbar del av avtalet så skulle det kunna förefalla orimligt att avtalet i sin helhet drabbas av ogiltigheten.

Asplund m.fl. anför att ogiltigheten torde gälla hela avtalet och att partiell ogiltighet inte är ett alternativ.¹⁵⁸ De förklarar inte hur de kommer fram till slutsatsen. Genom att ogiltigförklara en utbrytbar del av avtalet så förändras uppenbarligen omfattningen av affären i det fortsatt

¹⁵⁶ Se bland annat skäl 21 i ändringsdirektivet, 20 kap. 13 § LOU och Prop. 2009/10:180, s. 136 f och 361.

¹⁵⁷ Prop. 2009/10:180, s. 139.

¹⁵⁸ *Asplund m.fl.*, s. 270.

giltiga avtalet i förhållande till vad som upphandlades. Partiell ogiltighet kan därigenom i sig orsaka en avtalsändring som kanske gör att andra leverantörer hade lämnat anbud, eller att de anbud som lämnades hade sett annorlunda ut, om det återstående avtalet är vad som hade upphandlats från början. Ur ett principiellt perspektiv förefaller således partiell ogiltighet inte överensstämma med upphandlingsrättens syften.

Däremot ska från frågan om partiell ogiltighet urskiljas möjligheten att en och samma upphandling leder till att flera avtal ingås.¹⁵⁹ Så skulle kunna vara fallet om den upphandlande myndigheten delar upp en upphandling i delar och begränsar antalet delar som varje leverantör kan lämna anbud på eller vinna enligt 4 kap. 13-16 §§ LOU. I det fallet måste talan om ogiltighet kunna riktas mot endast ett eller några av avtalen.¹⁶⁰ Alternativet skulle vara att en otillåten ändring i ett avtal med en av leverantörerna kunde resultera i att flera avtal med andra leverantörer också blev ogiltiga. De oförändrade avtalen får förutsättas ha upphandlats enligt reglerna och det finns därmed ingen rubbad konkurrens att återställa genom att de ogiltigförklaras.

En komplicerande faktor rörande avtalsändringar är att sådana uppstår genom att parterna till det ursprungliga avtalet sluter ett nytt avtal om att ändra det första avtalet. Det nya avtalet kan sedan uppvisa olika grad av integration med det ursprungliga avtalet om man väljer att se till den praktiska avtalsrelationen snarare än avtalsdokumentet. Ett avtal om tillägg till det ursprungliga avtalet skulle kunna ses som ett fristående avtal, bortsett från att det bygger på förutsättningarna i det ursprungliga avtalet. Ett avtal om ändring av förutsättningarna i det ursprungliga avtalet är mer uppenbart en justering av den befintliga avtalsrelationen.

Utifrån de typfall som introducerades i föregående avsnitt så resulterar ändringsavtalet i typfall ett i ett tillägg, eventuellt i form av en förlängning av det ursprungliga avtalet, som kan uppfattas ha en hög grad av särskiljbarhet från det ursprungliga avtalet. Det ursprungliga avtalet har eller kan fortfarande genomföras enligt upphandlingen, oaktat vad som händer med tilläggsavtalet. Att i det läget även ogiltigförklara det från början upphandlade avtalet framstår mer som ett bestraffande av avtalsparterna än ett återställande av utebliven konkurrens. Att återställa konkurrensen avseende tillägget framstår som tillräckligt.

¹⁵⁹ Se Asplund m.fl., s. 270.

¹⁶⁰ Se Asplund m.fl., s. 270.

Ett annat sätt att se på saken när det föreligger ändringar enligt typfall ett är som följer. Det är klarlagt att otillåten ändring innebär en otillåten direktupphandling och kan leda till ogiltighet. Likaså är det klart att kompletterande beställningar av en viss omfattning anges som otillåten ändring i LOU och LOU-direktivet. Däremot är det inte självklart att en otillåten direktupphandling som grundar sig i att parterna avsett att avtala om något som ett tillägg till ett befintligt avtal mellan dem, ska anses utgöra en del av det avtal som parterna har försökt komplettera. När domstolen underkänner tilläggsavtalet så innebär det att den underkänner möjligheten att se avtalet som en del av det tidigare upphandlade avtalet. Därmed kan domstolen anses ha fastställt att tilläggsavtalet är ett fristående avtal som ska ogiltigförklaras alldeles oberoende av det upphandlade avtalet, vilket kan bestå och genomföras enligt upphandlingen.

I typfall två har parterna ändrat förutsättningarna i det ursprungligen upphandlade avtalet. Eftersom ändringen har integrerats med ursprungsavtalet föreligger troligtvis ingen särskiljbarhet. Parterna har då visat på en vilja att inte genomföra avtalet enligt de ursprungliga förutsättningarna – att ogiltigförklara ändringarna för att återställa avtalet framstår därmed inte som ändamålsenligt. Det bör vara svårt att tvinga avtalsparterna att efterleva avtalet om de är överens om att vilja genomföra det på ett annat sätt. Det kan därmed motiveras att hela affären ska gå åter.

Ett leverantörsbyte enligt typfall tre torde ge en hög särskiljbarhet i bemärkelsen att en överenskommelse om att byta ut den ena avtalsparten innebär ett tydligt snitt genom hela affären där en ny leverantör tar vid där den första slutade. Å andra sidan måste beaktas huruvida syftet med ogiltighets- och ändringsbestämmelserna uppfylles om enbart avtalet med den nya leverantören ogiltigförklaras. Att en leverantör som inte har vunnit en upphandling tilldelas ett offentligt avtal genom ett leverantörsbyte gör ogiltigförklaring av den delen av avtalet okontroversiell. Den ursprunglige leverantören, oavsett vad som föranlett leverantörsbytet, har vidare tagit sig ur ett komplett fullgörande av den affär som vunnits genom upphandlingen. En sådan möjlighet att i efterhand begränsa omfattningen av ett upphandlat avtal väcker frågan om det kan ha funnits leverantörer som inte deltog i upphandlingen av den fullständiga affären men som hade varit intresserade av en upphandling av den begränsade affären. Sett till upphandlingsreglernas syften måste anses att hela avtalet ska ogiltigförklaras för att uppnå ändamålsenlig verkan. Att eventuella svårigheter kan uppkomma i relation till återställande av avtalet med den första leverantören är en annan fråga.

6 Konsekvenser av ogiltighet

6.1 Återgång av avtalade prestationer

Följderna av ogiltighet ska enligt artikel 2d.2 i ändringsdirektivet bestämmas i nationell lagstiftning. Av ingressen till direktivet, skäl 21, framgår särskilt att även frågor kring återbetalning och restitution måste fastställas i den nationella lagstiftningen. Vid direktivets genomförande ansåg regeringen det däremot ”varken nödvändigt eller lämpligt att reglera rättsföljden av ogiltigförklarat avtal”.¹⁶¹ Istället hänvisade regeringen till vad som gäller i civilrätten, vilket sammanfattades som följer: ”Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas.”¹⁶²

Den första effekten av att ett avtal förklaras ogiltigt är alltså att parternas förpliktelser vad gäller återstående prestationer enligt avtalet bortfaller.¹⁶³ Den svenska lösningen med ogiltighet *ex tunc*, sedan starten, innebär vidare att de prestationer som parterna redan har utfört enligt avtalet som huvudregel ska gå åter.¹⁶⁴ Parterna ska alltså lämna tillbaka vad de har mottagit av varandra med anledning av avtalet.¹⁶⁵

Är det inte möjligt att återställa någon eller flera av prestationerna så ska förmögenhetsläget mellan parterna, sådant det var innan det ogiltiga avtalet slöts, återställas på annat sätt.¹⁶⁶ Så kan vara fallet när prestationerna har bestått i tjänster som har utförts eller varor som sedan de har överlämnats har förstörts, förbrukats, sålts eller på annat sätt kommit ur mottagarens ägo. I förarbetena exemplifierades att för det fall levererade varor har förbrukats eller tjänster har utförts så kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av dessa, och om en byggnad har uppförts till hälften så får ersättning lämnas för det utförda.¹⁶⁷

¹⁶¹ Prop. 2009/10:180, s. 136.

¹⁶² Prop. 2009/10:180, s. 361.

¹⁶³ Se prop. 2009/10:180, s. 361, Asplund m.fl., s. 270, Grönfors & Dotevall, s. 212.

¹⁶⁴ Se prop. 2009/10:180, s. 361, Asplund m.fl., s. 270, Pedersen, s. 196 och Ramberg & Ramberg, s. 139 f.

¹⁶⁵ Se Ingvarsson, s. 86 och Grönfors & Dotevall, s. 212.

¹⁶⁶ Se prop. 2009/10:180, s. 361, Asplund m.fl., s. 270, Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 196, Forsberg, s. 327 och Herre, s. 579. Se även NJA 1987 s. 845.

¹⁶⁷ Prop. 2009/10:180, s. 361.

Då ogiltighet behandlas i civilrättsliga framställningar brukar hänvisas till vad som gäller för hävning inom köprätten.¹⁶⁸ Jämförelsen verkar bygga på att det rör sig om ogiltighet till följd av den ena partens otillbörliga beteende gentemot den andra och kan därmed inte okritiskt tillämpas vid upphandlingsrättslig ogiltighet.¹⁶⁹

Ett avgörande från HD visar att återställande av förmögenhetsläget bör vara en god måttstock vid upphandlingsrättslig ogiltighet. I målet hade ett avtal om fastighetsköp ogiltigförklarats med stöd av 4 kap. 1 § JB på grund av att de angivit en lägre köpeskillning än den som faktiskt utgått.¹⁷⁰ Enligt HD måste båda parter antas ha varit medvetna om felet och ändamålet ansågs typiskt sett vara att vilseleda myndighet eller tredje man. Ogiltighetsfall under sådana omständigheter, menade HD, intar en särställning när det kommer till att pröva anspråk på ersättning. Särdragen tycks ta sikte på det faktum att båda parter varit i ond tro rörande ogiltighetsgrunden samtidigt som de båda genomfört affären med avsikten att uppriktigt fullborda den. HD yttrade att en tungt vägande synpunkt torde vara att återgångsuppgörelsen om möjligt ska återställa förmögenhetsläget sådant det var innan det ogiltiga avtalet ingicks eftersom ”ingendera parten skall slutligen vinna på en ogiltig transaktion av detta slag”.

Ingvarsson anför att hur återgången av ett avtal genomförs styrs av ogiltighetsregelns syfte, men att ekvivalens brukar eftersträvas när prestationer ska återgå.¹⁷¹ Återgången av en prestation ska i princip motsvaras av en ekvivalent motprestation. Då fråga uppkommer om huruvida kompensation ska utges för eventuella värdeförändringar av det som återgår så sätter utgångspunkten om ekvivalens ramarna för eventuell sådan ersättningsskyldighet.¹⁷² Därmed, menar han, ska fråga om ersättning för värdeförändringar också behandlas som en del av återgångskravet, inte som en separat ersättningsgrund.¹⁷³ Resonemanget verkar stämma med lagstiftarens avsikt.

Att ersättning ska kunna utgå för den nytta en part har haft av motpartens prestation vinner bland annat stöd i 65 § KöpL och 44 § KKL. Bedömningen av vad som utgör nytta är enligt

¹⁶⁸ Se bland annat Ramberg & Ramberg, s. 140, Ingvarsson, s. 87 och NJA 2008 s. 392.

¹⁶⁹ Jfr NJA 2008 s. 392 där ett avtal hade ogiltigförklarats till följd av den ena partens förklaringsmisstag vilket den andra parten ansågs ha varit i ond tro om. Se även Ingvarsson, s. 87 f om att rätten till hävning, enligt de köprättsliga reglerna, kan utebli om en prestation inte kan återställas men att detta inte gäller vid ogiltighet.

¹⁷⁰ NJA 1987 s. 845.

¹⁷¹ Ingvarsson, s. 88.

¹⁷² Ingvarsson, s. 88.

¹⁷³ Ingvarsson, s. 88.

Ramberg & Herre oftast mer eller mindre skönsmässig.¹⁷⁴ De menar vidare att bestämmelserna om restitution och nytta ska tillämpas på samma sätt oberoende av vem som begått hävningsgrundande avtalsbrott, medan andra förluster får ersättas genom skadestånd. Detta ger ytterligare stöd till uppfattningen att återställningen ska göras enligt idén om ekvivalens och återställande av parternas förmögenhetsläge. Ersättningsanspråk som bygger på att den ena parten särskilt kan klandras för att avtalet har blivit ogiltigt får hanteras i en skadeståndsprocess vid sidan av avtalsåterställandet.

Med utgångspunkt i förarbetenas exempel på hur ersättning får utges då prestationer inte kan återställas kan reflekteras över storleken på ersättningen, ur ett principiellt perspektiv. *Ingvarsson* anför att frågan om parterna har rätt att kompensera varandra så att förmögenhetsläget återställes måste avgöras med hänsyn till huruvida detta förstärker eller försvagar ogiltighetsregelns effektivitet.¹⁷⁵

Den ersättning som framgår av avtalet mellan parterna torde anses vara något slags marknadsvärde eftersom avtalet har slutits till följd av en upphandling där den upphandlande myndigheten ska ha antagit det bästa anbudet. Om ersättningen, då avtalet har ogiltigförklarats men prestationerna inte kan återställas, skulle bestämmas högre än ersättningen i avtalet så försätts leverantören i en bättre ställning, vilket har inneburit en mer lukrativ affär än vad som utfallit av upphandlingen och andra leverantörer har inte kunnat konkurrera om den. Leverantören skulle därmed tjäna på att få avtalet ogiltigförklarat, åtminstone med avseende på de aktuella prestationerna.

Om ersättningen istället bestämdes lägre än vad som avtalats så skulle det innebära att den upphandlande myndigheten får en bättre affär än vad som följer av upphandlingen. Det skulle undergräva den upphandlande myndighetens incitament att göra rätt enligt upphandlingsreglerna och dessutom skulle det innebära att leverantören straffades hårdare än den upphandlande myndigheten till följd av ogiltigheten.

Resonemanget leder till att ersättningen till följd av ogiltigförklaringen bör motsvara ersättningen enligt avtalet. I den utsträckning som utförda prestationer inte kan återställas och därmed tillåts ersättas enligt villkoren i avtalet så blir effekten att avtalet i praktiken ogiltigför-

¹⁷⁴ *Ramberg & Herre*, s. 192.

¹⁷⁵ *Ingvarsson*, s. 101.

klaras ex nunc, till skillnad mot ex tunc som varit regeringens avsikt. Ogiltighet ex tunc förefaller i det läget inte genomförbart. Orsaken till detta måste vara att ogiltighetsgrunden i fråga inte avser skydda den ena parten särskilt, vilket annars hade inneburit att ersättningen hade kunnat bestämmas på ett sätt som hade låtit den ena partens vinst utebli. Istället innebär en rättvis fördelning vid återgångsöverenskommelsen att parterna i praktiken har tillåtits fullgöra avtalet till den delen.

6.2 Återställande i praktiken

Överprövning av avtals giltighet ska, som ovan har framgått, genomföras av förvaltningsrätt. Förvaltningsrätten ska ta ställning till huruvida avtalet ska ogiltigförklaras eller ej, men behöver däremot inte besluta om de särskilda konsekvenserna av ogiltigheten.¹⁷⁶ Enligt *Asplund m.fl.* behöver domstolen helt enkelt inte beakta rättsverkningarna av ogiltighet eller dess följder som skulle kunna innebära praktiska och ekonomiska bekymmer för avtalsparterna.¹⁷⁷

Det är således upp till parterna att därefter avveckla avtalet och efterleva förvaltningsrättens ogiltigförklaring. Ett problem är att avtalsparterna förmodligen saknar incitament till att avveckla avtalet och återställa sina respektive prestationer.¹⁷⁸ Till skillnad från många andra fall av ogiltighet i civilrätten så är det här en, från avtalet utomstående, tredje part som påkallar överprövningen av avtalets giltighet. Båda parter har förmodligen intresse av att låta så mycket som möjligt bestå och kanske ”göra klart vad de håller på med” medan den leverantör som ansökt om överprövning av avtalet i många fall har små förutsättningar att följa hur avtalsavvecklingen genomförs.

Frågor rörande utförda prestationer, återgångspåföljden och andra avvecklingsfrågor bör i princip kunna tas upp av allmän domstol.¹⁷⁹ Parterna bör givetvis kunna väcka talan mot varandra för att reda ut sådana frågor. En annan fråga, som inte ska utredas vidare här, är huruvida leverantören som genom sin ansökan till förvaltningsrätten har fått avtalet ogiltigförklarat kan väcka talan i allmän domstol rörande dessa frågor.

¹⁷⁶ Se *Asplund m.fl.*, s. 270-271.

¹⁷⁷ *Asplund m.fl.*, s. 270-271.

¹⁷⁸ Se *Asplund m.fl.*, s. 270.

¹⁷⁹ Se *Asplund m.fl.*, s. 269.

6.3 Upphandlingsskadeavgift

Ändringsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna under vissa omständigheter ska påföra den upphandlande myndigheten sanktioner. Om den nationella lagstiftaren väljer en ordning där ogiltighet inträder ex nunc, det vill säga att redan genomförda prestationer får bestå, så ska även föreskrivas att andra ”verkningsfulla sanktioner” ska tillämpas med beaktande av i vilken utsträckning avtalet därmed fortsätter att vara giltigt, artikel 2d.2 och skäl 21 i ändringsdirektivet. Vid genomförandet av direktivet så förklarades att eftersom ogiltighet ska gälla ex tunc i svensk rätt så krävs inga sådana alternativa sanktioner i samband med ogiltigförklaring av avtal.¹⁸⁰

Alternativa sanktioner ska även tillämpas för det fall ett avtal som har tillkommit genom en otillåten direktupphandling tillåts bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det följer av artikel 2d.3 i ändringsdirektivet som har genomförts i 21 kap. 1 § andra punkten LOU. Enligt 21 kap. 2 § LOU är Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet, i det läget skyldigt att ansöka om att upphandlingsskadeavgift ska påföras den upphandlande myndigheten.¹⁸¹ Det är förvaltningsrätten som beslutar om upphandlingsskadeavgift, 21 kap. 1 och 3 §§ LOU.

Av artikel 2e.2 i ändringsdirektivet följer att sanktionerna i fråga ska vara effektiva, proportionella och avskräckande och ska utgöras av antingen en avgift eller att avtalstidens längd förkortas. I bestämmelsens sista stycke anges att beviljande av skadestånd inte kan utgöra en sanktion i bestämmelsens mening. Det prövningsorgan som beslutar om sanktionen får enligt samma bestämmelse ges ett stort utrymme för en bedömning av relevanta omständigheter såsom överträdelsens allvar, myndighetens agerande samt, som ovan nämnts, i vilken utsträckning avtalet fortfarande är giltigt. I svensk rätt ska sanktionen bestå av en så kallad upphandlingsskadeavgift som enligt 21 kap. 4 § LOU ska uppgå till lägst 10 000 och högst 10 000 000 kronor, men ej överstigande tio procent av upphandlingens värde. I 5 § anges att överträdelsens allvar ska beaktas vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek. I ringa fall och vid synnerliga skäl får avgiften efterges.

¹⁸⁰ Se prop. 2009/10:180, s. 136 f.

¹⁸¹ Att Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling följer av 3 § andra punkten förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

Precis som regeringen sagt i förarbetena så krävs inga vidare sanktioner i samband med avtals ogiltigförklarande om det leder till att avtalet ogiltigförklaras ex tunc.¹⁸² Som anförts i avsnitt 6.1 så verkar det inte möjligt att genomföra en ogiltighet ex tunc i den utsträckning genomförda prestationer i ett avtal inte går att återställa. För att uppfylla skyldigheterna enligt ändringsdirektivet så måste därmed föreskrivas tillämpning av sanktioner enligt artikel 2e.2. I 21 kap. 1 § tredje punkten LOU finns det förvisso en möjlighet, där den svenska lagen går utöver vad som krävs av ändringsdirektivet, för tillsynsmyndigheten att frivilligt ansöka om upphandlingsskadeavgift om den upphandlande myndigheten har genomfört en otillåten direktupphandling.¹⁸³ Det kan ifrågasättas huruvida den möjligheten lever upp till kravet i artikel 2d.2 i ändringsdirektivet om att tillämpning av alternativa påföljder ska föreskrivas i den utsträckning ogiltighet tillämpas ex nunc.

6.4 Skadestånd

Upphandlande myndighet kan enligt 20 kap. 20 § LOU bli skadeståndsansvarig för den skada som en leverantör har orsakats genom överträdelser av reglerna i LOU. HD har med stöd av en dom från EU-domstolen slagit fast att EU-rätten inte tillåter att upphandlingsrättsligt skadeståndsansvar görs beroende av uppsåt eller oaktsamhet vid skadevållandet om det föreligger en klar överträdelse av EU-rätten.¹⁸⁴ *Hellner & Radetzki* menar att de detaljerade förfarandereglererna i LOU indirekt ger mer detaljerade förutsättningar för skadeståndsansvar än vad som är brukligt i svensk lagstiftning i övrigt.¹⁸⁵ Kretsen av skadeståndsberättigade är enligt 20 § leverantörer – de som lämnat anbud men även vissa som inte gjort det.¹⁸⁶ Behörig domstol är enligt 20 kap. 21 § LOU allmän domstol och talan ska väckas inom ett år från det att avtal har slutits eller förklarats ogiltigt.

I skadeståndsbestämmelsens första stycke anges att skada ska ersättas. Skada i bestämmelsens mening omfattar enligt förarbetena till 1992 års lag om offentlig upphandling kostnader som blivit onödiga genom den upphandlande myndighetens fel men även utebliven vinst; det så

¹⁸² Se skäl 21 och artikel 2d.2 i ändringsdirektivet.

¹⁸³ Se Asplund m.fl., s. 360 om att möjligheten alltså är fakultativ för tillsynsmyndigheten, att det inte krävs att domstol har slagit fast att otillåten upphandling har förelegat och att en ogiltigförklaring inte heller utgör ett hinder mot upphandlingsskadeavgift enligt tredje punkten.

¹⁸⁴ Se NJA 2007 s. 349 (Ishavet) och dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur* och *Factortame*, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkter 79-80. Se även *Hellner & Radetzki*, s. 436 som menar att det av skadeståndsbestämmelsens utformning framgår att skadeståndsansvaret är strikt när en överträdelse konstateras.

¹⁸⁵ *Hellner & Radetzki*, s. 435 f.

¹⁸⁶ Se *Forsberg*, s. 336 f.

kallade positiva kontraktsintresset.¹⁸⁷ Ersättning för utebliven vinst innebär att leverantören ska försättas i det ekonomiska läge den varit i om den slutit och genomfört avtalet.¹⁸⁸ I förarbetena angavs vidare att för att sådan skada ska anses ha uppkommit så krävs i princip att leverantören har förlorat kontraktet till följd av felet.¹⁸⁹ Enligt HD innebär det att ett felaktigt tilldelningsbeslut inte räcker, utan det är först vid ett avtalstecknande med leverantören som tilldelats upphandlingen som sådan skada uppkommit att rätt till det positiva kontraktsintresset kan föreligga.¹⁹⁰

HD har även sagt att även om det finns en möjlighet till ersättning för utebliven vinst så bör ersättningen i regel bestämmas till ett med hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp.¹⁹¹ För ersättning upp till det positiva kontraktsintresset krävs att leverantören visar att så kallad *adekvat kausalitet*, orsakssamband, föreligger mellan den upphandlande myndighetens regelöverträdelse och skadan.¹⁹² Med andra ord ska leverantören visa att den sannolikt skulle ha erhållit avtalet om det inte vore för den upphandlande myndighetens begångna fel, vilket istället har lett till att leverantören har gått miste om avtalet.¹⁹³

Andra stycket i skadeståndsbestämmelsen anger att en leverantör, med en lättare bevisbörda, kan erhålla skadestånd för det negativa kontraktsintresset, vilket omfattar kostnader för att förbereda anbud och för att delta i upphandlingen.¹⁹⁴ För att erhålla sådan ersättning krävs att leverantören visar att dennes möjligheter att erhålla kontraktet menligt påverkats av den upphandlande myndighetens fel. HD har förklarat att det ska finnas en realistisk möjlighet att erhålla avtalet och att den möjligheten har minskat genom begånget fel.¹⁹⁵

Det står klart att skadeståndsskyldighet kan uppstå vid överträdelser i samband med upphandlingsprocessen.¹⁹⁶ I samband med införandet av reglerna om överprövning av avtals giltighet i upphandlingsreglerna behandlades i förarbetena frågan om upphandlingsrättsligt skadestånd i

¹⁸⁷ Prop. 1992/93:88, s. 102 f. Även s. 46 om att effektivitetsskäl ansågs ligga bakom införandet av möjligheten till fullt skadestånd. Se vidare i Forsberg, s. 334 ff.

¹⁸⁸ Se Sundstrand, *En introduktion*, s. 226 och Asplund m.fl., s. 376 f.

¹⁸⁹ Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹⁹⁰ NJA 2013 s. 762 (Fidelia) punkt 18.

¹⁹¹ NJA 2000 s. 712 (Tvättsvamparna).

¹⁹² Sundstrand, *En introduktion*, s. 226. Se vidare i Asplund m.fl., s. 372 f.

¹⁹³ Se NJA 2000 s. 712 (Tvättsvamparna) och Asplund m.fl., s. 380.

¹⁹⁴ Prop. 1992/93:88, s. 103 och Asplund m.fl., s. 376.

¹⁹⁵ NJA 2013 s. 762 (Fidelia) punkt 19.

¹⁹⁶ Se Forsberg, s. 332.

förhållande till de nya situationer som skulle kunna uppkomma.¹⁹⁷ Om en leverantör lider skada till följd av att avtal ogiltigförklaras på grund av fel begånget av den upphandlande myndigheten, så ansågs att leverantören rimligen ska ha rätt till skadestånd. Enligt regeringen var de befintliga skadestandsreglerna i LOU utan vidare tillämpliga på dessa nya situationer så ingen ändring ansågs nödvändig. Däremot skulle nya situationer och skador uppkomma, i förhållande till vad som förekommit i den upparbetade praxisen, och huruvida ersättning ska utgå i de här nya situationerna lämnades till rättstillämpningen att avgöra.

I ytterligare ett avgörande från HD, som bör kunna vara vägledande i dessa situationer, anförde domstolen att för det fall inget anbudsförfarande har genomförts så är det svårt att avgöra vilken leverantör som skulle ha vunnit en upphandling om den hade genomförts.¹⁹⁸ HD slog fast att om så är fallet så måste leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och som dessutom skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna avtalet ha rätt till skadestånd. Skadeståndet kan överstiga det negativa kontraktsintresset och ska bestämmas genom en skönsmässig bedömning till ett med hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp.

Den första gruppen som kan komma i fråga som skadestandsberättigade är de leverantörer som genom den upphandlande myndighetens överträdelser av upphandlingsreglerna har berövats sina möjligheter att konkurrera om det upphandlade avtalet. HD har däremot slagit fast att ingen skadeståndsskyldighet föreligger i den mån skadan i fråga undanröjes genom domstolens rättelse på grund av en överprövning.¹⁹⁹ Att ett avtal förklaras ogiltigt reparerar därmed skadan för de leverantörer som inte fått chans att tilldelas kontraktet och utesluter deras rätt till skadestånd. Om domstolen däremot underlåter att ogiltigförklara ett avtal där förutsättningarna för ogiltigförklaring är uppfyllda torde rätt till skadestånd för samma grupp föreligga. Eftersom ingen upphandling har skett kan de inte ha rätt till ersättning för nedlagda kostnader eller liknande. Om de sannolikt skulle ha lämnat anbud vid en eventuell upphandling och haft en realistisk chans att vinna så skulle däremot rätt till skadestånd utöver det negativa kontraktsintresset kunna inträda.²⁰⁰

¹⁹⁷ Prop. 2009/10:180, s. 226.

¹⁹⁸ NJA 2007 s. 349 (Ishavet).

¹⁹⁹ NJA 2013 s. 762 (Fidelis) punkter 18 och 19.

²⁰⁰ Se Asplund m.fl., s. 382 f.

För det fall ett avtal har ogiltigförklarats efter att prestationer som inte kan återställas har utförts så kan, enligt resonemanget under avsnitt 6.1, utförda prestationer komma att ersättas på ett sätt som i praktiken innebär ogiltighet ex nunc. I den mån utförda prestationer således består kan sökande leverantörs skada inte anses undanröjd vilket innebär att en rätt till skadestånd kan föreligga.

De leverantörer som tilldelats avtal, som sedermera ogiltigförklaras, är den andra gruppen som kan tänkas bli skadeståndsberättigade. Med tanke på att en leverantör som tilldelas ett avtal blir medkontrahent till den upphandlande myndigheten så bör den även förvärva ett inflytande över eventuella ändringar av avtalet. Situationen kan anses skilja sig från den då den upphandlande myndigheten på egen hand vidtar åtgärder under ett upphandlingsförfarande och därigenom orsakar skada för en leverantör.²⁰¹

I förarbetena till det svenska genomförandet av ändringsdirektivet anförs att domstolen bör genomföra en skälighetsbedömning då den har att ta ställning till frågan om skadestånd, och dess storlek, för en leverantör som fått sitt tilldelade avtal ogiltigförklarat.²⁰² Vid skälighetsbedömningen bör domstolen kunna beakta frågan om leverantören varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse.²⁰³

Avsikten tycks vara att den upphandlande myndighetens ansvar för sina överträdelser av upphandlingsreglerna är detsamma då exempelvis en otillåten ändring resulterar i avtals ogiltigförklarande som när fel i upphandlingsförfarandet leder till att upphandlingen rättas eller måste göras om. Däremot verkar även leverantören som sluter avtal med den upphandlande myndigheten mycket riktigt anses kunna bära ett visst ansvar för de ändringar som deras gemensamma avtal genomgår. Parterna får tillsammans kontroll över avtalsförhållandets utveckling och leverantörens onda tro rörande ett fel som sedermera resulterar i avtalets ogiltighet medför en klandervärdhet som kan begränsa eller helt undanröja dennes rätt till skadestånd från den upphandlande myndigheten. Leverantörens goda eller onda tro i det här sammanhanget torde ta sikte på kännedom om de omständigheter som utgör grund för ett potentiellt ogiltig-

²⁰¹ Jfr Struckmann & Hodal, s. 35 om att vinnande leverantör som blir avtalspart intuitivt kunde anses få bära risken tillsammans med den upphandlande myndigheten för att avtalet ogiltigförklaras.

²⁰² Prop. 2009/10:188, s. 226.

²⁰³ Prop. 2009/10:188, s. 226.

förklarande av avtalet, snarare än kännedom om upphandlingsreglernas eventuella tillåtlighet av åtgärden i fråga.²⁰⁴

Om leverantören kan visa att den varit i god tro rörande omständigheterna som sedermera föranlett en ogiltigförklaring av avtalet så bör ersättningen kunna uppgå till det positiva kontraktssintresset. Leverantören har då förlorat avtalet till följd av den upphandlande myndighetens fel. Ersättningen kan däremot bara omfatta de affärer som har ingått i det ursprungliga avtalet, vilket är det avtal som leverantören har förlorat genom ogiltigförklaringen. Affärer som avsetts tillkomma genom den ändring som föranlett ogiltigheten har inte varit tillåtna att förhandla in utan upphandling. Leverantören får därmed samma möjligheter som andra leverantörer på marknaden att konkurrera om dessa, ifall den upphandlande myndigheten genomför en ny upphandling.

7 Sammanfattande analys och slutsatser

7.1 Betydelsen och behovet av ogiltighet i upphandlingsrätten

Möjligheten att ogiltigförklara upphandlade avtal har införts för att säkra upphandlingsrättens genomslag. När ett avtal uppstår, som borde ha upphandlats enligt LOU utan att så har skett, finns numera möjligheter att överpröva dess giltighet. Möjligheten tillkommer alla de aktörer på marknaden som har gått miste om chansen att konkurrera om avtalet och ogiltighet anses på ett effektivt sätt återställa marknadens tillgång till affären i fråga.

För att säkerställa att alla leverantörer på marknaden får samma möjligheter att konkurrera om offentliga affärer har ändringsregler införts, vilka begränsar i vilken utsträckning ett upphandlat avtal får ändras utan att en ny upphandling krävs. Är ändringarna sådana att det nya avtal som uppstår hade renderat andra anbud eller andra anbudsgivare, om det hade varit vad som upphandlades från början, så ska en ny upphandling genomföras. Med strikta regler om upphandlingsprocessen utan begränsningar av hur det upphandlade avtalet sedermera får ändras hade upphandlingsreglerna och deras syfte enkelt kunnat kringgås. Riskerna för korruption och sidoöverenskommelser hade varit påtagliga.

²⁰⁴ Se Pedersen, *Ogiltighet*, s. 818 som även exemplifierar med en situation då den upphandlande myndigheten lämnar information som ger leverantören anledning att tro att grund för undantagsförfarande utan annonsering förelegat. Jfr även Struckmann & Hodal, s. 35.

Innebörden av ogiltighet kan beskrivas, ur ett partsperspektiv, med att avtalsparternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet upphör eller, ur ett avtalsperspektiv, med att avtalet inte blir gällande enligt sitt innehåll. Båda beskrivningarna lämnar oklarheter för parterna som varit mitt uppe i att genomföra sina förpliktelser enligt avtalet då det ogiltigförklaras. I civilrätten finns många olika grunder för ogiltighet och vad som händer när en sådan grund föreligger varierar.

Hur ogiltigheten inträder, vem som kan göra den gällande och vad följderna blir beror i praktiken på omständigheterna och vad syftet är med ogiltighetsregeln som är för handen. Upphandlingsrättslig ogiltighet skiljer sig från civilrättslig ogiltighet i många fall genom dess syfte att skydda tredje man, som dessutom är ett kollektiv av potentiella konkurrenter, istället för att ta sikte på relationen mellan parterna och skydda något intresse i anslutning därtill.

Mer konkret så måste upphandlingsrättslig ogiltighet göras gällande, av någon behörig, för att inträda. Fram tills så sker, eller om så inte sker inom en begränsad överprövandefrist, är avtalet giltigt. Alla på marknaden som hade kunnat intressera sig för affären i fråga har rätt att angripa avtalets giltighet.

Ordningen för att ogiltighet ska inträda motiveras av en balans mellan en okänd leverantörs möjlighet att upptäcka ett fel och ansöka om överprövning och den upphandlande myndighetens intresse av att någon gång veta att avtalet inte kommer att kunna ogiltigförklaras. Samtidigt som ett avtal slutet av en upphandlande myndighet ofta kan ha att göra med samhällsnytta så finns det motstående intresset av att främja god konkurrens på marknaden och motverka korruption. Om behovet av avtalet är så pass klämmande för samhället att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan anses vara för handen så kan domstolen underlåta att ogiltigförklara avtalet, trots att omständigheterna annars påbjuder att avtalet skulle ogiltigförklaras.

7.2 Ogiltighetens genomslag i upphandlade avtal

Vid genomförande av ändringsdirektivet och reglerna om ogiltighet i upphandlingsrätten har medlemsstaterna möjlighet att välja huruvida ogiltighet ska inträda ex tunc, sedan avtalsteckande, eller ex nunc, endast för framtiden. Vid en första anblick låter det hela ganska okomplicerat, men vid en fördjupning i upphandlingsrättslig ogiltighet på grund av otillåten avtalsändring blir det snabbt oklart vad avsikten är.

Avtalsrelationer kan se ut på varierande sätt och likaså kan otillåtna ändringar innebära alltifrån en ingripande ändring av det ursprungliga avtalsförhållandet till ett närmast fristående tillägg vid sidan av det. Det som blir oklart är vad som avses med *avtalet* som ska ogiltigförklaras *ex tunc* eller *ex nunc*. Om en upphandling resulterar i ett avtal som får löpa och till fullo genomföras under tre års tid varpå det sedermera förlängs med ytterligare tre år utan stöd i avtalet eller upphandlingsreglerna blir frågan om enbart den obefogade förlängningen ska anses ogiltig eller om även det ursprungliga avtalet ska omfattas.

För att möjligheten att välja på ogiltighet *ex tunc* eller *ex nunc* skulle anses ta sikte på just den frågan så måste avtalet i ogiltighetsregelns mening avse avtalsförhållandet i sin helhet. Så verkar inte nödvändigtvis vara fallet. Lagstiftaren har uttalat att ogiltighet *ex tunc* ska råda i svensk upphandlingsrätt. I flera underrättsfall har däremot enbart en förlängning eller ett tillägg ogiltigförklarats medan det ursprungliga avtalet har fått bestå.

En annan möjlighet är att ogiltighetsregelns benämning av *avtalet* tar sikte på den del av avtalsförhållandet som kan hänföra sig till den ogiltighetsgrundande ändringen och huruvida det föreligger materiell särskiljbarhet. I avsnitt 5.1 introducerades tre typfall av ogiltighetssituationer grundade på avtalsändringar:

Typsituation ett Avtal om tillägg till eller förlängning av det ursprungliga avtalet.

Typsituation två Avtal om ändring av förutsättningarna i det ursprungligen upphandlade avtalet.

Typsituation tre Leverantörsbyte.

I typfall ett skulle ogiltigheten hänföra sig till tilläggsavtalet. Dess särskiljbarhet från huvudavtalet skulle motiveras med att domstolens underkännande av tillägget i praktiken innebär att tillägget inte alls är en del av huvudavtalet. Tilläggsavtalet är istället att se som en enskild otillåten direktupphandling vilken parterna har försökt förhandla in under ett befintligt avtalsförhållande. En sådan lösning torde vara acceptabel ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv med tanke på att det ursprungligen upphandlade avtalet har eller fortfarande kan genomföras såsom det upphandlades.

I typfall två har ändringarna genomförts i den befintliga avtalsrelationen på ett sätt som har förfelat det ursprungliga avtalet tillräckligt för att det inte längre ska kunna tillåtas bestå till någon del. Avtalet såsom det upphandlades har inte genomförts och kan inte genomföras enligt de ursprungliga förutsättningarna.

I typfall tre har ett leverantörsbyte genomförts. Affären såsom den upphandlades kan förvisso ur den upphandlande myndighetens perspektiv genomföras såsom det var tänkt. Ur leverantörernas perspektiv så har affären de konkurrerade om däremot delats upp, varpå den vinnande leverantören endast har fullgjort en del av den medan en annan leverantör har tilldelats resten utan upphandlingsförfarande. I linje med upphandlingsreglernas syften torde krävas att affären i sin helhet återgår och upphandlas på nytt.

7.3 Ogiltighetens konsekvenser för avtalet

Den omedelbara konsekvensen av att ett avtal ogiltigförklaras är att parternas framtida åtaganden enligt avtalet upphör att gälla. Eftersom ogiltighet, enligt lagstiftaren, ska inträda ex tunc ska även redan utförda prestationer gå åter. I den mån genomförda prestationer av praktiska skäl inte kan återställas får den part som mottagit prestationen ersätta motparten på annat sätt, vanligen i ekonomisk ersättning. Syftet med återgången är att förmögenhetsläget mellan parterna, sådant det var innan avtalet ingicks, ska återställas. Ingen av parterna ska vinna på att avtalet ogiltigförklaras.

När ersättningen för ej återställbara prestationer ska bestämmas torde värdet rimligen bestämmas i nivå med vad parterna avtalat. Eftersom avtalet har upphandlats måste ersättningen enligt avtalet anses motsvara ett marknadsvärde. Dessutom skulle en högre eller lägre ersättning förskjuta det förmögenhetsläge som enligt det ovan anförda ska återställas.

Parternas respektive goda tro eller klandervärdhet påverkar varken avtalets ogiltigförklarande eller avtalets återgång. Sådana faktorer kan däremot beaktas i en senare skadeståndsprocess mellan parterna.

7.4 Andra konsekvenser till följd av ogiltighet på grund av otillåtna ändringar

Rätt till skadestånd tillkommer de leverantörer som lider skada till följd av den upphandlande myndighetens överträdelse av reglerna i LOU. Då ett avtal ogiltigförklaras till följd av en otill-

låten direktupphandling kan leverantörer på marknaden knappast ha haft några kostnader för förberedande av anbud eller liknande, vilka blivit onödiga, och eventuell skada för att ha gått miste om affären undanröjes i den utsträckning avtalet ogiltigförklaras. Till den del prestationerna i det ogiltiga avtalet inte kan återställas så återstår en möjlig rätt till skadestånd.

Den leverantör som har tilldelats det ursprungliga avtalet som sedermera ogiltigförklaras genom parternas gemensamma ändring av avtalet kan ha rätt till skadestånd. Rätt till skadestånd föreligger då i den utsträckning leverantören gått miste om affären enligt det tilldelade avtalet och i den utsträckning leverantören har varit i god tro i förhållande till de omständigheter som föranlett avtalets ogiltigförklarande.

Om förutsättningar föreligger för att ogiltigförklara ett avtal men domstolen låter det bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse så ska den upphandlande myndigheten påföras en sanktion. I Sverige tillämpas upphandlingsskadeavgift. Detsamma gäller om avtalet ogiltigförklaras, i den utsträckning avtalet ändå får bestå. Lagstiftaren ansåg att några regler om upphandlingsskadeavgift i det senare fallet inte var nödvändigt i svensk rätt eftersom ogiltighet ska tillämpas ex tunc. I denna framställning har anförts att ogiltighet i praktiken kan komma att tillämpas ex nunc i vissa situationer. För att Sverige ska uppfylla sitt ansvar i förhållande till ändringsdirektivet måste upphandlingsskadeavgift tillämpas i de fallen.

7.5 Sammanfattning

Möjligheten att överpröva giltigheten av ett upphandlat avtal är uppenbarligen ett viktigt verktyg för att säkra upphandlingsreglernas effektiva genomslag. Tillsammans med överprövning av upphandling och möjligheterna till skadestånd torde nu finnas ett heltäckande, effektivt batteri av rättsmedel.

Upphandlingsrättslig ogiltighet skiljer sig mot civilrättslig ogiltighet i många fall, genom att den avser att skydda tredje man snarare än någon av parterna i deras inbördes förhållande. Ogiltighet har däremot visat sig vara ett brett koncept som ges innebörd och rättsverkningar anpassade efter omständigheterna och syftet med grunden för den aktuella ogiltigheten.

När ett befintligt avtal ändras på ett sätt som resulterar i att ogiltighet blir aktuellt uppstår en oklar situation. Huruvida det är ett problem i praktiken, vid de nationella domstolarna är en

annan fråga. Möjligen finns det i varje givet mål ett okomplicerat svar på frågan med vilken omfattning ogiltighet ska drabba parternas avtalsförhållande. Förmodligen sker det med en mer eller mindre omedveten ad hoc-bedömning. Domstolen kanske anpassar utfallet efter hur parterna har utformat sina yrkanden, eller på vad den tycker att utredningen i målet räcker till. Ur ett teoretiskt, systematiskt perspektiv förefaller rättsläget däremot oklart vilket antyder att förutsebarheten brister.

Att svaret på det presenterade problemet inte har givits i direktiven är säkerligen inte ett misstag, utan får antas bero på att lösningen har ansetts bäst få utvecklas genom domstolspraxis. Ofta är fallet, särskilt inom EU-rätten, att god lagstiftning bildas genom kodifiering av domstolspraxis, som har fått växa fram allteftersom verkliga situationer ställs inför domstolarnas prövning.

Att å ena sidan beakta intresset av att skydda leverantörerna på marknaden och den rättvisa konkurrensen, och å andra sidan de upphandlande myndigheternas utrymme att göra affärer enligt sina behov, torde ge en god avvägning när upphandlingsrättsliga problem ska lösas. Mot den bakgrunden framstår den föreslagna lösningen, där den upphandlingsrättsliga ogiltighetens omfattning tar sikte på huruvida de föreliggande ändringarna är särskiljbara från den ursprungligen upphandlade affären, som lämplig.

Återställandet av ett avtal som har förklarats ogiltigt väcker intressanta frågor. Ur upphandlingsrättsligt perspektiv så är målet att affären ska gå åter så att den upphandlande myndigheten får upphandla på nytt, enligt regelverket, och på så vis återställa konkurrensen. Att ett avtal ogiltigförklaras mot parternas vilja torde vara ovanligt, om man tittar på civilrätten i allmänhet. Det kan ifrågasättas vad det innebär för parternas incitament att fullt ut återställa ett ogiltigt avtal.

Källförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann, *Avtal: lärobok i allmän avtalsrätt*, 14 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

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

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure, Stockholm, 2012 [cit. Asplund m.fl.].

Bergman, Mats (red.), Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling: på rätt sätt och rätt pris*, Studentlitteratur, Lund, 2011 [cit. Bergman m.fl.].

Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag?*, JT 2009-10 s. 477.

Bernitz, Ulf, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Magnusson Sjöberg, Cecilia, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka och Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 14 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017 [cit. Bernitz m.fl.].

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2018.

Bramsjö, Sven, *Om avtals återgång: en studie över innehållet i återgångspåföljden* (ak. avh.), Gleerup, Lund, 1950.

Dominguez Olivera, Rafael, *Modification of Public Contracts*, EPPPL, vol. 10, 2015, s. 35-49.

Dotevall, Rolf, *Avtal*, Studentlitteratur, Lund, 2017.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars, Pauli, Mikael, *Rättegång, första häftet*, 9 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016 [cit. Ekelöf m.fl.].

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 3 u., Jure, Stockholm, 2014.

Forsberg, Niclas, *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUFSS och LOV*, 4 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

Grauers, Per Henning, *Person och avtal: en kortfattad inledning till person- och avtalsrätten*, 4 u., Liber, Stockholm, 2017.

- Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, *Avtalslagen: en kommentar*, 5 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001.
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 9 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.
- Herre, Johnny, *Svensk rättspraxis, förmögenhetsrätt 1978-2004*, SvJT 2005 s. 549-760.
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.
- Ingvarsson, Torbjörn, *Ogiltighet och rättsföljd*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2012.
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1-10.
- Jonsson, Håkan, *Implementering av EU-rätten i Sverige – både ett juridiskt och ett politiskt projekt!*, ERT 2007 s. 5.
- Kihlman, Jon, *Contract law and public procurement*, UrT 2015 s. 246.
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21-45.
- Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, FT 1989 s. 115.
- Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990 s. 41.
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika – ogiltighet av avtal*, ERT 2010 s. 812 [cit: Pedersen, Ogiltighet].
- *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure, Stockholm, 2017 [cit. Pedersen, Upphandlingens grunder].
- Racca, Gabriella M. & Cavallo Perin, Roberto, *Material Amendments of Public Contracts During Their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption*, EPPPL, vol. 8, 2013, s. 279-293.
- Ramberg, Christina, Beshar, Alexander, Carlson, Laura, Croon, Adam, Granmar, Claes, Kleist, David, Leviner, Pernilla & Norée, Annika, *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*, Stockholm, 2018 [cit. Ramberg m.fl.].
- Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Allmän köprätt*, 8 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

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

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, TfR, vol. 118, 4-5/2005, s. 648-656 [cit. Sandgren, Rättsdogmatiken].

- *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap*, TfR, vol. 120, 3/2007, s. 388-407 [cit. Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar].
- *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2015 [cit. Sandgren, Rättsvetenskap].

Simovart, Mari Ann, *Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules*, UrT 2015 s. 33 [cit. Simovart, Remedies].

- *Enforcement of Ineffectiveness of Unlawfully Modified Public Contracts*, Juridica International 2016 nr 1, s. 43-54 [cit. Simovart, Ineffectiveness].
- *Current issues related to remedies system under the EU public procurement law*, UrT 2018 s. 1 [cit. Simovart, Current issues].

Struckmann, Kai, Hodal, Peter, *Private Enforcement of Contract Ineffectiveness: A Practitioner's Point of View*, EPPPL, vol. 9, 2014, s. 27-36.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt* (ak. avh.), Jure, Stockholm, 2012 [cit. Sundstrand, Primärrättens reglering].

- *Offentlig upphandling: en introduktion*, 2 u, Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit. Sundstrand, En introduktion].

Ussing, Henry, *Aftaler paa formuerettens omraade*, 3 u., Juristforbundets forlag, Köpenhamn, 1978.

Wilman, Folkert, *Private enforcement of EU law before national courts: the EU legislative framework*, Edward Elgar Publishing, UK, 2015.

Elektroniskt material

Nord, Eskil, *lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, kommentar till 17 kap. 8 §* (version 2018-05-12) ”www.pro-karnovgroup.se” (cit. Nord).

Offentligt tryck

EU

Direktiv

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 (cit. första rättsmedelsdirektivet).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (cit. 2004 års LOU-direktiv).

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (cit. tjänstedirektivet).

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

Kommissionen

Commission Staff Working Document - Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (presented by the Commission pursuant to Article 250 (2) of the EC Treaty) - {COM/2006/195} - Impact Assessment Report – Remedies in the Field of Public Procurement, SEC(2006) 557 [cit. Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report].

Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling, KOM(2006) 195 slutlig.

Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig.

Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om effektiviteten av direktiv 89/665/EEG och direktiv 92/13/EG, ändrat genom direktiv 2007/66/EG, avseende prövningsförfaranden inom offentlig upphandling.

Sverige

Propositioner

Prop. 1992/93:88	Om offentlig upphandling
Prop. 2009/10:180	Nya rättsmedel på upphandlingsområdet
Prop. 2015/16:195	Nytt regelverk om upphandling
-	Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, Lag om avbetalningsköp m.m. (cit. Förslag till AvtL)

Departementsserien

Ds 2009:30

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet

Domstolar

EU

Dom av den 20 september 1988, *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:422.

Dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur och Factortame*, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79.

Dom av den 10 april 2003, *kommissionen/Tyskland*, C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220.

Dom av den 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5.

Dom av den 13 november 2007, *kommissionen/Irland*, C-507/03, EU:C:2007:676.

Dom av den 19 juni 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351.

Dom av den 23 december 2009, *Conisma*, C-305/08, EU:C:2009:807.

Dom av den 28 januari 2010, *Uniplex*, C-406/08, EU:C:2010:45.

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1987 s. 845

NJA 2000 s. 712 (Tvättsvamparna)

NJA 2002 s. 322

NJA 2004 s. 682

NJA 2007 s. 349 (Ishavet)

NJA 2008 s. 392

NJA 2013 s. 762 (Fidelia)

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2005 ref. 10 (Ryanair)

RÅ 2005 ref. 47 (MiROi)

RÅ 2009 ref. 69 (Svensk Rörinfodring)

HFD 2012 ref. 2 (Maserfrakt)

HFD 2012 ref. 27 (Fresenius Kabi)

HFD 2013 ref. 53 (NEC)

Kammarrätten

Kammarrättens i Stockholm dom av den 24 november 2014 (mål nr 4174-14)

Kammarrättens i Stockholm dom av den 27 april 2015 (mål nr 2200-15)

Kammarrättens i Göteborg beslut av den 23 maj 2016 (mål nr 1625-16)

Kammarrättens i Göteborg beslut av den 21 juli 2016 (mål nr 2979-16)

Kammarrättens i Stockholm dom av den 21 juni 2017 (mål nr 7355-16)

Kammarrättens i Stockholm dom av den 15 mars 2018 (mål nr 4410-17)

Förvaltningsrätten

Förvaltningsrättens i Stockholm dom av den 26 april 2017 (mål nr 20198-16)

Myndigheter

Sverige

Upphandlingsmyndigheten & Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Stockholm, 2017
(Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5 & Konkurrensverket rapport 2017:11).