

LIU-IEI-FIL-A--14-01664--SE

## Negativt berörd?

Om talerätt för vinnande leverantör vid mål om överprövning av offentlig upphandling

## Negatively affected?

Locus standi for winning tenderers in cases of appeals of public procurement

Peter Riiga

HT 2013 / VT 2014

Handledare: Pernilla Norman



Masteruppsats / Affärsjuridiska masterprogrammet  
Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling

## Sammanfattning

I framställningen redogörs för och analyseras vinnande leverantörs talerätt i mål om överprövning av offentlig upphandling. Talerätten för vinnande leverantör är sprungen ur Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) praxis varför tyngdpunkt ligger på analys av denna samt av kammarrättspraxis utifrån klagorätt i förvaltningsprocessen, samt ytterligare processuella frågor såsom förhandlingsprincipen, processram, rättskraft och processekonomi. Vidare diskuteras talerätsfrågan utifrån unionsrättens krav på effektiva rättsmedel. Syftet är att klargöra gällande rätt avseende talerätt för vinnande leverantör och att problematisera talerätten utifrån frågor som uppkommit i praxis och frågor som ännu inte prövats av överrätt.

Enligt unionsrätten har varje berörd leverantör rätt till ett effektivt prövningsförfarande för offentliga upphandlingar, vilket i Sverige utgörs av ansökan om överprövning hos förvaltningsrätten. Vinnande leverantör kunde tidigare inte försvara sin tilldelning inom ramen för en konkurrents ansökan om överprövning. Genom HFD:s plenumavgörande i Arqdesign-målet tillerkändes den vinnande leverantören rätt att yttra sig i förvaltningsrätten för det fall leverantören hotades av uteslutning och möjlighet att överklaga en eventuellt följande dom om uteslutning. Omställningen av praxis har gett upphov till flera HFD-avgöranden där talerätten förtydligats.

I analysen riktas främst kritik mot kammarrätternas inställning att en dom där uteslutning endast föreskrivs domskälsvis inte är överklagbar för den vinnande leverantören. Vidare kan det inte uteslutas att även andra situationer bör medföra klagorätt, exempelvis vid domar om att upphandlingen ska göras om eller rättelser av utvärderingspoäng. Utgångspunkt bör tas i den faktiska effekten av domstolens avgörande för den vinnande leverantören. Härvid kan inte göras skillnad på vad som slutligen anges i domslut respektive domskäl, förutsatt att avgörandet är tydligt nog.

Flera oklarheter kvarstår, exempelvis huruvida invändningar från den vinnande leverantören avseende sökandens kvalifikationer kan beaktas, betydelsen av att mål om offentlig upphandling inte vinner negativ rättskraft och vissa processekonomiska överväganden såsom vid fallet att flera vinnande leverantörer vid ramavtalsupphandlingar berörs. Generellt saknas hänvisningar till unionsrätten i HFD:s avgöranden avseende talerätsfrågor vilket, beaktat den starka unionsrättsliga anknytningen, är olyckligt ur rättssäkerhetsperspektiv.

# Innehållsförteckning

<b>FÖRKORTNINGAR.....</b>	<b>1</b>
<b>1 INLEDNING.....</b>	<b>2</b>
1.1 PROBLEMBAKGRUND .....	2
1.2 PROBLEMFÖRMULERING .....	3
1.3 SYFTE .....	3
1.4 METOD OCH MATERIAL .....	4
1.5 AVGRÄNSNINGAR .....	4
1.6 DISPOSITION .....	5
<b>2 UNIONSRÄTTENS GENOMSLAG OCH BAKGRUND TILL UPPHANDLINGSLAGSTIFTNINGEN... 6</b>	<b>6</b>
2.1 INTRODUKTION .....	6
2.2 UNIONSRÄTTENS FÖRETRÄDE OCH GENOMSLAG .....	6
2.2.1 Rättsskyddsprincipen .....	7
2.2.2 Rättsskyddsprincipens genomslag i nationell processrätt .....	8
2.4 UNIONSRÄTTSLIG BAKGRUND TILL UPPHANDLINGSLAGSTIFTNINGEN .....	9
<b>3 ÖVERPRÖVNINGSPROCESSEN.....</b>	<b>12</b>
3.1 INTRODUKTION .....	12
3.2 ÖVERPRÖVNING AV OFFENTLIG UPPHANDLING .....	12
3.2.1 Allmänt om överprövning .....	12
3.2.2 Avtalspär, interimistiskt beslut och tiodagarsfrist .....	13
3.2.3 Instansordning .....	13
3.2.4 Talerätt enligt LOU .....	14
3.2.5 Parterna .....	14
3.2.6 Ingripande enligt LOU .....	15
3.2.7 Ingripandet .....	15
3.2.8 Överklagande av domstols avgörande .....	16
3.3 KLAGORÄTT .....	17
3.3.1 Allmänt om klagorätt .....	17
3.3.2 Saklegitimation .....	17
3.3.3 Kontraritet .....	19
3.4 SÄRSKILDA PROCESSUELLA FRÅGOR I UPPHANDLINGSMÅL .....	20
3.4.1 Introduktion .....	20
3.4.2 Officialprincipen och förhandlingsprincipen .....	20
RÅ 2009 ref. 69 .....	20
3.4.3 Saken i upphandlingsmål och instansordningsprincipen .....	21
HFD 2013 ref. 5 .....	21
3.4.4 Domstolen är inte bunden av parternas yrkanden och medgivanden .....	22
RÅ 2005 ref. 47 .....	22
3.4.5 Negativ rättskraft .....	23
HFD 2013 ref. 36 .....	24
<b>4 RÄTTSFALL – TALERÄTT .....</b>	<b>25</b>
4.1 INTRODUKTION .....	25
4.2 RÅ 2002 REF. 5 (ÄLDRE) .....	25
4.2.1 Bakgrund .....	25
4.2.2 Regeringsrätten .....	25
4.3 RÅ 2007 NOT. 131 (ÄLDRE) .....	26
4.3.1 Bakgrund .....	26
4.3.2 Regeringsrätten .....	27
4.4 ARQDESIGN (HFD 2011 REF. 29) .....	27
4.4.1 Bakgrund .....	27
4.4.2 HFD .....	28
4.4.3 Skiljaktiga meningar .....	29
4.5 RÖKE BUSS (HFD 2011 NOT. 64) .....	30

4.5.1 Bakgrund .....	31
4.5.2 HFD .....	32
4.6 SKANSKA (HFD 2011 REF. 85) .....	32
4.6.1 Bakgrund .....	32
4.6.2 HFD .....	34
4.7 MASERFRAKT (HFD 2012 REF. 2) .....	34
4.7.1 Bakgrund .....	34
4.7.2 HFD .....	35
4.8 EUROPARK (HFD 2013 REF. 24).....	36
4.8.1 Bakgrund .....	36
4.8.2 HFD .....	38
4.9 KAMMARRÄTSPRAXIS .....	38
4.9.1 Introduktion .....	38
4.9.2 Vinnande leverantörs klagorätt.....	38
4.9.2.1 Rättelse, ytterligare en leverantör ska tillåtas delta i upphandlingen.....	38
4.9.2.2 Rättelse, innefattande instruktioner om hur utvärdering ska göras .....	39
4.9.2.3 Rättelse, tillämpa utvärderingskriterier annorlunda enligt domskälen.....	39
4.9.2.4 Rättelse, uteslutning enligt domskälen .....	39
4.9.2.5 Rättelse innefattande uteslutning, men där domstolen inte har prövat grunder avseende det konkurrensuppsökande skedet .....	41
4.9.2.6 Dom om att upphandlingen ska göras om .....	42
4.9.2.7 Ogiltigförklaring av avtal.....	42
4.9.3 Invändning om uppfyllelse av skakrav .....	43
Mama Mia.....	44
NFB Transport.....	44
<b>5 ANALYS .....</b>	<b>46</b>
5.1 INTRODUKTION .....	46
5.2 SAMMANFATTNING AV RÄTTSLÄGET .....	46
5.2.1 Något om den processuella regleringen i allmänhet .....	46
5.2.2 Klagorätt.....	46
5.2.3 Negativt berörd leverantör .....	47
5.3 NÄR ÄR VINNANDE LEVERANTÖR NEGATIVT BERÖRD?.....	48
5.3.1 Allmänt .....	48
5.3.2 Dom om att upphandlingen ska göras om.....	49
5.3.3 Dom om rättelse utan uteslutning.....	50
5.3.4 Rangordnade ramavtal.....	50
5.3.5 Slutsatser .....	51
5.4 I VILKEN ORDNING SKA YRKANDEN OCH OMSTÄNDIGHETER PRÖVAS? .....	51
5.4.1 Felpåstående som omfattar flera faser .....	51
5.4.2 Slutsatser .....	53
5.5 UTESLUTNING I DOMSLUTET RESPEKTIVE I DOMSKÄLEN .....	53
5.5.1 Endast domslutet är överklagbart .....	53
5.5.2 Är endast domslutet relevant? .....	54
5.5.3 Är det någon skillnad?.....	55
5.5.4 Ingen negativ rättskraft.....	56
5.5.5 Domstolstrots .....	57
5.5.6 Slutsatser .....	57
5.6 VINNANDE LEVERANTÖRS INVÄNDNING OM SKAKRAV .....	58
5.6.1 (När) ska invändningen beaktas av domstolen?.....	58
5.6.2 Skillnad mellan motpart och motpart?.....	59
5.6.3 Invändning - rättskraft.....	60
5.6.4 Invändningen och likabehandlingsprincipen.....	62
5.6.5 Slutsatser .....	63
5.7 DISKUSSION AVSEENDE RÄTTEN TILL EFFEKTIVA RÄTTSMEDEL .....	63
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....</b>	<b>67</b>

## Förkortningar

Dir.	Kommittédirektiv
Dnr.	Diarienummer
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (2010/C 83/02)
EU	Europeiska Unionen
ERT	Europarättslig Tidskrift
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JO	Justitieombudsmannen
KKV	Konkurrensverket
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SOU	Statens Offentliga Utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Problembakgrund

Unionsrätten tillerkänner alla berörda leverantörer rätt till effektiva förfaranden för prövning av offentliga upphandlingar, så kallade effektiva rättsmedel. Rättsmedlet för en leverantör som vill klandra genomförandet av en upphandling i Sverige utgörs av ansökan om överprövning hos förvaltningsrätten.<sup>1</sup> Den leverantör som i tilldelningsbeslut pekas ut som vinnare kan inte vara helt säker på att kontraktet är vunnet förrän avtalsspärren löpt ut och ingen överprövning inletts. Fram till HFD:s plenumavgörande i Arqdesign-målet<sup>2</sup> hade den vinnande leverantören inte heller någon möjlighet att inom ramen för en konkurrents överprövning av den vunna upphandlingen försvara sin tilldelning.<sup>3</sup> Den tidigare ordningen har ansetts inskränka leverantörers rätt till effektiva rättsmedel.<sup>4</sup> Genom nämnda avgörande har dock HFD gett den vinnande leverantören möjlighet att dels yttra sig i förvaltningsrätten, dels att överklaga domen, såsom negativt berörd.

HFD har därefter i flera avgöranden förtydligat och preciserat innebörden av talerätten för negativt berörd leverantör i mål om offentlig upphandling.<sup>5</sup> Att frågor kring denna talerätt har varit frekvent förekommande i det fåtal prövningstillstånd som HFD lämnat i mål om offentlig upphandling, talar för att rättsläget inte varit särskilt klart.

Frågan om talerätten för negativt berörd leverantör är av stor praktisk betydelse för parterna i överprövningsprocessen. Att ytterligare en part tillkommer i en överprövning komplicerar givetvis målet något. Samtidigt har parterna ett stort behov av att på förhand känna till förutsättningarna i överprövningsprocessen. Inte sällan rör upphandlingsmål stora belopp och beslut måste fattas brådskande på grund av avtalsspärr och domstolarnas krav på skyndsam

---

<sup>1</sup> 16 kap. 4 § LOU.

<sup>2</sup> HFD 2011 ref. 29, se även avsnitt 4.4.

<sup>3</sup> Det förelåg även viss osäkerhet i frågan om vinnande leverantör hade möjlighet att överpröva nästkommande tilldelningsbeslut på grund av det första avgörandets negativa rättskraft. Se dock avsnitt 3.4.5 härom.

<sup>4</sup> Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling. En kommentar*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, 2013, s. 596.

<sup>5</sup> Se avsnitt 4.

handläggning. Detta behov gör sig gällande vid såväl inledandet av som under pågående överprövning. För den vinnande, negativt berörda, leverantören innebär talerätsfrågan en möjlighet att snabbt och effektivt förhindra att tilldelningen av ett kontrakt går förlorad på grund av en annan leverantörs ansökan om överprövning. För den sökande leverantören innebär talerätsfrågan en risk att en tredje part stjälper överprövningen. För beställaren är talerätsfrågan främst av processekonomisk betydelse i den meningen att om en och samma fråga kan prövas i samma överprövningsprocess, istället för att en liknande tvist slits vid nästa tilldelningsbeslut, kan detta innebära en tidsvinst i upphandlingsprocessen.

Fråga uppkommer därför om rättsläget i frågan om talerätten avseende negativt berörd leverantör numera är klargjort. Vilka talerätsfrågor kvarstår sedan HFD:s efterkommande avgöranden – och vilka har tillkommit? Hur förhåller sig nuvarande rättsläge till unionsrättens krav på effektiva rättsmedel?

## **1.2 Problemformulering**

Hur ser talerätten ut avseende negativt berörd leverantör i mål om offentlig upphandling?

Inom denna fråga ryms delfrågorna:

- Vilka delar är klargjorda respektive inte klargjorda?
- Vilka ytterligare frågeställningar kring talerätten avseende negativt berörd leverantör har uppkommit?

Utifrån resultatet av frågorna ovan diskuteras följande fråga:

- Hur förhåller sig det nuvarande svenska rättsläget, avseende frågan om talerätt för negativt berörd leverantör, till unionsrättens krav på effektiva rättsmedel?

## **1.3 Syfte**

Syftet med uppsatsen är att utreda vad som kan anses klargjort avseende talerätten för negativt berörd leverantör i mål om offentlig upphandling, men även att belysa dels de frågor som tagits upp i praxis men som inte

nödvändigtvis besvarats tillräckligt, dels frågor och oklarheter som ännu inte tagits upp i praxis. Härvid är syftet även att diskutera vilka avvägningar som kan behöva göras i de frågor som inte helt kan besvaras i uppsatsen. Vidare ämnas betydelsen av rätten till effektiva rättsmedel i förhållande till talerätsfrågorna avseende negativt berörd part belysas.

Målgruppen för uppsatsen är jurister och personer som uppträder som ombud för parterna i mål om överprövning av offentlig upphandling.

#### **1.4 Metod och material**

I den del av uppsatsen som avser utredande av gällande rätt kommer traditionell juridisk metod att tillämpas, varvid lagtext, förarbeten, praxis och doktrin kommer att användas.<sup>6</sup> Tyngdpunkt kommer att ligga på praxis från HFD, eftersom det är där talerätten avseende negativt berörd leverantör utvecklats. Även kammarrättspraxis kommer att användas i syfte att bredda underlaget till förmån för belysandet av frågeställningarna. Vidare tillmäts kammarrättspraxis i mål om offentlig upphandling ofta visst prejudikatvärde eftersom så få prövningstillstånd meddelas av HFD.

För att belysa frågan hur det svenska rättsläget förhåller sig till unionsrättens krav på effektiva rättsmedel kommer teleologisk metod användas som hjälpmetod.<sup>7</sup> Detta eftersom EU-domstolen vid tillämpning av kravet på effektiva rättsmedel tar sikte på om konsekvensen av nationella regler i enskilda situationer överensstämmer med kravets underliggande syfte eller inte.<sup>8</sup> Både primärrätten och sekundärrätten utgör relevant material för denna del.

#### **1.5 Avgränsningar**

De tre svenska upphandlingslagarna LOU, LUF och LUFSS delar, i de för uppsatsen relevanta delarna, processuella regler gällande överprövning. Av utrymmes- och förenklingsskäl kommer dock lagrumshänvisningar i första

---

<sup>6</sup> Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, upplaga 2, Norstedts Juridik, 2007, s. 37 f.

<sup>7</sup> Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red), *EU-rättslig metod : Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, upplaga 2:1, Norstedts Juridik, 2011, s. 168 ff.

<sup>8</sup> Se vidare avsnitt 2.2.



hand enbart göras till LOU och endast i förekommande fall till LUF och LUFSS, exempelvis i rättsfallsreferat. Vidare beaktas inte särskilt i uppsatsen det faktum att möjliga bakomliggande materiella omständigheter som kan mynna ut i en överprövning av en upphandling varierar beroende på tillämplig upphandlingslag.

Det görs i uppsatsen inget anspråk på någon uttömmande beskrivning av vilka talerätsfrågor som kan aktualiseras.

## **1.6 Disposition**

Framställningen inleds av en referensram varefter analys och diskussion avseende materialet i referensramen följer. Slutsatser sammanfattas i slutet av varje delavsnitt i analysen.

Referensramen delas in i tre delar. Den första delen (avsnitt 2) behandlar unionsrättens genomslag i nationell materiell rätt och dess intrång i den nationella processrätten. Vidare ges en kortfattad beskrivning av den unionsrättsliga bakgrunden till den svenska upphandlingslagstiftningen. Därefter redogörs allmänt för överprövningsprocessen i mål om offentlig upphandling, talerätt och klagorätt enligt förvaltningsprocessen, samt andra processuella frågor i upphandlingsmål av intresse för den fortsatta framställningen (avsnitt 3). Den sista delen i referensramen utgörs av rättsfallsreferat från HFD och kammarrätterna avseende talerätt i upphandlingsmål (avsnitt 4).

Efter referensramen följer en analys av de frågor som ställts upp under problemformuleringen i avsnitt 1.2 (avsnitt 5). Avsnittet inleds med en sammanfattning av rättsläget, varefter identifierade oklarheter och frågeställningar analyseras. Avslutningsvis diskuteras det svenska rättsläget i förhållande till unionsrättens krav på effektiva rättsmedel.

## 2 Unionsrättens genomslag och bakgrund till upphandlingslagstiftningen

### 2.1 Introduktion

I kapitlet behandlas översiktligt unionsrättens företräde framför nationell rätt. Av särskilt intresse är EU:s rättsskyddsprincip och EU-domstolens tillämpning av kravet på domstolsprövning i förhållande till den nationella processrätten. Vidare ges en kortfattad beskrivning av den unionsrättsliga bakgrunden till den svenska upphandlingslagstiftningen.

### 2.2 Unionsrättens företräde och genomslag

Sverige har genom 10 kap. 6 § RF överlåtit viss lagstiftningskompetens till EU. Enligt principen om unionsrättens företräde åligger det nationella domstolar att inte tillämpa en bestämmelse som står i strid med unionsrätten. Företrädesprincipen slogs fast av EU-domstolen 1964 och har därefter utvecklats och utökats i omfattning genom flera avgöranden.<sup>9</sup> Vidare framgår företrädesprincipen av art. 288 FEUF. Företrädesprincipen, tillsammans med principen om direkt effekt<sup>10</sup> och lojalitetsprincipen<sup>11</sup>, innebär att det åligger medlemsländerna och deras organ att säkerställa de unionsrättsliga bestämmelsernas fulla genomslag och verkan. Utöver nämnda principer får unionsrätten också genomslag i nationell materiell rätt genom så kallad direktivkonform tolkning<sup>12</sup> och unionskonform tolkning<sup>13</sup>. Särskilt viktigt är att de nationella domstolarna behandlar unionsrätten som hierarkiskt högre rätt än

---

<sup>9</sup> Se EU-domstolens mål 6/64, *Costa mot ENEL*, mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, mål 106/77, *Simmmenthal*, mål C-213/89, *Factortame m.fl.*, mål C-453/99, *Courage och Crehan* och mål C-198/01, *CIF*.

<sup>10</sup> Se EU-domstolens mål 26/62, *van Gend en Loos* och mål 41/74, *van Duyn*.

<sup>11</sup> Se art. 4.3 FEU.

<sup>12</sup> Direktivkonform tolkning kallas även indirekt effekt samt Colson-principen, efter EU-domstolens mål C-14/83, *von Colson*, och innebär att unionsrätten när det finns tolkningsutrymme måste beaktas även för det fall den unionsrättsliga bestämmelsen inte har direkt effekt.

<sup>13</sup> Om nationell lagstiftning anpassats efter den unionsrättsliga lösningen, trots att detta inte krävs på grund av medlemsstatens åtagande genom medlemskapet i EU, ska den nationella lagstiftningen ändå tolkas konformt med unionsrätten och EU-domstolens domar, se EU-domstolens mål C-28/95, *Leur-Bloem*, punkt 32.

nationell rätt.<sup>14</sup> Underlåter en nationell domstol att tillämpa unionsrätten enligt ovan nämnda principer kan det i sista hand resultera i fördragsbrottstalan enligt art. 258 FEUF. Den för denna framställning intressanta delen av unionsrättens genomslag är dock inte främst genomslaget i materiell rätt, utan intrånget i nationell processrätt, varför behandlingen av ovan nämnda principer inte behandlas vidare nedan.

### 2.2.1 Rättsskyddsprincipen

Genom den så kallade rättsskyddsprincipen får unionsrätten även visst genomslag i nationell processuell reglering. Rättsskyddsprincipen används ofta som ett samlingsnamn för flera principer avseende unionsrättens intrång i den nationella processrätten i syfte att tillförsäkra framför allt enskildas rättsskydd.<sup>15</sup> Unionsrätten saknar i princip processuella bestämmelser.<sup>16</sup> Istället gäller som utgångspunkt att medlemsländernas egna processuella regler ska tillämpas vid genomdrivandet av unionsrätten. Detta har i doktrin kommit att kallas nationell processuell autonomi och slogs fast av EU-domstolen i målet *Roquette*.<sup>17</sup> För att inte undergräva det effektiva genomslaget för den materiella unionsrätten har den nationella processuella autonomin kommit att underkastas (1) *likvärdighetsprincipen*; medlemsländernas regler får varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande situationer enligt nationell rätt och (2)

---

<sup>14</sup> Nergelius, Joakim, *Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, 2000, s. 62.

<sup>15</sup> Engström, Johanna, *Rättsskyddsprincipens krav på talerätt i nationell domstol i ljuset av RÅ 2006 ref 9 och C-216/02 – ombyttan av roller i främjandet av EG-rättens effektivitet?*, ERT 2006:3, s. 517.

<sup>16</sup> Vissa processuella bestämmelser ingår ibland, se exempelvis rättsmedelsdirektiven (Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna samt 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).

<sup>17</sup> EU-domstolens mål 26/74, *Roquette*.

*effektivitetsprincipen*,<sup>18</sup> medlemsländernas regler får inte göra utövandet av unionsrättsliga rättigheter praktiskt omöjligt eller orimligt svårt.<sup>19</sup>

EU-domstolen har flertalet gånger slagit fast att principen om ett effektivt domstolsskydd utgör en allmän princip för unionsrätten som har sitt ursprung i medlemsländernas gemensamma konstitutionella traditioner.<sup>20</sup> Principen har även stadfästas i art. 6 och 13 EKMR samt art. 47 rättighetsstadgan.<sup>21</sup> För att unionsrättens minimikrav på nationella processregler ska aktualiseras krävs att det är fråga om ett anspråk som grundas på unionsrätten. Begränsningar i rätten till domstolsprövning kan dock enligt Hettne och Otken Eriksson godtas för det fall de grundas på legitima samhällshänsyn, exempelvis processekonomiska överväganden, men måste då stå sig vid en intresse-avvägning mot intresset av att unionsrättens effektiva genomslag.<sup>22</sup>

När det gäller överklagbarheten av beslut fås enligt unionsrätten ingen vikt vid om beslutet klassificeras som ett beslut eller inte. Istället utgår unionsrätten från verkningarna av beslutet och om den enskilde kan anses berörd av beslutet. Exempelvis kunde en enskild i målet *Kühne* överklaga ett förberedande beslut som i sig saknade rättsverkningar.<sup>23</sup>

## 2.2.2 Rättsskyddsprincipens genomslag i nationell processrätt

Ett av de tydligaste exemplen på rättsskyddsprincipens genomslag i svensk processrätt är RÅ 1997 ref. 65 (Lassagård).<sup>24</sup> I fallet Lassagård åsidosatte dåvarande Regeringsrätten ett överklagandeförbud avseende Länsstyrelsens

---

<sup>18</sup> Effektivitetsprincipen kallas även ”*principen om effektiva rättsmedel*” respektive ”*genomdrivandekraver*”, se Bernitz, Ulf, *Europarättens genomslag*, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, 2012, s. 28 respektive Engström, *Toskansk olivolja får svenska domstolar på glid – EG-rättens betydelse för några förvaltningsprocessrättsliga spörsmål*, ERT 2005:1, s. 146.

<sup>19</sup> Se EU-domstolens mål 45/76, *Comet* och mål 33/76, *Rewe*.

<sup>20</sup> Se EU-domstolens mål C-222/84, *Johnston*, punkterna 18-19, mål C-222/86, *Heylens m.fl.*, punkt 14, mål C-424/99, *kommissionen mot Österrike*, punkt 45, mål C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, punkt 39, mål C-467/01, *Eribrand*, punkt 61 och mål C-432/05, *Unibet*.

<sup>21</sup> Den svenska översättningen av ”*remedies*” i art. 19.1 FEU har i doktrin ansetts felaktig eftersom den enbart talar om möjligheter till överklagande. Enligt Bernitz och Hettne och Otken Eriksson bör översättningen istället vara den som gjorts i art. 47.1 rättighetsstadgan, det vill säga ”*rätt till ett effektivt rättsmedel*”, se Bernitz, s. 29 och Hettne och Otken Eriksson, s. 206.

<sup>22</sup> Hettne och Otken Eriksson, s. 209 f.

<sup>23</sup> EU-domstolens mål C-269/99, *Kühne m.fl.*.

<sup>24</sup> Se vidare Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsbeslut – överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning*, upplaga 1:1, Studentlitteratur, 2010, s. 144 ff.

beslut om avslag på ansökan om arealersättning med stöd av allmänna unionsrättsliga principer samt art. 6 och 13 EKMR.

Unionsrättens genomslag i svensk rätt har diskuterats i doktrinen. Prof. Bernitz anser att den av svenska domstolar tillämpas lojalt och i regel i enlighet med rättsskyddsprincipen.<sup>25</sup> Bernitz anser dock att det finns en återhållsamhet hos svenska domstolar att hänvisa till unionsrätten, vilket skapar osäkerhet kring huruvida unionsrätten slår igenom eller inte.<sup>26</sup> Även Engström har kritiserat denna återhållsamhet, bland annat avseende RÅ 2004 ref. 8.<sup>27</sup> I målet fann dåvarande Regeringsrätten att Livsmedelsverkets ”konglomerat av uttalanden” vid vad som betecknades som en informationsåtgärd utgjorde ett förvaltningsrättsligt beslut. Beslutet var överklagbart på grund av dess faktiska effekt för den enskilde, trots att det varken var verkställbart eller fick positiv rättskraft<sup>28</sup>.

Vad gäller talerätt i upphandlingsmål ska här även nämnas EU-domstolens dom i målet *Fastweb*.<sup>29</sup> Frågan i målet var om den nationella processregeln, att en invändning från den vinnande leverantören om att sökanden rätteligen uteslutits från upphandlingsförfarandet innebär rättegångshinder för sökanden, var förenlig med rättsmedelsdirektivets artikel 1.3. I den aktuella upphandlingen hade endast två leverantörer lämnat anbud. EU-domstolen underkände den nationella processregeln, eftersom den sökande leverantören i förevarande fall har ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts och upphandlingen görs om.

## **2.4 Unionsrättslig bakgrund till upphandlingslagstiftningen**

LOU innehåller procedurregler för det offentliga anskaffning av varor och tjänster. De EU-direktiv som ligger till grund för den svenska upphandlingslagstiftningen syftar till att förhindra att offentliga medel används för att diskriminera eller missgynna vissa leverantörer, skapa handelshinder

---

<sup>25</sup> Bernitz, s. 20 f.

<sup>26</sup> Bernitz, s. 32.

<sup>27</sup> Engström, ERT 2005:1.

<sup>28</sup> Angående begreppet positiv rättskraft, se Melin, Stefan, *Juridikens begrepp*, upplaga 5, Iustus, 2012, s. 317.

<sup>29</sup> EU-domstolens mål C-100/12, *Fastweb*.

eller på något annat sätt ta ovidkommande hänsyn vid offentlig upphandling. Även de delar av regleringen i LOU som inte uttryckligen omfattas av direktiven har anpassats efter de direktivstyrda bestämmelserna,<sup>30</sup> vilket innebär att dessa delar ska tillämpas enligt unionskonform tolkning. Oavsett upphandlingsförfarande finns det således ett starkt unionsrättsligt intresse av att upphandlingen följer unionsrätten.

För att säkerställa upphandlingsdirektivens efterlevnad ska medlemsstaterna tillse att snabba och effektiva rättsmedel finns för leverantörer som vill få till en rättslig prövning av beställares genomförande av offentliga upphandlingar.<sup>31</sup> Denna rättighet tillkommer varje leverantör som har eller har haft intresse av att erhålla ett upphandlingskontrakt.<sup>32</sup> Rättsmedlet överprövning av upphandling är av främst intresse för denna framställning, vilket behandlas vidare i avsnitt 3. Gällande vilka beslut i offentliga upphandlingar som kan underställas domstolsprövning ska enligt EU-domstolens praxis alla beslut eller viljeyttringar från beställarens sida kunna bli föremål för överprövning förutsatt att de har någon faktisk verkan, vilket även bekräftats av HFD.<sup>33</sup>

Den viktigaste bestämmelsen i LOU, och som återfinns även i LUF och LUFSS,<sup>34</sup> är 1 kap. 9 § LOU som stadgar att beställare vid genomförandet av offentliga upphandlingar ska iaktta de för offentlig upphandling grundläggande unionsrättsliga principerna; likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, transparensprincipen, principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen.<sup>35</sup> I regel kan samtliga bestämmelser i upphandlingslagstiftningen härledas till en eller flera av de grundläggande principerna.

Av de grundläggande principerna är likabehandlingsprincipen, vilken innebär att leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn i upp-

---

<sup>30</sup> Se kap. 15 LOU.

<sup>31</sup> Art. 1.1 direktiv 89/665/EEG.

<sup>32</sup> Art 1.3 direktiv 89/665/EEG.

<sup>33</sup> Se EU-domstolens mål C-92/00, *HI*, mål C-15/04, *Koppensteiner*, mål C-26/03, *Stadt Halle m.fl.* samt HFD 2013 ref. 36 och RÅ 2005 ref. 62.

<sup>34</sup> 1 kap. 24 § LUF respektive 1 kap. 11 § LUFSS.

<sup>35</sup> Se beaktandesats 2 och artikel 2 Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster. Läsaren förutsätts dock känna till den närmare innebörden av de grundläggande principerna. I övrigt hänvisas till prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 131 f.

handlingsprocessen, av särskilt intresse för denna framställning. Enligt EU-domstolen strider det mot likabehandlingsprincipen att i en offentlig upphandling anta ett anbud som inte uppfyller skakraven.<sup>36</sup> Även om skakraven måste vara kontrollerbara,<sup>37</sup> finns det enligt kammarrättspraxis ingen skyldighet i sig för beställaren att kontrollera att samtliga skakrav faktiskt uppfylls, för det fall anbudsgivaren angett att så är fallet.<sup>38</sup> Beställaren har således rätt att genom senare tilldelningsbeslut utesluta en tidigare kvalificerad anbudsgivare på grund av uppgifter som blivit kända först efter tidigare tilldelningsbeslut. Detta gäller oavsett om uppgifterna blivit kända genom överprövning eller inte. I anslutning till frågan om talerätt för negativt berörd leverantör har frågor uppkommit kring likabehandlings-principens förhållande till skakraven i offentlig upphandling, vilket behandlas vidare under avsnitt 4.9.3.

---

<sup>36</sup> EU-domstolens mål C-243/89, *Stora Bält*.

<sup>37</sup> EU-domstolens mål C-448/01, *Wienstrom*, punkt 49-52.

<sup>38</sup> Se Kammarrättens i Göteborg beslut av den 30 september 2011 i mål nr 3105-11,3107-11.

## 3 Överprövningsprocessen

### 3.1 Introduktion

Processuella regler är regler som ger tvisten dess karaktär. Kapitlet inleds med en redogörelse för domstolsprocessen vid överprövning av offentlig upphandling. Därefter behandlas särskilt frågan om klagorätt i förvaltningsprocessen i allmänhet. Eftersom talerätsfrågan avseende negativt berörd leverantör träffas av ytterligare processuella frågor redogörs också särskilt för några av dessa, vilka kommer att vara av intresse för den senare analysen.

### 3.2 Överprövning av offentlig upphandling

#### 3.2.1 Allmänt om överprövning

Regler om överprövning återfinns i 16 kap. LOU. En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan ansöka om överprövning av upphandlingen hos allmän förvaltningsdomstol, 16 kap. 4 § första punkten LOU, det vill säga som första instans förvaltningsrätten i vars domkrets beställaren har sin hemvist, 16 kap. 5 § första stycket LOU. Även avtals giltighet kan överprövas för det fall leverantören anser att avtalet ingåtts genom otillåten direktupphandling eller i strid med interimistiska bestämmelser eller beslut, 16 kap. 4 § andra punkten LOU samt 13 § samma kapitel.

Det finns i svensk rätt ingen särskild processlag för mål om offentlig upphandling. Eftersom målen handläggs av de allmänna förvaltningsdomstolarna tillämpas FPL,<sup>39</sup> som är subsidiär till annan speciallagstiftning,<sup>40</sup> och innehåller de centrala bestämmelserna för förvaltningsrättsliga mål. Även allmänna förvaltningsrättsliga principer tillämpas på överprövningsprocessen.<sup>41</sup> I den mån varken FPL eller allmänna förvaltningsrättsliga principer ger tillräcklig ledning tillämpas den allmänna processrättens regelsystem.

---

<sup>39</sup> 1 § FPL

<sup>40</sup> 2 § FPL

<sup>41</sup> FL är också tillämplig eftersom offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning, se Rosén Andersson m.fl., s. 573.



Här kan även nämnas att den relativa osäkerhet som alltjämt råder avseende reglerna för överprövning av offentlig upphandling har resulterat i att regeringen nyligen tillsatt en utredning i syfte att effektivisera upphandlingsförfarandena.<sup>42</sup> Utredningen tar dock inte särskilt sikte på frågan om talerätt för negativt berörd leverantör.

### **3.2.2 Avtalsspärr, interimistiskt beslut och tiodagarsfrist**

Enligt 16 kap. 6 § andra stycket LOU får en upphandling inte överprövas efter att avtal slutits. Efter att tilldelningsbeslut meddelats löper därför en avtalsspärr under vilken beställaren inte får ingå avtal förrän tio eller 15 dagar gått från det att tilldelningsbeslutet skickades.<sup>43</sup> En ansökan om överprövning ska dessutom ha inkommit till förvaltningsrätten inom avtalsspärren, 16 kap. 11 § LOU. Inkommer en ansökan för sent ska domstolen således avvisa ansökan. Under tiden för överprövning i förvaltningsrätten löper normalt även en förlängd avtalsspärr, vilket innebär att avtal inte får ingås under överprövningsprocessen, 16 kap. 8 § första stycket LOU. För det fall förlängd avtalsspärr inte råder kan detta även uppnås genom att rätten förordnar om interimistiskt beslut, 16 kap. 9 § första stycket LOU. Efter att förvaltningsrätten eller kammarrätten har avgjort ett mål där förlängd avtalsspärr eller interimistiskt förordnande gällt, gäller den så kallade tiodagarsfristen, 16 kap. 10 § första och andra styckena LOU, inom vilken avtal inte heller får ingås.<sup>44</sup>

### **3.2.3 Instansordning**

Överprövning av offentlig upphandling handläggs som ovan nämnts av de allmänna förvaltningsdomstolarna – förvaltningsrätt, kammarrätt och slutligen HFD. Vid överklagande till kammarrätt krävs prövningstillstånd för att målet ska prövas i sak, 16 kap. 5 § andra stycket LOU. Prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätt meddelas vid så kallad ändringsdispens, granskningsdispens, prejudikatdispens och extraordinär dispens.<sup>45</sup> Vid överklagande till HFD meddelas prövningstillstånd endast vid prejudikatdispens och extraordinär dispens, 36 § första stycket FPL. HFD har

---

<sup>42</sup> Dir. 2013:105 Ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar.

<sup>43</sup> Beroende på om beslutet skickades elektroniskt eller inte, 16 kap. 1 § LOU.

<sup>44</sup> Tiodagarsfristen gäller även när HFD fattat interimistiskt beslut och återförvisar målet till lägre instans, 16 kap. 10 § tredje stycket LOU.

<sup>45</sup> 34a § andra stycket FPL.

således liksom HD ställning som prejudikatinstans vilket innebär att kammarrätten ofta är den faktiska slutinstansen.<sup>46</sup>

### 3.2.4 Talerätt enligt LOU

Den ovannämnda bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten enligt LOU. Rekvisiten för att få sin ansökan om överprövning prövad i sak är följande. Den sökande ska för det första vara *leverantör* enligt upphandlingsrättens terminologi.<sup>47</sup> För det andra ska denne anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Det är således fråga om ett subjektivt rekvisit varvid sökandens egen uppfattning är relevant.<sup>48</sup> Det krävs heller inte att leverantören deltagit i upphandlingen för att denne ska kunna uppnå rekvisiten för talerätt.<sup>49</sup> En leverantör kan dock inte överpröva en upphandling om det inte finns något beslut som gått denne emot,<sup>50</sup> varför en vinnande leverantör inte kan inleda en överprövning av upphandlingen. Vid rangordnade ramavtal kan dock situationen uppkomma, att en leverantör tilldelas kontrakt men är missnöjd med placeringen i rangordningen. En sådan tilldelning är möjlig att överpröva, trots att leverantören tilldelats kontrakt.<sup>51</sup> Talerätt och andra processhinder ska prövas ex officio av domstolen, men i praktiken krävs normalt att part upplyser domstolen om eventuella processhinder.<sup>52</sup>

### 3.2.5 Parterna

Den myndighet som fattat tilldelningsbeslut eller annat beslut i upphandlingen blir den sökande leverantörens motpart i överprövningsprocessen, 7 a § FPL. Leverantörens ansökan ska kommuniceras motparten varvid denne ska föreläggas svara inom viss tid, 10 § FPL. Vid överklaganden kallas den part som överklagat avgörandet för klagande istället för sökande. När en vinnande leverantör bereds yttra sig i målet hos förvaltningsrätten enligt den praxis som redogörs för under avsnitt 4.8 intar leverantören partsställning i målet. Vad

---

<sup>46</sup> Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, upplaga 9:1, Jure Förlag, 2012, s. 155. I SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling förordar flera remissinstanser ett ökat antal meddelade prövningstillstånd av HFD i upphandlingsmål, se s. 349 f.

<sup>47</sup> Se 2 kap. 11 § LOU.

<sup>48</sup> HFD 2013 ref. 53.

<sup>49</sup> EU-domstolens mål C-26/03, *Stadt Halle m.fl.* och mål C-230/02, *Grossman*.

<sup>50</sup> Se vidare avsnitt 3.3.

<sup>51</sup> Kammarrättens i Stockholm beslut av den 17 december 2009 i mål nr 3628-09.

<sup>52</sup> Rosén Andersson m.fl., s. 592.

denna partsställning innebär är delfrågorna behandlas vidare i avsnitt 5. Om den negativt berörda leverantören överklagar intar den ursprungliga sökande leverantören ställning som motpart tillsammans med beställaren, vilket kan te sig paradoxalt eftersom de mycket väl kan ha motsatta uppfattningar.

### 3.2.6 Ingripande enligt LOU

För att en leverantör ska nå framgång med en överprövning krävs väsentligen mer än vad som krävs för talerätt. Enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU krävs för att rätten ska ingripa mot upphandlingen dels att beställaren brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna som stadgas i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU (nedan ”upphandlingsfel”), dels att upphandlingsfelet medfört att den sökande lidit eller kan komma att lida skada (nedan ”skaderekvisitet”).<sup>53</sup> Båda rekvisiten för ingripande mot upphandlingen är objektiva och det måste föreligga ett orsakssamband mellan upphandlingsfelet och skadan eller risken för skada för den sökande leverantören. Om domstolen finner att sökanden själv inte uppfyller samtliga skakrav, och därmed rätteligen är utesluten eller ska uteslutas ur det vidare upphandlingsförfarandet, kan denne normalt inte anses uppfylla skaderekvisitet.<sup>54</sup>

### 3.2.7 Ingripandet

Konstaterar domstolen att beställaren begått ett upphandlingsfel och att den sökande leverantören lidit eller riskerat lida skada på grund av det har domstolen att välja mellan att förordna om *rättelse av* eller att *göra om* upphandlingen.<sup>55</sup> Vid valet av ingripande är domstolen dock inte bunden av parternas yrkanden.<sup>56</sup> Vilket av de två ingripandena som väljs styrs därför normalt av hur upphandlingsfelet påverkat upphandlingen, det vill säga i vilken fas i upphandlingsprocessen som grunden för ingripande hänförs till.<sup>57</sup> Är upphandlingsfelet hänförligt till kvalificerings- eller utvärderingsfasen kan

---

<sup>53</sup> Härvid ställs vissa krav på den sökande leverantörens beskrivning och konkretisering av skadan, se HFD 2013 ref. 53 och Rosén Andersson m.fl., s. 611 ff.

<sup>54</sup> Se exempelvis kammarrättens i Göteborg domar av den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10, av den 7 oktober 2011 i mål nr 665-11, av den 16 maj 2012 i mål nr 9437-11, av den 12 mars 2012 i mål nr 6966-11, 6969-11 samt kammarrättens i Jönköping dom av den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11.

<sup>55</sup> 16 kap. 6 § LOU.

<sup>56</sup> Se vidare avsnitt 3.4.4.

<sup>57</sup> RÅ 2008 not. 26. Se även avsnitt 3.4.4.

felet oftast rättas utan att en ny upphandling företas. Har upphandlingsfelet påverkat det konkurrensuppsökande skedet krävs det i regel att upphandlingen görs om. Det kan även hända att upphandlingsfelet inte är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet, men att domstolen ändå inte anser det möjligt att avhjälpa felet utan att upphandlingen görs om.<sup>58</sup>

Vid bifallande av ansökningar om överprövning, det vill säga förordnanden om rättelse eller att upphandlingen ska göras om, innebär avgörandet i sig ett förbud mot att ingå avtal i upphandlingen genom förbudet att avsluta upphandlingen i befintligt skick, förutsatt att annat inte förordnats.<sup>59</sup> Bryter beställaren mot förbudet, och avslutar upphandlingen i befintligt skick i strid mot domstolens förordnande, innebär det domstolstrots. JO har i några beslut riktat skarp kritik mot beställare som inte följt domar om att upphandlingen ska göras om.<sup>60</sup>

### **3.2.8 Överklagande av domstols avgörande**

Ett överklagande av förvaltningsrättens avgörande ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom tre veckor från att klaganden fick del av beslutet, 6 a § FPL. Överklagandefristen är dock i praktiken avsevärt kortare i upphandlingsmål. Detta eftersom domstolen är förhindrad att pröva en ansökan om överprövning om avtal ingåtts och beställaren är fri att ingå avtal redan efter utgången av tiodagarsfristen.<sup>61</sup> Därför krävs det normalt, för det fall den klagande är en leverantör, att kammarrätten meddelar interimistiskt beslut för att förhindra att målet avskrivs när det väl tas upp i kammarrätten, 16 kap. 9 § LOU. För interimistiskt beslut krävs att den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra inte bedöms vara större än skadan för leverantören, andra stycket samma paragraf. Det nyssnämnda gäller även vid överklagande till HFD.

---

<sup>58</sup> Detta hör ihop med domstolarnas fria val av rättsmedel, se avsnitt 3.4.4. Se exempelvis förvaltningsrättens bedömning i Maserfrakt-målet, avsnitt 4.7.

<sup>59</sup> Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet, s. 356. Se även RÅ 2005 ref. 17 samt Karnov Internet, 16 kap. 10 § LOU, not 193 (hämtad 2013-01-08).

<sup>60</sup> Se JO beslut av den 17 december 2001, dnr. 3497-2000, beslut av den 29 juni 2007, dnr. 3006-2007, beslut av den 19 november 2007, dnr. 1282-2007 samt beslut av den 6 maj 2010, dnr. 3026-2009.

<sup>61</sup> Prop. 2009/10:180 s. 357. Vid överprövning avseende rangordnat ramavtal är det dock viss skillnad, se Rosén Andersson m.fl., s. 648.

### 3.3 Klagorätt

#### 3.3.1 Allmänt om klagorätt

Rätten att föra talan mot en förvaltningsrätts eller kammarrätts beslut stadgas i 33 § FPL. Av vikt för denna framställning är främst paragrafens andra stycke som behandlar vem som får överklaga ett beslut (klagorätt). Det ska här även nämnas att paragrafens andra stycke motsvaras av 22 § FL, det vill säga principerna för överklagande av förvaltningsmyndighets beslut är de samma som för överklagande av förvaltningsdomstols beslut.<sup>62</sup>

För att någon ska ha klagorätt krävs enligt 33 § andra stycket FPL att beslutet angår den klagande (saklegitimation) och att beslutet gått honom eller henne emot (kontraritet). För att klaganden ska anses ha saklegitimation måste beslutet enligt von Essen ha ”*negativa verkningar av inte obetydlig grad*”.<sup>63</sup> Saklegitimation och kontraritet ligger dock bedömningsmässigt mycket nära varandra och det kan inte dras en skarp gräns mellan begreppen.<sup>64</sup>

Formuleringen i 33 § FPL (och 22 § FL) är medvetet allmänt hållen i syfte att låta praxis bestämma ramarna för den krets som ska anses vara saklegitimerade avseende varje typfall,<sup>65</sup> det vill säga med vilken styrka beslutet ska angå klaganden för att saklegitimation ska anses föreligga. Vidare kan kretsen taleberättigade vidgas eller minskas genom speciallagstiftning eftersom FPL är subsidiär. Även unionsrättens krav på effektiva rättsmedel kan komma att vidga kretsen taleberättigade, oavsett om speciallagstiftning skulle föreskriva annat, förutsatt att beslutet är fattat på unionsrättslig grund.<sup>66</sup> Nedan följer en närmare redogörelse för hur kretsen taleberättigade bestäms genom begreppen saklegitimation och kontraritet.

#### 3.3.2 Saklegitimation

Som nämnts är praxis avgörande för bedömningen av kretsen saklegitimerade. Von Essen ställer upp tre förhållanden som enligt praxis ansetts grunda

---

<sup>62</sup> Wennergren, Bertil och von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m. : en kommentar*, upplaga 6:1, Norstedts Juridik, 2013, s. 357 ff.

<sup>63</sup> Wennergren & von Essen, s. 362.

<sup>64</sup> Wennergren & von Essen, s. 362 och 379.

<sup>65</sup> Prop. 1971:30 Förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m. Del 2 s. 399.

<sup>66</sup> Wennergren & von Essen, s. 361.

saklegitimation för enskilda.<sup>67</sup> Det första, vilket närmast är en självklarhet men även framgår uttryckligen av RÅ 1993 ref. 5, är att klaganden intagit *partsställning* hos beslutsmyndigheten. För det andra kan klaganden ha saklegitimation om denne har *ett av rättsordningen erkänt intresse* i saken, vilket vanligen framgår av formuleringar i lagtexten om att viss intressent ska höras eller beredas tillfälle att yttra sig i målet innan det avgörs.<sup>68</sup> För det tredje föreligger saklegitimation för den vars *rättsställning påverkas* av beslutet. Det krävs dock att beslutets verkningar direkt genom lag påverkar klagandens rättsställning, även att beslutet i sig inte avsåg just klaganden.<sup>69</sup>

Till ovan nämnda förhållanden lägger von Essen ett fjärde förhållande – *rättsskyddsintresset* – varvid den klagande anses ha ett *beaktansvärt intresse* av att få sin talan prövad.<sup>70</sup> Von Essen hänvisar här till ett antal rättsfall där HFD funnit att beslut angått klaganden utan att i motiveringen hänvisa till någon av de tre ovan nämnda förhållandena.<sup>71</sup> Formuleringen *beaktansvärt intresse* kommer från rättsfallet RÅ 2006 ref. 9 där läkemedelsföretaget Pfizer AB ("Pfizer") överklagade Läkemedelsverkets beslut om försäljningstillstånd till Ipex Medical AB ("Ipex") avseende försäljning av viss generika<sup>72</sup> med tillämpning av så kallat förenklat förfarande.<sup>73</sup> Det förenklade förfarandet innebar att Ipex kunde referera till och åberopa testresultat avseende Pfizers originalläkemedel vid marknadsföring av generikan, trots att läkemedlet enligt Pfizer var väsentligen annorlunda sammansatt och därmed inte utgjorde generika.<sup>74</sup> I målet fördes även en omfattande unionsrättslig argumentation, men dåvarande Regeringsrätten lade endast svensk nationell rätt till grund för

---

<sup>67</sup> Wennergren & von Essen, s. 360 ff.

<sup>68</sup> Exempelvis viss intresseorganisation, myndighet eller hyresgäst. Se vidare RÅ 1987 ref. 33, RÅ 1992 ref. 13, RÅ 1992 ref. 26, RÅ 1992 ref. 43, RÅ 1994 ref. 66.

<sup>69</sup> Wennergren & von Essen, s. 367 f.

<sup>70</sup> Wennergren & von Essen, s. 368 ff.

<sup>71</sup> RÅ82 2:76 (beslut om fridlysning av fornminnen angick fornyfundsletare på grund av ett rättsskyddsintresse), RÅ 1994 ref. 30 (beslut om rätt för ett bolag att delta i auktion om sändningstillstånd i lokalradio angick ett konkurrerande bolag som redan hade sådant tillstånd), RÅ 2001 ref. 3 (länsrätts avslag på chefsöverläkarens ansökan om delegation av rätt att besluta om permission angick patienten i fråga). Se vidare Wennergren & von Essen, s. 369 f.

<sup>72</sup> Se <http://www.lakemedelsverket.se/malgrupp/Allmanhet/Lakemedel/Vad-ar-ett-lakemedel/> (hämtad 2013-01-07).

<sup>73</sup> Förfarandet syftar inte på förenklat förfarande enligt LOU, men bygger likväl på EU-direktiv.

<sup>74</sup> Generikan innehöll bland annat en annan aktiv substans än originalet, jfr läkemedelsverkets definition i not 72.

sitt avgörande och tolkade in Pfizers klagorätt i 22 § FL på grund av ett *beaktansvärt intresse*.<sup>75</sup> Bernitz menar att RÅ 2006 ref. 9 tillsammans med flera andra avgöranden utgör en del i en indirekt anpassning till unionsrättens krav på rättsskydd.<sup>76</sup> Uppfattningen delas även av Engström, som behandlat frågan ingående i ett par artiklar.<sup>77</sup>

### 3.3.3 Kontraritet

För klagorätt krävs också att beslutet har gått klaganden emot, vilket ofta är en fråga som kan anses ingå i frågan om saklegitimation, det vill säga om beslutet angår någon har man oftast svaret på frågan om det gått honom eller henne emot.<sup>78</sup> Enligt RÅ 1990 not. 45 är det själva utgången i målet, *domslutet*, som ska ha gått klaganden emot. Däremot kan inte domskälen överklagas. Detta följer även av RÅ 2006 ref. 21 vari Regeringsrätten uttalade att *"[E]tt överklagande kan inte avse enbart domsmotiveringen utom i sådana sällsynta undantagsfall då denna har självständiga rättsverkningar."*<sup>79</sup> Ragnemalm menar att detta innebär att om motiveringen av ett beslut direkt influerar senare beslut kan motiveringen ändå överklagas.<sup>80</sup>

Det är tillräckligt att klaganden inte fått fullt bifall för att beslutet ska anses ha gått denne emot,<sup>81</sup> vilket innebär att också delar av beslut kan överklagas.<sup>82</sup> Vidare är det enligt von Essen klagandens egen uppfattning som är avgörande för om kontraritet föreligger.<sup>83</sup> Det kan därför uppkomma situationer där ett för

---

<sup>75</sup> Som berörts ovan motsvarar formuleringen i 22 § FL den i 33 § andra stycket FPL, varför slutsatsen även gör sig gällande vid överklaganden enligt FPL.

<sup>76</sup> Bernitz, s. 33.

<sup>77</sup> Se Engström, ERT 2005:1 och ERT 2006:3.

<sup>78</sup> Se exempelvis RÅ 1989 ref. 104.

<sup>79</sup> Gällande upphandlingsmål kan här nämnas kammarrättens i Göteborg beslut av den 10 juli 2013 i mål nr 3539-13. Förvaltningsrätten hade i domskälen konstaterat att beställaren genomfört en otillåten direktupphandling, men lät avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse och avslog ansökan om ogiltighetsförklaring. Beställaren överklagade och anförde att konstaterandet i domskälen skulle få som följd att KKV kan väcka talan om upphandlingsskadeavgift, varför avgörandet gått beställaren emot. Kammarrätten avvisade dock överklagandet med hänvisning till bland annat RÅ 2006 ref. 21.

<sup>80</sup> Ragnemalm, s. 163.

<sup>81</sup> RÅ80 2:49 (överklagande av beslut om ekonomisk hjälp med återbetalningsskyldighet när klaganden hade ansökt om sådan hjälp utan återbetalningsskyldighet), se även Wennergren & von Essen, s. 379 ff. och däri refererade rättsfall.

<sup>82</sup> Se dock avsnitt 3.4.4.

<sup>83</sup> Se Wennergren & von Essen, s. 381 f. och de däri refererade och hänvisade rättsfallen RÅ 2006 ref. 10, RÅ 2000 not. 92, RÅ 2001 ref. 3, RÅ 1988 ref. 158, RÅ 1988 ref. 159 samt RÅ 1999 ref. 69.

klaganden till synes positivt beslut anses ha gått denne emot.<sup>84</sup> Huruvida klaganden har ändrat uppfattning under processen bör enligt von Essen därför inte spela någon roll för bedömningen av huruvida kontraritet föreligger, och därmed inte heller om klaganden tidigare har vitsordat omständigheter eller medgivit yrkanden.

### **3.4 Särskilda processuella frågor i upphandlingsmål**

#### **3.4.1 Introduktion**

Ett flertal processuella frågor i mål om offentlig upphandling skiljer sig från de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocessen. Nedan följer kortare referat av några betydelsefulla avgöranden från HFD avseende processuella frågor i upphandlingsmål vilka har betydelse för frågan om talerätt för negativt berörd leverantör. Även vissa kammarrättsavgöranden tas upp för att komplettera beskrivningen i den mån det ansetts behövt.

#### **3.4.2 Officialprincipen och förhandlingsprincipen**

En viktig processuell fråga är den om domstolens utredningsansvar. Bestämmelserna i FPL utgår från den så kallade officialprincipen som innebär att utredningsansvaret främst ligger hos domstolen. Motsatsen kallas förhandlingsprincipen, vilken tillämpas i dispositiva tvistemål, och innebär att utredningsansvaret istället ligger hos parterna.<sup>85</sup> HFD har dock antagit en från den ursprungliga förvaltningsprocessrättsliga ordningen avvikande ordning i upphandlingsmål.

#### *RA 2009 ref. 69*

Vid en överprövning av upphandling avseende rörinfodring av spillvattenledningar yrkade den sökande leverantören att upphandlingen skulle rättas på grund av att en leverantörs anbud inte uppfyllde samtliga skakrav. Dåvarande länsrätten fann dock att förfrågningsunderlaget brast i transparens och förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Dåvarande Regeringsrätten konstaterar inledningsvis att frågan om nationella domstolar i mål om offentlig upphandling får pröva omständigheter som inte åberopats av parterna enligt EU-domstolens regleras av medlemsstaternas nationella rättsordningar.<sup>86</sup> Därefter går Regeringsrätten genom regleringen i FPL. Enligt

---

<sup>84</sup> RA 1997 not. 128 samt RA 1997 not. 129 (beslut om rätt till arbetsskadeförsäkring, vilket innebar att klaganden förlorade privat försäkringsersättning).

<sup>85</sup> Melin, s. 159.

<sup>86</sup> EU-domstolens mål C-315/01, *GAT*.



Regeringsrätten ger bestämmelserna i FPL om domstolens utredningsansvar uttryck för officialprincipen, vilken står i motsats till förhandlingsprincipen. Tillämpningen av officialprincipen avsågs dock i förarbetena till FPL kunna växla i styrka beroende på målets beskaffenhet.<sup>87</sup> Vidare har förvaltningsprocessen sedan FPL:s tillkomst ändrat karaktär från en enpartsprocess till tvåpartsprocess. Enligt flera avgöranden i Regeringsrätten har offentlig parts ansvar för att åberopa grunder för ingripande mot enskild inte ansetts kunna ersättas av domstolens utredningsansvar. Regeringsrätten konstaterar att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan näringsidkare. Dessa mål har större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med typiska förvaltningsprocessmål för vilka FPL konstruerades. Därför måste officialprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling och som huvudprincip bör krävas att sökanden på ett klart sätt anger vilka omständigheter som denne grundar sin talan på.

Tillämpat på målet i fråga innebar detta att länsrättens inte skulle ha prövat frågan om förfrågningsunderlaget varit tillräckligt transparent.<sup>88</sup>

Enligt RÅ 2009 ref. 69, som frekvent hänvisas till i upphandlingsmål, prövar domstolen i regel endast de omständigheter som parterna åberopat. Utredningsansvaret i upphandlingsmål kan alltså liknas det vid dispositiva tvistemål i allmän domstol.<sup>89</sup>

### **3.4.3 Saken i upphandlingsmål och instansordningsprincipen**

Under våren 2013 avgjorde HFD frågan om med vilken styrka instansordningsprincipen gör sig gällande i mål om offentlig upphandling, beaktat den tvistemålsliknande karaktären för upphandlingsmål vilken fastslagits genom RÅ 2009 ref. 69, när nya omständigheter åberopas i kammarrätten.

#### *HFD 2013 ref. 5*

En leverantör som uteslutits från en upphandling fick i förvaltningsrätten avslag på sin ansökan om överprövning avseende uteslutningen. Leverantören överklagade och åberopade i kammarrätten, utöver vad som anförts i förvaltningsrätten, brister i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten avvisade de nya omständigheterna och avslög överklagandet i övrigt.

HFD konstaterar att det är en allmän förvaltningsrättslig princip att nya omständigheter får anföras i kammarrätten om det inte leder till att saken blir en

---

<sup>87</sup> Prop. 1971:30 Del 2 s. 526 ff.

<sup>88</sup> Kammarrätten hade dock även prövat frågan om antaget anbud brustit i skakraven varvid Regeringsrätten gjorde samma bedömning som kammarrätten.

<sup>89</sup> 17 kap. 3 § RB.

annan än den som prövats av förvaltningsrätten.<sup>90</sup> Enligt HFD tar överprövningen inte heller sikte på det materiella resultatet av en upphandling, utan endast på det formella förfarandet och om beställaren har följt de regler och principer som anges i upphandlingslagstiftningen. HFD finner att saken i målet var om det med anledning av sökandens talan fanns skäl för ingripande enligt LOU. De nya omständigheterna som åberopades först hos kammarrätten innebar därmed inte att saken ändrades. Vidare menar HFD att kammarrätten själv hade att bedöma huruvida den själv skulle pröva omständigheterna, eller om den med hänsyn till instansordningsprincipen skulle återförvisa målet till förvaltningsrätten. Att leverantören riskerar att gå miste om en instans vid en sådan ordning anser HFD ligga i linje med att utredningsansvaret enligt RÅ 2009 ref. 69 ligger på parterna.

En leverantör kan därmed ta upp nya felpåståenden avseende upphandlingen först i kammarrätten. Även brister i uppfyllandet av skaderekvisitet kan kompletteras i ett överklagande.<sup>91</sup> Leverantören riskerar dock att mista möjligheten till flerinstantprövning eftersom HFD som prejudikatinstans lämnar ytterst få prövningstillstånd. Vidare krävs det prövningstillstånd även i kammarrätten, vilket gör ett strategiskt utnyttjande av möjligheten att åberopa nya omständigheter i kammarrätten riskfyllt.<sup>92</sup>

#### **3.4.4 Domstolen är inte bunden av parternas yrkanden och medgivanden**

En mycket betydelsefull aspekt i upphandlingsmålen är domstolens möjlighet att vid bifall av leverantörens ansökan välja vilket av ingripandena rättelse och göra om upphandlingen som är lämpligt att förordna om. Detta oavsett om leverantören endast yrkat på den ena åtgärden och domstolen väljer den andra.

#### *RÅ 2005 ref. 47*

Beställaren hade vid en förenklad upphandling av utbildningstjänster utslutit en leverantör på grund av bristande kreditvärdighet enligt ett kreditupplysningsföretags klassificering. Dåvarande Regeringsrätten fann att beställaren inte hade gjort en tillräcklig individuell bedömning av leverantörens finansiella ställning och därmed inte hade haft rätt att utsluta leverantören enbart på grund av kreditomdömet. Regeringsrätten uttalade dessutom att domstolen vid valet av åtgärd har att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur parternas yrkanden utformats.

Domstolens möjlighet att efter eget skön välja lämplig åtgärd är dock inte obegränsad. Som nämnts i avsnitt 3.2.7 bestäms vad som utgör en lämplig åtgärd vid konstaterade upphandlingsfel av hur upphandlingen påverkats av

---

<sup>90</sup> HFD hänvisar här till RÅ 2003 ref. 15 där dåvarande Regeringsrätten uttalade att denna princip var tillämplig även på andra måltyper än den förevarande (inkomsttaxering).

<sup>91</sup> Kammarrättens i Sundsvall dom av den 20 januari 2014 i mål nr 3166-13.

<sup>92</sup> Se avsnitt 3.2.8.

felet. Enligt RÅ 2008 not. 26 får det med befogenheten enligt RÅ 2005 ref. 47 anses följa en skyldighet för domstolen att undersöka förutsättningarna för rättelse av respektive göra om upphandlingen. Vidare anges i notisfallet att en första förutsättning för att den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att upphandlingsfelet inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet.

Av Maserfrakt-målet<sup>93</sup> har ansetts framgå att om domstolen förordnar om en åtgärd som visserligen inte yrkats på av leverantören, men som väl grundar sig på anförda omständigheter och således ryms inom processramen, innebär det att leverantörens talan bifallits.<sup>94</sup> Den som fått bifall för sin ansökan kan inte föra talan mot domstolens val av åtgärd.<sup>95</sup>

Gällande medgivanden har kammarrätten i Jönköping uttalat att om motparten anser att en ansökan om överprövning ska bifallas bör rätten i princip kunna utgå från att parternas gemensamma uppfattning ska gälla.<sup>96</sup> Samma kammarrätt har dock inte utsträckt denna bedömning till att rätten ska anses bunden av parternas yrkanden, särskilt för det fall en negativt berörd leverantör kommuniceras ansökan om överprövning.<sup>97</sup>

### **3.4.5 Negativ rättskraft**

Om ett avgörande vinner negativ rättskraft hindrar det första avgörandet att samma fråga tas upp igen i ett nytt mål, förutsatt att avgörandet vunnit laga kraft.<sup>98</sup> Den negativa rättskraften utgör därmed rättegångshinder i form av res judicata. Har avgörandet inte vunnit laga kraft vid anhängiggörandet av en ny talan i samma sak kan den negativa rättskraften hos det första avgörandet innebära *litis pendens*.<sup>99</sup> Starka skäl gör sig gällande både för och emot negativ rättskraft för avgöranden i upphandlingsmål.<sup>100</sup> HFD har härefter intagit

---

<sup>93</sup> Se avsnitt 4.7.

<sup>94</sup> Se exempelvis kammarrättens i Stockholm beslut av den 10 juli 2012 i mål nr 4695-12.

<sup>95</sup> Se avsnitt 4.7.

<sup>96</sup> Kammarrättens i Jönköping domar av den 5 juli 2012 i mål nr 1693-12 och av den 5 november 2012 i mål nr 2466-12.

<sup>97</sup> Se kammarrättens i Jönköping dom av den 14 juni 2013 i mål nr 3998-12. Enligt förvaltningsrätten, vars mening kammarrätten anslöt sig till, skulle det förhållande att den vinnande leverantören kommuniceras ansökan om överprövning förlora sin betydelse om domstolen skulle anses bunden av ursprungsparternas gemensamma partsvilja.

<sup>98</sup> 17 kap. 11 § tredje stycket RB.

<sup>99</sup> 13 kap. 6 § RB.

<sup>100</sup> Se exempelvis Rosén Andersson m.fl., s. 618 ff.

ställningen att upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft i meningen att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar.

*HFD 2013 ref. 36*

Kinnarps AB (Kinnarps) vann inledningsvis en upphandling av möbler och inredning, men uteslöts efter överprövning av upphandlingen från en ny utvärdering av anbudena.<sup>101</sup> Kinnarps ansökte om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet som följde på domen och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Förvaltningsrätten avvisade ansökningsen på grund av res judicata. Efter överklagande återförvisade kammarrätten målen till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Beställarna överklagade kammarrättens beslut och anförde att Kinnarp inte hade talerätt i målet på grund av att kammarrättens lagakraftvunna avgörande i den första överprövningsprocessen hade negativ rättskraft. Enligt beställarna följde denna ordning av upphandlingsmålens tvistemålsliknande karaktär och förordade en bedömning i analogi med den som gjorts i socialförsäkringsmål.<sup>102</sup>

HFD konstaterar inledningsvis att frågan om eventuell negativ rättskraft hos en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande i upphandlingsmål varken regleras av LOU eller unionsrätten. Allmänna förvaltningsrättsliga principer ska därför tillämpas. En sådan allmän princip är att ett beslut där en ansökan avslås inte vinner rättskraft i den meningen att det hindrar en ny prövning och de avsteg som gjorts från principen har grundats på särskilda förhållanden beroende på måltyp.<sup>103</sup> Därefter konstaterar HFD att RÅ 2009 ref. 69 visserligen talar för att avgöranden i upphandlingsmål bör vinna negativ rättskraft. Det följer dock av EU-domstolens praxis att alla beslut eller viljeyttringar från beställarens sida ska kunna bli föremål för överprövning, förutsatt att de har en faktisk verkan.<sup>104</sup> Dessutom följer av HFD 2013 ref. 5 att domstolens uppgift inte omfattar upphandlingens materiella resultat, utan begränsar sig till frågan om beställaren förfarit formellt korrekt och iakttagit de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU. HFD finner därmed inte skäl att avvika från den allmänna förvaltningsrättsliga principen. En förvaltningsdomstols avgörande i upphandlingsmål vinner således inte negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen.

---

<sup>101</sup> Kinnarps fick delvis bifall för sitt överklagande av domen i kammarrättens i Jönköping dom av den 20 juni 2012 i mål nr 437-12—446-12 genom att vissa delområden av upphandlingen skulle göras om. Däremot avslogs överklagandet avseende uteslutningen av Kinnarps anbud i de kvarstående delområdena.

<sup>102</sup> Härvid hänvisades till RÅ 2009 ref. 69 respektive RÅ 2002 ref. 61.

<sup>103</sup> RÅ 2005 ref. 16 (den allmänna principen) jämte avstegen i RÅ 1993 ref. 76 (kärkortsingripande) och RÅ 2002 ref. 61 (socialförsäkringsmål).

<sup>104</sup> HFD hänvisar här till RÅ 2005 ref. 62 och där anmärkta rättsfall. Vad gäller EU-domstolens praxis syftar HFD således på EU-domstolens mål C-15/04, *Koppensteiner*, mål C-92/00, *HI* och mål C-26/03, *Stadt Halle m.fl.*

## 4 Rättsfall – talerätt

### 4.1 Introduktion

Nedan refereras de rättsfall som HFD avgjort avseende talerätt, i synnerhet för vinnande leverantör. De två tidigare avgörandena, RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131, lägger bakgrunden för den förändring av praxis som Arqdesign-målet fört med sig. Sedan Arqdesign-målet har HFD preciserat innebörden av den nya talerätten för vinnande, negativt berörd, leverantör. Därtill är frågor kring talerätt för negativt berörd leverantör vanligt förekommande i kammarrätterna,<sup>105</sup> varför framställningen även fylls ut med de kammarrättsavgöranden som är av intresse.

### 4.2 RÅ 2002 ref. 5 (äldre)

En vinnande anbudsgivare har inte ansetts ha klagorätt mot en senare dom som innebär att upphandlingen ska rättas genom ny utvärdering varvid en konkurrerande anbudsgivare ska tillåtas delta.

#### 4.2.1 Bakgrund

En kommun upphandlade skolskjutsar varpå tre anbud inkom. Kommunen antog anbud från en privatperson med firma Sjölunds trafik samt förkastade anbudet från Löfgrens taxi i Långträsk AB (Löfgrens taxi) eftersom det inte var undertecknat, vilket var ett skakrav. Löfgrens taxi ansökte om överprövning hos länsrätten som förordnade att upphandlingen skulle rättas genom ny utvärdering efter att Löfgrens taxi låtit komplettera sitt anbud med underskrift.

Löfgrens taxi överklagade länsrättens dom vilket avvisades av kammarrätten.

#### 4.2.2 Regeringsrätten

Regeringsrätten konstaterar att frågan om klagorätten har ett nära samband med bedömningen av om den klagande varit att anse som motpart i målet i underrätten. Vidare är varje beslut om att en upphandling ska göras om eller inte får avslutas förrän viss rättelse skett ägnat att påverka presumtiva leverantörer positivt eller negativt. Dock medför detta inte enligt HFD att dessa

---

<sup>105</sup> Detta beror delvis på att HFD uttalat att bedömningen av om ett avgörande är överklagbart ska göras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet, se avsnitt 5.7.

leverantörer blir motparter i målet. Sjölund's trafik kan därmed inte anses ha varit part i målet i länsrätten enbart på grund av att Sjölund's trafik lämnat anbud i upphandlingen.

Målet i länsrätten innefattade inte ett överklagande av beslutet att anta anbudet från Sjölund's trafik, utan av beslutet att inte utvärdera anbudet från Löfgrens taxi. Sjölund's trafik kan därför inte heller anses som part i målet i länsrätten på grund av beslutet att anta anbudet från Sjölund's trafik. Slutligen innefattar inte något i LOU eller bakomliggande direktiv ett av rättsordningen erkänt intresse för en sådan part som Sjölund's trafik i den uppkomna situationen. Sjölund's trafik har inte heller på denna grund haft klagorätt avseende länsrättens dom.

#### **4.3 RÅ 2007 not. 131 (äldre)**

En vinnande anbudsgivare har inte ansetts ha klagorätt mot en senare dom som innebär att upphandlingen ska rättas genom ny utvärdering varvid en annan anbudsgivare ska tilldelas uppdraget.

##### **4.3.1 Bakgrund**

Vid en upphandling av kustvattenkontroll tilldelades Marine Monitoring vid Kristineberg AB (Marine Monitoring) visst undersökningsuppdrag i upphandlingen. HydroGIS AB (HydroGIS) ansökte om överprövning och anförde att anbudet från Marine Monitoring skulle förkastas på grund av otillåten komplettering. Länsrätten ansåg att kompletteringen skett i enlighet med LOU och avslog ansökan.

HydroGIS fullföljde sin talan hos kammarrätten som dock menade att kompletteringen sakade betydelse och att beställaren istället felaktigt utvärderat anbuden. Kammarrätten förordnade om rättelse på så sätt att HydroGIS skulle tilldelas uppdraget.<sup>106</sup>

Marine Monitoring överklagade kammarrättens dom och yrkade att RR/HFD skulle fastställa länsrättens dom. Till stöd för bolagets klagorätt anfördes att Marine Monitoring inte fått chans att bemöta de påståenden som HydroGIS framfört. Marine Monitoring skulle komma att lida ekonomisk skada genom

---

<sup>106</sup> Domslutet hänvisade till domskälen som uttryckligen föreskrev tilldelningen.

domen och ansåg sig därför ha ett av rättsordningen erkänt intresse att få överklaga domen.

#### **4.3.2 Regeringsrätten**

Regeringsrätten konstaterar att enligt RÅ 2002 ref. 5 har inte den som antagits som leverantör rätt att överklaga en senare meddelad dom om att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett. Regeringsrätten finner inte skäl att göra annan bedömning i förevarande mål.

#### **4.4 Arqdesign (HFD 2011 ref. 29)**

Genom Arqdesign-målet kom den tidigare ordningen att förändras. I plenum och med uttrycklig avvikelse från RÅ 2007 ref. 131 tillerkände HFD den vinnande leverantören rätt att yttra sig i processen i förvaltningsrätten samt möjlighet att överklaga domen för det fall denne ändå utesluts. Det var dock inte ett friktionsfritt avgörande – flera justitieråd var skiljaktiga, däribland Eskil Nord vars skiljaktiga mening är av särskilt intresse.

##### **4.4.1 Bakgrund**

Järfällahus AB (Järfällahus) genomförde en upphandling avseende fönsterrenovering. I tilldelningsbeslutet angavs att Järfällahus avsåg att teckna avtal med Astral AB (Astral). Två konkurrerande anbudsgivare, Windoor Sverige AB (Windoor) och Arqdesign Byggprodukter AB (Arqdesign) ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten i Stockholm. Ansökningarna handlades i två separata mål.

Förvaltningsrätten biföll Arqdesigns ansökan och förordnade att upphandlingen skulle rättas genom ny utvärdering av anbuden utan beaktande av Astrals anbud. Windoors ansökan bifölls också med förordnande om rättelse genom ny utvärdering av anbuden utan beaktande av såväl Astrals anbud som Arqdesigns anbud. Domarna meddelades samma dag och i Arqdesigns mål i förvaltningsrätten antecknades därför att om domen avseende Windoors ansökan kom att vinna laga kraft var det den domen som Järfällahus hade att rätta sig efter.

Arqdesign överklagade därför domen avseende Windoors ansökan och anförde att Windoors ansökan angått Arqdesign på ett sådant sätt att förvaltningsrätten

borde kommunicerat ansökan med Arqdesign, vilket inte hade skett. Istället hade Arqdesign fått kännedom om ansökan först genom domen avseende Windoors ansökan.

Kammarrätten konstaterade att, enligt RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131, har den som i tilldelningsbeslut antagits som leverantör inte rätt att överklaga en senare meddelad dom som innebär att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett. Av det följde enligt kammarrätten att en leverantör som *inte* antagits inte heller hade rätt att överklaga en sådan dom. Kammarrätten avvisade därför överklagandet.

Arqdesign överklagade beslutet till HFD och anförde dels att Windoors ansökan angått Arqdesign på ett sådant sätt att förvaltningsrätten borde ha kommunicerat ansökningen med Arqdesign i enlighet med 10 § FPL, dels att domen angick Arqdesign och gick Arqdesign emot på ett sådant sätt att det medförde klagorätt i enlighet med 33 § FPL. Arqdesign anförde vidare att bolaget visserligen skulle kunna få sin rätt prövad genom en ansökan om överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut, men att det i så fall fanns en risk att ansökan avvisas på grund av res judicata eftersom en tidigare dom anger att Arqdesigns anbud inte skulle utvärderas. Omständigheterna i målet skiljde sig även enligt Arqdesign från dem i RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131.

Windoors anförde att enbart den omständigheten att Arqdesign omnämns i Windoors mål inte torde kunna ge Arqdesign klagorätt enligt 33 § FPL samt att det inte förelåg res judicata vid en överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut. Arqdesigns resonemang skulle innebära att vinnande anbudsgivare fick två vägar att överklaga en annan anbudsgivares talan – dels genom överklagande av förvaltningsrättens dom, dels genom överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut i enlighet med förvaltningsrättens dom.

#### **4.4.2 HFD**

HFD konstaterar inledningsvis att några bestämmelser om vem som kan överklaga förvaltningsrättens avgöranden varken återfinns i LOU eller rättsmedelsdirektiven. FPL blir därför tillämplig, närmare bestämt 10 och 33 §§. Därefter konstaterar HFD att domstolen i RÅ 2002 ref. 5 funnit att den som i tilldelningsbeslut antagits som leverantör inte intog partsställning i länsrätten



när en annan leverantör ansökt om överprövning med yrkande om att få delta i utvärderingen. En sådan leverantör hade inte heller rätt att överklaga en dom i enlighet med ett sådant yrkande. RÅ 2002 ref. 5 ger enligt HFD ingen säker ledning för partsställning och talerätt för en leverantör som genom ansökan om överprövning begärs utesluten från en utvärdering. Enligt RÅ 2007 not. 131 har dock en vinnande leverantör inte heller haft klagorätt avseende en dom som innebär att en annan leverantör tilldelas uppdraget.

Gällande handläggningen i förvaltningsrätten konstaterar HFD att varje beslut om att en upphandling ska göras om eller rättas på visst sätt kan påverka potentiella leverantörer positivt eller negativt. HFD upprepar att en leverantör inte intar partsställning i ett överprövningsmål där ytterligare en leverantör tillåts delta i upphandlingen. HFD menar dock att situationen är en annan om ansökningen innebär att den förstnämnde leverantören ska uteslutas från upphandlingsförfarandet. Enligt HFD borde därför förvaltningsrätten, när den övervägde att lägga de av Windoor uppgivna bristerna i Arqdesigns anbud till grund för förordnandet att anbudet inte fick beaktas vid en ny utvärdering, enligt 10 § FPL ha berett Arqdesign tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökningen. Vidare ansåg HFD att förvaltningsrätten borde ha handlagt bolagens ansökningar i ett och samma mål.

Gällande Arqdesigns klagorätt konstaterar HFD att situationen skiljer sig från den i RÅ 2002 ref. 5, men är snarlik den i RÅ 2007 ref. 131, eftersom förvaltningsrättsdomen innebär att Arqdesign uteslutits från upphandlingen. HFD finner, med uttrycklig avvikelse från RÅ 2007 not. 131, att förvaltningsrättens dom går Arqdesign emot och har en sådan betydelse för Arqdesigns ställning som anbudsgivare att den angår bolaget i den mening som avses i 33 § FPL. Underrätternas avgöranden ska således upphävas och målet återförvisas till förvaltningsrätten.

#### **4.4.3 Skiljaktiga meningar**

Flera justitieråd var dock skiljaktiga. Fem av justitieråden ansåg att det inte fanns skäl för förvaltningsrätten att behandla Arqdesign som motpart, men att ansökningarna borde handlagts i samma mål. Minoriteten tillerkände dock

Arqdesign klagorätt enligt 33 § FPL men med en annan motivering än majoriteten.

Utöver de fem ovannämnda skiljaktiga justitieråden var även justierådet Eskil Nord av skiljaktig mening. Nord anslöt sig till den övriga minoritetens mening avseende handläggningen i förvaltningsrätten, men anförde en särskild mening beträffande Arqdesigns klagorätt. I sin skiljaktiga mening ger Nord en allmän redovisning av de rättsmedel som finns till hands för leverantörer vid offentlig upphandling, samt en särskild genomgång av de två tidigare avgörandena avseende talerätsfrågan (RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131). Nord konstaterar därefter att den leverantör som utsätts för en ny utvärdering utan uteslutning eller för ett nytt tilldelningsbeslut av negativ innebörd inte har talerätt mot domstolens dom, men väl mot de beslut som följer av domen.

Nord menar dock att förvaltningsrättens dom har kommit att utformas så att den får en materiell innebörd – uteslutning av en anbudsgivare – trots att det i själva verket är beställaren som har att ta materiella beslut i upphandlingen. Nord anför att en domstols förordnande om rättelse inte är bindande för beställaren på annat sätt än att beställaren inte får avsluta upphandlingen utan att först åtgärda bristerna. Det står därefter leverantören fritt att överpröva ett nytt tilldelningsbeslut som följer på domstolens dom.

I fall som det förevarande och de tidigare två talerättsfallen i HFD menar Nord att envar är bibehållen sin rätt till effektiva rättsmedel så snart det står klart vilken faktisk verkan ett nytt materiellt beslut från beställaren får. Mot bakgrund av detta finner Nord inte anledning att avvika från tidigare praxis varför Arqdesigns överklagande ska avslås.

#### **4.5 Röke buss (HFD 2011 not. 64)**

I ett notisfall uttalade HFD att om negativt berörd leverantör inte beretts tillfälle att yttra sig i förvaltningsrätten, bör denne ha rätt att överklaga domen. Överklagandet prövades dock inte fullt ut eftersom giltighetstiden för anbuden löpt ut.

#### **4.5.1 Bakgrund**

Örkelljunga kommun upphandlade skolskjutstrafik. Röke Buss AB (Röke Buss) tilldelades kontrakt i tre delområden varpå Taxi 52 000 i Örkelljunga AB (Taxi 52 000) ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten i Malmö avslag ansökan, men efter överklagande biföll kammarrätten i Göteborg ansökan och förordnade att upphandlingen skulle rättas avseende de tre delområdena genom ny utvärdering varvid anbudet från Röke Buss inte fick utvärderas. Efter den nya utvärderingen tilldelades Taxi 52 000 två av de tre delområdena och en privatperson med enskild firma Taxi Bosses det tredje.

Röke Buss ansökte om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och anförde att Röke Buss uppfyllde samtliga ställda skakrav men att de två nya vinnande anbudsgivarna inte gjorde det. Vidare anförde Röke Buss brister i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterade inledningsvis att kammarrättspraxis i frågan om en ansökan om överprövning från en genom lagakraftvunnen dom utesluten leverantör ska prövas i sak eller inte var motstridig. Även om det, enligt förvaltningsrätten, kan ifrågasättas om möjligheten till återkommande prövningar av en och samma fråga är ändamålsenlig för ett effektivt upphandlingsförfarande fann förvaltningsrätten att ansökan skulle prövas i sak. Förvaltningsrätten kom dock till samma slutsats som kammarrätten i bedömningen om Röke Buss uppfyllt skakraven och avslag ansökan.

Röke Buss överklagade till kammarrätten och yrkade att upphandlingen skulle göras om.

Kammarrätten upphävde förvaltningsrättens dom och avvisade, med hänvisning till RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131, ansökan om överprövning. Kammarrätten menade att eftersom Röke Buss anbud uteslutits genom kammarrättens lagakraftvunna dom har domstolen då att lägga detta till grund för bedömningen av senare led i upphandlingen. Följaktligen hade Röke

Buss inte rätt att ansöka om åtgärder enligt LOU avseende senare beslut i upphandlingen.<sup>107</sup>

#### **4.5.2 HFD**

HFD noterar att frågan om Röke Buss anbud uppfyller skakraven avgjorts i kammarrättens lagakraftvunna dom. Vidare noteras att HFD i Arqdesign-målet funnit att 10 § FPL kräver att en leverantör bereds tillfälle att yttra sig över en ansökan om överprövning när domstolen överväger att lägga de i ansökningen påstådda bristerna i leverantörens anbud till grund för att förordna att anbudet inte får beaktas vid en ny utvärdering. Mot bakgrund av att Röke Buss inte i kammarrättens mål fått tillfälle att yttra sig om uppgifterna i ansökningen från Taxi 52 000, kan det enligt HFD ifrågasättas om Röke Buss inte borde ges möjlighet att ansöka om överprövning av nya beslut efter ny utvärdering.

HFD konstaterade dock att giltighetstiden för Röke Buss anbud gått ut varför talerätt inte kunde medges och ansökan avslogs.

#### **4.6 Skanska (HFD 2011 ref. 85)**

För det fall den vinnande leverantören mister kontraktet genom en rättelsedom, avseende en ansökan om överprövning initierad av en konkurrerande leverantör, men där rättelsen inte innefattar uteslutning av den vinnande leverantören, har denne inte möjlighet att överklaga domen.

##### **4.6.1 Bakgrund**

Tre kommuner samt tre kommunala aktiebolag genomförde en upphandling avseende asfaltsentreprenad. Av de fyra anbudsgivare som deltog i upphandlingen antogs i ett första tilldelningsbeslut anbud från Skanska Asfalt & Betong AB (Skanska) såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. NCC Road AB (NCC) kom på andraplats. Efter att NCC överprövat upphandlingen och förvaltningsrätten förordnat om rättelse i form av ny utvärdering av ett visst utvärderingskriterium tilldelades Skanska återigen uppdraget i ett andra tilldelningsbeslut.

---

<sup>107</sup> Härvid kan anmärkas att Arqdesign-målet avgjordes 7 juni 2011, ett halvår efter kammarrättens avgörande i Röke buss. Kammarrätten hade alltså bara de äldre avgörandena att luta sig mot vid tiden för sitt avgörande.

NCC ansökte om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet och avseende utvärderingen av samma utvärderingskriterium. Förvaltningsrätten gav Skanska möjlighet att yttra sig i målet varvid Skanska bland annat yrkade att bolaget skulle tas upp som part i målet, med hänvisning till Arqdesign-målet.

Förvaltningsrätten ansåg dock att domstolen fullgjort sin skyldighet enligt Arqdesign-målet när den gav Skanska tillfälle att yttra sig och bemöta NCC:s uppgifter i ansökningen och avslog yrkandet om att Skanska skulle tas upp som part i målet. Därefter konstaterade förvaltningsrätten att utvärderingen inte följt förfrågningsunderlaget denna gång heller och förordnade att upphandlingen åter skulle rättas genom ny utvärdering av kriteriet i fråga.

Skanska överklagade domen till kammarrätten. Till grund för klagorätt anförde Skanska att NCC:s talan var utformad på ett sätt som innebar att Skanska, om talan bifölls, skulle förlora kontraktet – vilket också hade skett. Enligt Skanska hade förvaltningsrättens dom fått en direkt inverkan på upphandlingens utgång, och att enligt Arqdesign-målet talerätt bör följa med detta.

Kammarrätten konstaterade att förvaltningsrätten inte hade övervägt ett sådant precist förordnande som var aktuellt i Arqdesign-målet, varför förvaltningsrätten gjort rätt i att inte tillerkänna Skanska partsställning i målet. Gällande klagorätten konstaterade kammarrätten att förvaltningsrättens förordnande om rättelse inte innebar att Skanska uteslöts från upphandlingen, utan endast att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse skett. Vidare anförde kammarrätten att hänvisningen till domskälen i domslutet inte innebar att domslutet preciserats till ett sådant detaljerat förordnande som i Arqdesign-målet. Ett förväntat eller konstaterat utfall av avgörandet saknade enligt kammarrätten betydelse för frågan om klagorätt. Kammarrätten avvisade överklagandet.

Skanska överklagade till HFD och anförde att det inte fanns något stöd för kammarrättens uppfattning att en leverantör endast kan inta partsställning och ha klagorätt om domstolen överväger ett så preciserat förordnande som uteslutning är fel. Vidare ansåg Skanska att förutsättningarna i RÅ 2002 ref. 5 skiljde sig från det förevarande målet på så sätt att förvaltningsrättens dom i det nu aktuella målet var betydligt mer långtgående avseende domens inverkan på

de upphandlande myndigheternas självständighet vid utformningen av deras tilldelningsbeslut.

#### **4.6.2 HFD**

HFD konstaterar inledningsvis att förutsättningarna i Arqdesign-målet var att förvaltningsrätten hade förordnat om rättelse varvid en leverantör som inte begärt överprövning av upphandlingen uteslöts. I Arqdesign-målet konstaterades även att situationen var snarlik den i RÅ 2007 not. 131, där rättelsen utgjordes av att viss annan leverantör än den vinnande skulle tilldelas kontraktet. Enligt HFD följer därför av Arqdesign-målet att avgöranden i vilka det förordnas om uteslutning av en ursprungligen vinnande leverantör har en sådan betydelse för den leverantörens ställning som anbudsgivare att det medför klagorätt enligt 33 § FPL. Slutsatsen kan dock enligt HFD inte utsträckas till att sådan klagorätt omfattar förordnanden av ifrågavarande slag.<sup>108</sup> HFD ansluter sig till kammarrättens konstaterande att det saknas betydelse vad det materiella utfallet blir eller kan bli av en den förordnande rättelsen.

Vid tiden för avgörandet hade nytt tilldelningsbeslut fattats och avtal ingåtts varför målet avskrevs.

#### **4.7 Maserfrakt (HFD 2012 ref. 2)**

I Maserfrakt-målet medgavs inte talerätt för den sökande leverantören vid överklagande av en dom om att upphandlingen skulle göras om. Detta eftersom det enligt HFD krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd domstolen väljer.

##### **4.7.1 Bakgrund**

Dala Vatten och Avfall AB (DVA) genomförde en upphandling avseende slamhantering i tre kommuner. I tilldelningsbeslut antogs Ragn-Sells AB som leverantör för en av kommunerna och Bengt Werpers Åkeri AB som leverantör för de två andra kommunerna. MaserFrakt Anläggning AB (Maserfrakt)

---

<sup>108</sup> Det vill säga inte uteslutning utan rättelse av utvärdering avseende ett visst utvärderingskriterium.

ansökte om överprövning och anförde att poängsättningen i utvärderingen genomförts godtyckligt och skönsmässigt.

Förvaltningsrätten fann att referenstagningen vid utvärderingen även omfattat tjänster som inte hade koppling till upphandlingsföremålet och inte bidrog till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare hade DVA använt olika antal referenter för de olika anbudsgivarna till grund för utvärderingen, vilka även till synes valts ut godtyckligt. Förvaltningsrätten noterade även att det saknades uppgift i förfrågningsunderlaget om hur många referenser som skulle anges och vilka som var relevanta, varför upphandlingen endast kunde rättas på det sättet att den gjordes om.

Maserfrakt överklagade domen och yrkade att upphandlingen istället skulle rättas varvid Maserfrakt tilldelades uppdraget. Maserfrakt anförde att de fel som konstaterats i upphandlingen var hänförliga till utvärderingsfasen och inte till det konkurrensuppsökande skedet, varför ett omtag vore en omotiverat omfattande åtgärd.

Kammarrätten konstaterade, med hänvisning till RÅ 2005 ref. 47, att förvaltningsrätten, när den konstaterade att grund för ingripande mot upphandlingen fanns, hade att välja mellan förordnandena rättelse av eller göra om upphandlingen.<sup>109</sup> Att förvaltningsrätten valde det senare innebar fortfarande att Maserfrakts talan bifölls. Därmed kunde inte domen anses ha gått Maserfrakt emot i den mening som framgår av 33 § FPL varför Maserfrakt inte heller har talerätt i kammarrätten.

Maserfrakt överklagade kammarrättens beslut och anförde i HFD att kammarrättens uppfattning verkade vara att domstolarna utan några närmare överväganden fritt kunde välja mellan påföljderna rättelse och göra om. Följden av detta var enligt Maserfrakt att sökanden inte kan få valet av påföljd prövat av högre instans.

#### **4.7.2 HFD**

Efter att ha gått igenom praxis i talerätsfrågor i mål om offentlig upphandling konstaterar HFD att ”... *det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig*

---

<sup>109</sup> Se avsnitt 3.4.4.

*har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer.”* Vidare finner HFD att frågan måste avgöras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.

Tillämpat på fallet ansåg HFD att förvaltningsrättens avgörande inte kunde anses ha sådan betydelse för Maserfrakt att talerätt mot avgörandet förelåg. Kammarrätten hade således rätteligen avvisat överklagandet, varför HFD avslog överklagandet.

Upplysningsvis kan nämnas att HFD avgjorde ytterligare ett mål samma dag, där omständigheterna var snarlika.<sup>110</sup> Både domskälen och domslutet i det målet är identiskt med Maserfrakt-målet.

#### **4.8 Europark (HFD 2013 ref. 24)**

I det senast avgjorda målet i HFD avseende negativt berörd leverantör togs frågan om dennes partsställning i förvaltningsrätten upp. Enligt HFD har den negativt berörd leverantören att bemöta påståendena i ansökningen, vilket av domstolen ska behandlas såsom motparts inställning till ansökningen. Däremot har leverantören inte möjlighet att framföra självständiga processuella yrkanden.

##### **4.8.1 Bakgrund**

I Stockholms stads (Staden) upphandling avseende parkeringsövervakning tilldelades EuroPark Svenska AB (Europark/bolaget) uppdrag i ett av upphandlingens två delområden. G4S Security Services AB (G4S) ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle rättas genom ny utvärdering varvid Europarks anbud inte skulle beaktas. Staden medgav G4S yrkande.

När Europark, i enlighet med Arqdesign-målet, gavs tillfälle att yttra sig över uppgifterna i G4S ansökan framställde Europark fyra yrkanden; (1) interimistiskt yrkande om att Staden inte skulle få fatta nytt tilldelningsbeslut förrän förvaltningsrätten beslutat annat, (2) att domstolen förordnar att det interimistiska beslutet ska gälla fram till dess att frågan om Europarks anbud ska förkastas eller inte avgjorts genom lagakraftvunnen dom eller till dess tiden

---

<sup>110</sup> HFD beslut av den 13 februari 2012 i mål nr 3129-11.



för överklagande av förvaltningsrättens dom löpt ut, (3) att ansökan om överprövning ska avslås och (4) att domstolen ska fastställa att Europarks anbud uppfyller skakraven samt att fattat tilldelningsbeslut är korrekt och inte ska ändras.

Förvaltningsrätten konstaterade att Europark inte hade sådan partsställning i målet att domstolen kunde pröva Europarks yrkanden och avvisade i ett särskilt beslut samtliga yrkanden.

Europark överklagade beslutet och yrkade att kammarrätten skulle tillerkänna Europark partsställning, alternativt pröva yrkandena utan sådan partsställning. Europark anförde att bolaget löpte betydande risk att inte få sin sak prövad i förvaltningsrätten, vilket skulle strida mot instansordningsprincipen och rättsmedelsdirektiven. Vidare ansåg Europark att Stadens medgivande skulle ses som ett beslut enligt LOU som dels stred mot LOU, dels gick Europark emot. Enligt Europark skulle bolaget även tillerkännas partsställning i enlighet med 16 kap. LOU.

Kammarrätten konstaterade att HFD:s avgörande i Arqdesign-målet inte kan tolkas på så sätt att en negativt berörd leverantör intar sådan ställning som part att Europarks yrkanden kan prövas. Enligt kammarrätten hade förvaltningsrätten därför gjort rätt i att avvisa yrkandena. Överklagandet avslogs.

Europark överklagade till HFD och yrkade åter att domstolen skulle tillerkänna bolaget partsställning i förvaltningsrätten samt att yrkandena skulle prövas där. Till grund för yrkandet anförde Europark vad bolaget anförde i kammarrätten; att utan partsställning i förvaltningsrätten riskerar Europark att få sin sak prövad först i kammarrätten – en prövning som dessutom förutsätter prövningstillstånd – vilket skulle strida mot instansordningsprincipen och rättsmedelsdirektiven. Vidare menade Europark att Stadens medgivande innebär att Staden kommer att utesluta Europark när nytt tilldelningsbeslut fattas.

#### **4.8.2 HFD**

HFD konstaterar att en förvaltningsrätt i förevarande situation bör bereda en leverantör tillfälle att yttra sig, vilket framgår av Arqdesign-målet. I sitt yttrande i förvaltningsrätten angav Europark sin inställning dels i två som yrkanden betecknade krav som hänförde sig till ansökningens innehåll, dels i två yrkanden som hänförde sig till självständiga processuella frågor och vars syfte var att hindra Staden från att verkställa ett eventuellt motgångsbeslut så snart domstolen meddelat sitt avgörande. HFD menar att de två första yrkandena skulle ha setts och hanterats på samma sätt som allmänt gäller i fråga om en motparts redovisning av sin ståndpunkt i ett mål, varför förvaltningsrätten inte skulle ha avvisat dem. De övriga två yrkandena avsåg dock självständiga frågor som förvaltningsrätten inte hade möjlighet att pröva i målet, varför förvaltningsrätten hade fog för att avvisa dem.

Därefter konstaterade HFD att förvaltningsrätten och kammarrätten slutligt avgjort frågan om överprövning av upphandlingen, och att kammarrättens avgörande hade vunnit laga kraft, varför målet avskrevs.

### **4.9 Kammarrättspraxis**

#### **4.9.1 Introduktion**

Kammarrättspraxis delas nedan in i typsituationer för att systematisera frågorna inför den senare analysen. Därefter tas även särskilt upp frågan om invändningar mot sökandens egna eller dennes anbuds kvalifikationer.

#### **4.9.2 Vinnande leverantörs klagorätt**

##### *4.9.2.1 Rättelse, ytterligare en leverantör ska tillåtas delta i upphandlingen*

I RÅ 2002 ref. 5 medgavs inte klagorätt för den vinnande leverantören i situationen att ytterligare en leverantör skulle tillåtas delta i den fortsatta upphandlingsprocessen. Denna ordning har bekräftats även efter de nya talerättsdomarna av kammarrätterna i Göteborg och Stockholm.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Kammarrättens i Göteborg beslut av den 19 september 2011 i mål nr 5406-11 och kammarrättens i Stockholm beslut av den 15 oktober 2013 i mål nr 5826-13 samt av den 16

*4.9.2.2 Rättelsedom, innefattande instruktioner om hur utvärdering ska göras*  
Kammarrätten i Sundsvall har inte heller medgett klagorätt för den vinnande leverantören mot en rättelsedom där domslutet innefattade detaljerade instruktioner om hur utvärderingen skulle göras med bäring på vinnarens anbud, såtillvida att domen inte kunde tolkas på annat sätt än att sökanden skulle komma att vinna istället.<sup>112</sup> Eftersom domen inte innefattade uteslutning av vinnande leverantör var den inte överklagbar för denne. Ett skiljaktigt kammarrättsråd ansåg dock att domslutet var så preciserat att det i förväg bestämde utfallet av en ny utvärdering till nackdel för den vinnande leverantören. Enligt den skiljaktige innebar domen att den vinnande leverantören inte längre kunde vinna upphandlingen, varför rättsverkningarna borde vara jämförbara med att leverantören uteslutits. Här kan å ena sidan erinras om det senare avgjorda Maserfrakt-målet som anger att bedömningen av precis och påtaglig betydelse för den klagande inte är beroende av utfallet av vald rättelseåtgärd. Å andra sidan utgick den skiljaktiga meningen från att det överklagade avgörandet skulle vinna negativ rättskraft avseende de aktuella utvärderingskriterierna.<sup>113</sup>

*4.9.2.3 Rättelsedom, tillämpa utvärderingskriterier annorlunda enligt domskälen*

Rättelsedomar avseende tillämpningen av utvärderingskriterier har inte visat sig möjliga att överklaga, och därmed inte heller när de närmare formerna för rättelsen endast angivits domskälsvis.<sup>114</sup>

*4.9.2.4 Rättelsedom, uteslutning enligt domskälen*

Som nämnts i avsnitt 3.3.3 kan som utgångspunkt domskäl inte bli föremål för överklagande. Undantaget är om domskälen kan anses få sådana självständiga rättsverkningar att de får en direkt inverkan på senare beslut. Frågan är särskilt intressant eftersom innebörden av domsluten i rättelsedomar ofta preciseras genom domskälen, där bedömningen av uppfyllandet av skakrav med mera görs och de närmare formerna för den förordnade åtgärden beskrivs. Nedan

---

oktober 2013 i mål nr 5824-13. I det sistnämnda målet innefattade rättelsen även tillerkännande av viss utvärderingspoäng för den sökande anbudsgivaren, vilket inte heller var överklagbart.

<sup>112</sup> Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 28 oktober 2011 i mål nr 2618-11.

<sup>113</sup> Se avsnitt 3.4.5.

<sup>114</sup> Kammarrättens i Jönköping beslut av den 5 juli 2013 i mål nr 1766-13.

följer sammanfattningar av de rättsfall där domslutet endast angett rättelse och domskälen på ett eller annat sätt angett uteslutning av vinnande leverantör.

*Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 9 januari 2012 i mål nr 3306-11* – Domslutet föreskrev rättelse genom ny utvärdering. I domskälen angavs dock att vinnande leverantör inte uppfyllde skakraven. Trots att den vinnande leverantören tagits upp som motpart i förvaltningsrätten medgavs inte talerätt i kammarrätten eftersom denne inte uteslöts *enligt domslutet*, samt kunde överpröva ett nytt tilldelningsbeslut.

*Kammarrättens i Stockholm beslut av den 6 september 2012 i mål nr 4836-12* – Förvaltningsrättens domslut löd rättelse. I domskälen angavs att förvaltningsrätten fann att beställaren inte tillämpat skakrav enligt förfrågningsunderlaget, det vill säga implicit att de vinnande anbudsgivarna inte uppfyllde det. Domen var enligt kammarrätten inte överklagbar för en av de vinnande leverantörerna.

*Kammarrättens i Jönköping beslut av den 21 december 2012 i mål nr 3937-12* – Förvaltningsrätten konstaterade att vinnande leverantör inte uppfyllde skakraven. Domslutet angav endast rättelse genom ny anbudsutvärdering varför kammarrätten inte medgav den vinnande leverantören klagorätt.

*Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 5 juli 2013 i mål nr 3302-13* – Förvaltningsrätten förordnade om rättelse genom ny anbudsutvärdering. I domskälen konstaterades att vinnande leverantör inte uppfyllde skakraven och skulle uteslutas. Enligt kammarrätten kunde den vinnande leverantören, trots uttalandena under rubriken ”*Skälen för avgörande*”, inte överklaga domen.

*Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 31 oktober 2013 i mål nr 2893-13* – Efter att tilldelningsbeslut fattats hade beställaren tillåtit den vinnande leverantören komplettera sitt anbud så att det uppfyllde visst skakrav. Kompletteringen var enligt förvaltningsrätten otillåten, varför upphandlingen skulle rättas genom ny utvärdering. I avvisande av överklagande från den vinnande leverantören angav kammarrätten att förvaltningsrätten inte hade ”*i sitt domslut angivit att någon anbudsgivare ska exkluderas*”.

*Kammarrättens i Stockholm beslut av den 28 november 2013 i mål nr 7136-13* – Förvaltningsrätten konstaterade att den vinnande leverantören inte uppfyllde ett skakrav om inlämnande av bilagor på svenska varför upphandlingen skulle rättas. Det var dock enligt förvaltningsrätten inte lämpligt att domstolen föreskrev ett visst utfall av en ny förutsättningslös rättad utvärdering. Däremot utgick rätten från att beställaren beaktar vad som sagts i domskälen. Avgörandet var enligt kammarrätten inte överklagbart för den vinnande leverantören eftersom domen inte innebar att upphandlingen avbröts, att någon annan leverantör utpekades som vinnare eller att bolaget uteslöts. Vidare är det möjligt att överpröva ett nytt tilldelningsbeslut.

Kammarrättens avgörande överklagades men HFD meddelade inte prövningstillstånd.<sup>115</sup> Kammarrätten i Stockholm har tidigare avgjort ett mål enligt samma resonemang, vilket dock inte överklagades.<sup>116</sup> Även beställaren har i överklagande av en liknande rättelsedom utan framgång anfört att vinnande leverantör borde ha beretts tillfälle att yttra sig i målet.<sup>117</sup>

*Kammarrättens i Stockholm beslut av den 13 december 2013 i mål nr 7262-13* – Den vinnande leverantören uteslöts endast, men tydligt, domskälsvis genom en rättelsedom.<sup>118</sup> Leverantören överklagade eftersom denne inte beretts tillfälle att yttra sig i förvaltningsrätten. Enligt kammarrätten kunde inte förvaltningsrättens avgörande tolkas på annat sätt än att vinnande leverantör inte skulle tillåtas delta i utvärderingen. Målet återförvisades till förvaltningsrätten eftersom den vinnande leverantören inte beretts tillfälle att yttra sig där. I det återförvisade målet ansåg sig förvaltningsrätten dock inte bunden av kammarrättens instruktion och avvisade den vinnande leverantörens anförande och dömde åter rättelse i enlighet med bedömningen som gjorts i det tidigare avgörandet.<sup>119</sup> Den vinnande leverantören överklagade på nytt, men vid den andra turen i kammarrätten medgavs inte klagorätt eftersom förvaltningsrättens dom inte innebar att upphandlingen avbryts, att någon annan leverantör utpekades som vinnare eller att bolaget utesluts från det vidare förfarandet.

*Kammarrättens i Stockholm beslut av den 24 januari 2014 i mål nr 6906-13* – Förvaltningsrätten förordnade om ”rättelse genom rättelse”. I domskälen konstaterades att vinnande leverantör utvärderats på grund av en otillåten komplettering och därför borde ha uteslutits. Kammarrätten medgav inte klagorätt enligt samma formulering som exempelvis i mål nr 7136-13 och 7262-13 avseende innebörden av förvaltningsrättens dom.

*Kammarrättens i Stockholm dom av den 6 mars 2014 i mål nr 6902-13* – Förvaltningsrätten fann att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyllt visst skakrav. I domslutet förordnades om rättelse genom ny prövning av anbuden. Kammarrätten konstaterade att förvaltningsrätten i sitt domslut varken förordnat om uteslutning eller utpekade annan leverantör som vinnare, men fann att avgörandet inte kunde tolkas på annat sätt än att uteslutning skulle ske. Vinnande leverantör medgavs därmed talerätt i kammarrätten som avslog ansökningen.

#### *4.9.2.5 Rättelsedom innefattande uteslutning, men där domstolen inte har prövat grunder avseende det konkurrensuppsökande skedet*

Som konstaterats i avsnitt 3.4.4 följer det med domstolens befogenhet att själv välja lämplig ingripandeåtgärd att domstolen är förhindrad att förordna om

---

<sup>115</sup> HFD beslut av den 27 december 2013 i mål nr 8350-13.

<sup>116</sup> Kammarrättens i Stockholm beslut av den 12 oktober 2012 i mål nr 7402-12.

<sup>117</sup> Kammarrättens i Stockholm dom av den 28 februari 2014 i mål nr 7483-13.

<sup>118</sup> Kammarrättens i Stockholm beslut av den 8 november 2013 i mål nr 4531-13.

<sup>119</sup> Förvaltningsrättens i Uppsala dom av den 21 november 2013 i mål nr 5832-13. Som stöd för att förvaltningsrätten inte var bunden av kammarrättens avgörande angavs att underrätt enligt RÅ 1979 1:95, om det är uppenbart att överinstansen förbisett en viktig omständighet eller gjort en felbedömning, kan pröva även den sakfråga som överrätten prövat.

rättelse om den konstaterat fel som påverkat det konkurrensuppsökande skedet. En negativt berörd leverantör har därför medgivits klagorätt med yrkande om återförvisning av en rättelsesdom där förvaltningsrätten uteslutit leverantören utan att pröva vad som anförts om brister i förfrågningsunderlaget.<sup>120</sup> I en skiljaktig mening anfördes dock att en processekonomiskt mer lämplig ordning vore att den vinnande leverantörens överklagande borde ha kommunicerats med motparterna innan överklagandemålet avgjordes. Den överprövande parten hade då kunnat frånfalla sitt yrkande och sina grunder avseende det konkurrensuppsökande skedet. Upplysningsvis kan dock nämnas att förvaltningsrätten i det återförvisade målet avslog ansökan om överprövning avseende både grunderna för uteslutning och brister i förfrågningsunderlaget.<sup>121</sup>

#### *4.9.2.6 Dom om att upphandlingen ska göras om*

I en mängd avgöranden har den vinnande leverantören inte medgivits klagorätt mot en dom om att upphandlingen ska göras om.<sup>122</sup> Detta oavsett om det förekommit omständigheter som föranlett domstolen att kommunicera ansökan om överprövning till den vinnande leverantören. För det fall domen om att upphandlingen ska göras om grundas på att ingen av leverantörerna uppfyllt skakraven har dock kammarrätten i Göteborg medgivit klagorätt för den vinnande leverantören.<sup>123</sup> Den leverantör som varit sökande i förvaltningsrätten ansågs dock inte uppnå kravet på kontraritet varför dennes överklagande avvisades.

#### *4.9.2.7 Ogiltigförklaring av avtal*

Enligt ett yttrande från KKV är ogiltigförklaring av avtal att jämföra med en rättelsesdom.<sup>124</sup> Vidare anser KKV att övervägande skäl talar för en generell rätt

---

<sup>120</sup> Kammarrättens i Stockholm beslut av den 13 september 2013 i mål nr 4385-13.

<sup>121</sup> Förvaltningsrättens i Stockholm dom av den 6 december 2013 i mål nr 22034-13.

<sup>122</sup> Se kammarrättens i Göteborg beslut av den 9 november 2011 i mål nr 6427-11, av den 20 december 2011 i mål nr 8732-11, av den 30 oktober 2012 i mål nr 7266-12, av den 8 april 2013 i mål nr 540-13 samt av den 12 juni 2013 i mål nr 3026-13, kammarrättens i Jönköping beslut av den 26 april 2013 i mål nr 1171-13, 1198—1210-13, av den 31 januari 2014 i mål nr 3351-13 och av den 26 september 2013 i mål nr 2689-13, kammarrättens i Stockholm beslut av den 14 juni 2011 i mål nr 3270-11 samt av den 11 januari 2013 i mål nr 8880-12, och kammarrättens i Sundsvall beslut av den 9 januari 2012 i mål nr 3247-11 samt av den 19 januari 2012 i mål nr 3296-11.

<sup>123</sup> Se kammarrättens i Göteborg dom av den 25 juli 2012 i mål nr 1404-12.

<sup>124</sup> KKV yttrande av den 18 juni 2012 med dnr. 337/2012.

för den leverantör som riskerar mista ett ingånget kontrakt på grund av en ansökan om överprövning av avtals giltighet att träda in i processen. Yttrandet inhämtades av kammarrätten i Göteborg som i målet sålunda medgav talerätt för den vinnande leverantören.<sup>125</sup> Kammarrätten i Göteborg har även i ett nyligen avgjort mål bekräftat inställningen att vinnande leverantör intar partsställning vid mål om ogiltigförklaring av avtal.<sup>126</sup>

#### **4.9.3 Invändning om uppfyllelse av skakrav**

Av den nya praxis som följer av Arqdesign-målet och efterföljande avgöranden har frågan om huruvida domstolen kan beakta en invändning att den sökande leverantören, som gör gällande att den vinnande leverantören inte uppfyllt skakraven, inte heller uppfyller skakraven och därmed inte kunnat lida skada fått ökad betydelse. I mål där den vinnande leverantören bereds tillfälle att yttra sig om uppgifterna i ansökningen är det givetvis av stor betydelse för den vinnande leverantören om denne har möjlighet att framföra en sådan invändning.

Enligt tidigare kammarrättspraxis kunde domstolen inte pröva en sådan invändning från beställaren.<sup>127</sup> Kammarrätternas inställning har dock i senare avgöranden ändrats till att beställarens invändning visst kan beaktas.<sup>128</sup> Vidare har beställaren möjlighet att under den pågående överprövningsprocessen ändra och fatta nya tilldelningsbeslut.<sup>129</sup> Frågan om negativt berörd leverantörs invändning är dock inte lika klagjord. Detta illustreras nedan genom två i tiden nära varandra avgjorda mål där kammarrätterna i Göteborg respektive i Stockholm synes ha olika uppfattning vad gäller frågan om en sådan invändning från den vinnande leverantören kan beaktas. HFD har som bekant

---

<sup>125</sup> Kammarrättens i Göteborg beslut av den 2 juli 2012 i mål nr 2262-12.

<sup>126</sup> Kammarrättens i Göteborg dom av den 11 mars 2014 i mål nr 978-14.

<sup>127</sup> Kammarrättens i Göteborg domar av den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 och av den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 samt kammarrättens i Stockholm dom av den 19 november 2010 i mål nr 5929-10.

<sup>128</sup> Se exempelvis kammarrättens i Göteborg dom av den 15 maj 2013 i mål nr 741-13, beslut av den 15 november 2013 i mål nr 6520-13—6521-13 och beslut av den 3 december 2013 i mål nr 3427-13 samt kammarrättens i Stockholm domar av den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12 och av den 4 juli 2013 i mål nr 2826-13.

<sup>129</sup> Kammarrättens i Sundsvalls dom av den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 samt kammarrättens i Stockholm beslut av den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10. Det krävs dock grund för rättelse eller omprövning av tilldelningsbeslutet och åtgärden får inte göras i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU eller de grundläggande unionsrättsliga principerna. Se även resonemanget i förvaltningsrättens i Jönköping dom av den 16 augusti 2012 i mål nr 1758-12.

senare i Europark-målet prövat frågan om negativ berörd leverantörs partsställning och processram, vilket behandlats i avsnitt 4.8. Följande refererade kammarrättsfall är dock ändå av intresse eftersom frågan om skakravsinvändningen inte prövades i Europark-målet.

### *Mama Mia*<sup>130</sup>

I ett mål om överprövning av en upphandling avseende mödrahälsovård anförde den sökande leverantören, Barnmorskegruppen i Göteborg AB ("BMG"), att den vinnande leverantören, Mama Mia AB ("Mama Mia"), inte uppfyllde skakravet om bifogande av balansräkning/årsredovisning. Mama Mia invände att inte heller anbudet från BMG uppfyllde samtliga skakrav, varför BMG inte kunde lida skada.

Förvaltningsrätten, vars mening kammarrätten ansluter sig till, konstaterade att saken i mål som det förevarande i praxis inte ansetts omfatta huruvida den sökande partens anbud uppfyller skakraven och därför inte prövats. Vidare kunde det i förvaltningsrättens, och i förlängningen kammarrättens, mening inte ur Arqdesign-målet eller motsatsvis ur Röke Buss utläsas någon förändring av denna praxis. Kammarrätten finner därför att prövningsramen inte kan anses omfatta frågan i vad mån BMG:s anbud uppfyllde skakraven.

### *NFB Transport*<sup>131</sup>

NFB Transport AB ("NFB Transport") ansökte om överprövning av en upphandling av flyttjänster och anförde att den vinnande leverantören, Allt i Transport & Spedition AB ("AIT"), inte uppfyllt ett skakrav om att bifoga vissa intyg. Beställaren och AIT invände att, med den tolkning av kravet som NFB Transport gjorde gällande, inte heller NFB Transport uppfyllde kravet. Förvaltningsrätten fann att AIT:s anbud inte uppfyllde kravet. Men enligt förvaltningsrätten skulle det strida mot likabehandlingsprincipen att inte beakta invändningen att den sökande leverantörens anbud lider av samma brister som konstaterats hos den vinnande leverantören. Invändningen skulle därför prövas inom ramen för bedömningen av skaderekvisitet. Anförda brister i uppfyllandet av övriga skakrav avvisades dock.

Kammarrätten konstaterade att synsättet i tidigare kammarrättsavgöranden<sup>132</sup> troligtvis var ett utlopp för principen om *reformatio in pejus*.<sup>133</sup> Tillämpningen av principen om *reformatio in pejus* i mål som det förevarande menade dock kammarrätten skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Vidare får nationella processuella regler inte hindra EU-rättens fulla genomslag.<sup>134</sup> Beaktat detta, samt att parterna är mer jämbördiga i upphandlingsmål än i andra förvaltningsprocessmål och att överprövningsprocessen har karaktären av tvistemål, fick enligt kammarrätten principen om *reformatio in pejus* ge vika för det fall den hindrar rättsmedelsdirektivets fulla verkan.

---

<sup>130</sup> Kammarrättens i Göteborgs dom av den 23 april 2012 i mål nr 1301-12.

<sup>131</sup> Kammarrättens i Stockholm dom av den 30 maj 2012 i mål nr 924-12.

<sup>132</sup> Se not 127.

<sup>133</sup> Principen innebär att en sökande inte ska kunna hamna i en sämre situation än innan på grund av sin egen ansökan om överprövning, se Melin, s 322.

<sup>134</sup> Med hänvisning till EU-domstolens mål C-106/77 *Simmenthal S.p.A* samt C-221/89 *Factortame*.



Kammarrätten lägger även vikt vid att rättsläget förändrats sedan Arqdesign-målet, som i den förevarande situationen gett den vinnande leverantören partsställning när förvaltningsrätten avser bifalla överprövningen. Även processekonomiska skäl talar enligt kammarrätten för att invändningar av aktuellt slag ska kunna prövas i ett sammanhang. Kammarrätten fann därför att invändningen skulle prövas vid bedömningen av skaderekvisitet.

Varken anbudet från NFB Transport eller AIT uppfyllde enligt kammarrätten det aktuella skakravet. Beställaren hade dock bedömt skakravet på ett likartat sätt avseende båda anbudena varför likabehandlingsprincipen inte trätts för när. Med hänsyn till skaderekvisitet och likabehandlingsprincipens genomslag, som enligt kammarrätten blir särskilt tydlig när det gäller brister i ett och samma skakrav, har NFB Transport inte lidit någon skada. Kammarrätten avslag överklagandet.

Båda domarna överklagades men HFD meddelade inte prövningstillstånd.<sup>135</sup>

Frågan har även efter Europark-målet vållat spretig praxis. Kammarrätten i Sundsvall avvisade invändningen med hänvisning till Europark-målet, det vill säga att invändningen inte var hänförlig till ett bemötande av uppgifterna i ansökan om överprövning.<sup>136</sup> Kammarrätten i Göteborg har dock i ett senare mål ansett att invändningen ska beaktas, även när endast leverantören framfört den.<sup>137</sup> I målet hänvisade domstolen till kammarrättens i Stockholm avgörande i *NFB Transport* och kammarrättens i Göteborg mål nr 741-13 som stöd för slutsatsen att beställarens eller vinnande leverantörs invändning kunde prövas inom ramen för överprövningsprocessen. I ett senare mål har kammarrätten i Göteborg även uttryckt att EU-domstolens dom i målet *Fastweb* innebär att invändningen från negativt berörd leverantör alltid ska prövas.<sup>138</sup>

I *NFB Transport* konstaterade kammarrätten att det inte kunde anses stå i strid med likabehandlingsprincipen att frånfalla ett skakrav som både den sökande leverantören och den vinnande leverantören brutit avseende samma skakrav. Även kammarrätten i Göteborg tycks dela den uppfattningen.<sup>139</sup> Det får således anses vara kammarrätternas uppfattning att det inte utgör ett upphandlingsfel att kvalificera eller utvärdera två anbudsgivare i strid med de obligatoriska kraven, om anbudsgivarnas brister är identiska. Detta eftersom de båda anbudsgivarna behandlats lika i förhållande till varandra.

---

<sup>135</sup> HFD beslut av den 19 september 2012 i mål nr 2667-12 respektive mål nr 3134-12.

<sup>136</sup> Kammarrättens i Sundsvall dom av den 21 maj 2013 i mål nr 388-13.

<sup>137</sup> Kammarrättens i Göteborg dom av den 14 november 2013 i mål nr 4224-13.

<sup>138</sup> Kammarrättens i Göteborg beslut av den 3 december 2013 i mål nr 3427-13.

<sup>139</sup> Kammarrättens i Göteborg dom av den 15 januari 2014 i mål nr 3244-13—3245-13.

## 5 Analys

### 5.1 Introduktion

Inledningsvis sammanfattas vad som kan anses klargjort avseende frågan om talerätt för negativt berörd leverantör enligt HFD:s avgöranden samt enligt de kammarrättsavgöranden där domstolarna kommit till någorlunda unisona slutsatser. Därefter analyseras och diskuteras närmare dessa avgöranden samt ytterligare talerätsfrågor och anknytande processuella frågor. Dragna slutsatser sammanfattas i slutet av varje avsnitt. Slutligen diskuteras frågan om hur det svenska rättsläget förhåller sig till unionsrättens krav på effektiva rättsmedel.

### 5.2 Sammanfattning av rättsläget

#### 5.2.1 Något om den processuella regleringen i allmänhet

Upphandlingslagstiftningen saknar i stort sett processuell reglering av överprövningsprocessen. När förvaltningsdomstol står inför processuella frågor har den därför att tillämpa FPL. Saknas tillräckligt uttrycklig reglering har domstolen att tillämpa förvaltningsrättsliga och förvaltningsprocessrättsliga principer och i sista hand den allmänna processrätten. Här tillkommer också de gentemot övriga förvaltningsrättsliga måltyper avvikande bedömningar som enligt praxis gäller för upphandlingsmål. Överordnat de ovan nämnda rättskällorna är dock unionsrättens krav på effektiva rättsmedel för leverantörer i offentlig upphandling. Gällande unionsrätten kan dock generellt sägas att det saknas hänvisningar i HFD:s domar om talerätt för negativt berörd leverantör, något upphandlingsmålen inte är ensamma om.<sup>140</sup> Även om det är positivt att domstolarna tycks beakta unionsrätten vore det önskvärt om detta framgick tydligare av skälen för avgörandena.<sup>141</sup>

#### 5.2.2 Klagorätt

Klagorätten i upphandlingsmål skiljer sig något från övriga mål som prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Framför allt handlar det om en skillnad i bedömningen av om det överklagade beslutet har gått klaganden emot, vilket

---

<sup>140</sup> Se avsnitt 2.2.2.

<sup>141</sup> Se även avsnitt 5.7.

har sin grund i domstolarnas rätt att själva välja rättsmedel.<sup>142</sup> Klagorätten har dock på grund av unionsrättens krav på möjlighet till domstolsprövning generellt vidgats mycket inom flera svenska förvaltningsrättsliga måltyper.<sup>143</sup> Förändringen som skedde genom Arqdesign-målet får anses vara ett uttryck för denna utveckling. Rätten att klandra upphandlingsbeslut grundas i unionsrätten och kan därför inte enbart ses som en procedurfråga, utan som en rättighet för vilken ett korresponderande effektivt rättsmedel ska finnas.

### 5.2.3 Negativt berörd leverantör

Vad kan då anses klargjort i frågan om negativt berörd leverantörs talerätt i överprövningsprocesser inledda av konkurrerande anbudsgivare? För att få en överblick av den praxis som Arqdesign-målet och efterföljande avgöranden skapat följer här en sammanfattning av vad som kan utläsas av HFD:s avgöranden.

Dåvarande Regeringsrätten hade tidigare fastslagit att en vinnande leverantör inte hade klagorätt mot en dom om rättelse med innebörden att en annan leverantör tillåts delta i utvärderingen.<sup>144</sup> Inte heller kunde en rättelsedom innebärande att en annan leverantör skulle tilldelas uppdraget överklagas av den vinnande leverantören.<sup>145</sup> Ordningen enligt det senare fallet ändrades genom Arqdesign-målet där HFD i plenum – om än med flertalet skiljaktiga ledamöter – slog fast att om domstolen överväger att lägga av sökanden anförda omständigheter till grund för ett förordnande om uteslutning av vinnande leverantör, eller förkastande av dennes anbud, ska denne beredas tillfälle att yttra sig över omständigheterna samt ha möjlighet att överklaga domen. Därefter har notisfallet Röke buss tagits till intäkt för att en vinnande leverantör som i en sådan situation som i Arqdesign-målet inte beretts tillfälle att yttra sig om ansökningen har rätt att överklaga domen.<sup>146</sup> I Skanska-målet avgränsades klagorätten på så sätt att en dom om rättelse som *inte* innefattar ett uteslutande av vinnande leverantör eller förkastande av dennes anbud inte är överklagbar för den vinnande leverantören. I Maserfrakt-målet avvisades

---

<sup>142</sup> Se avsnitt 3.4.4.

<sup>143</sup> Se avsnitt 2.2.2.

<sup>144</sup> RÅ 2002 ref. 5, se även avsnitt 4.2.

<sup>145</sup> RÅ 2007 not. 131, se även avsnitt 4.3.

<sup>146</sup> Se avsnitt 4.5.

överklagandet av en dom om att upphandlingen skulle göras om eftersom det enligt HFD krävs att det överklagade avgörandet i sig har en så precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vilket det faktiska eller potentiella utfallet blir av domstolens åtgärd, att det medför klagorätt. Maserfrakt-målet gäller således generellt vid överklaganden, inte bara vinnande leverantör.

Avgörandet RÅ 2002 ref. 5 får alltså anses stå sig. Gällande RÅ 2007 not. 131 angav däremot HFD i Arqdesign-målet att det senare målet avgjordes med uttrycklig avvikelse från 2007 års notisfall.

Vid en första anblick kan rättsläget te sig någorlunda klart. I själva verket har dock en rad oklarheter och frågor uppstått, och det finns anledning att ifrågasätta både HFD:s och kammarrätternas avgöranden.

### **5.3 När är vinnande leverantör negativt berörd?**

#### **5.3.1 Allmänt**

Att en vinnande leverantör som hotas av uteslutning genom en annan leverantörs ansökan om överprövning är negativt berörd är framgår tydligt av praxis. Likaså att den negativt berörda leverantören därefter har rätt att överklaga ett eventuellt förordnande om uteslutning. Detsamma gäller vid ansökan om ogiltigförklaring av avtal. Rätten att yttra sig i målet enligt 10 § FPL hänger alltså ihop med rätten att enligt 33 § FPL överklaga domen. Enligt Maserfrakt-målet ska klagorätten dock bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och om det överklagade beslutet har en sådan precis och påtaglig betydelse för klaganden att det medför klagorätt. Någon ledning för vilka omständigheter som krävs för klagorätt anges inte i Maserfrakt-målet, men väl att klagorätt kan föreligga oavsett vad det faktiska eller potentiella utfallet av beslutet är. Det kan därmed inte uteslutas att en vinnande leverantör kan ha klagorätt mot en dom om att upphandlingen ska göras om, eller att rättelse ska ske på annat sätt än genom uteslutning av den vinnande leverantören. Det kan visserligen anses vara positivt i sig att HFD utsträcker klagorätten till att omfatta även andra situationer än uteslutningssituationen, eftersom effekten för den vinnande leverantören kan vara av minst lika stor betydelse även i andra

fall. Att HFD formulerat klagorätten så vagt är dock olyckligt eftersom det skapar stora osäkerheter för parterna i överprövningsprocessen.

### 5.3.2 Dom om att upphandlingen ska göras om

Det finns flera anledningar till att även en dom om att upphandlingen ska göras om bör kunna beröra den vinnande leverantören på ett sådant sätt att denne bör kommuniceras överprövningen och ha rätt att överklaga domen. Inledningsvis ska dock nämnas att en sådan dom *har* ansetts överklagbar för den vinnande leverantören, om domen grundas på omständigheterna att ingen leverantör uppfyllt skakraven. Däremot kunde inte sökanden överklaga domen eftersom den ansågs utgöra bifall av ansökan om överprövning.<sup>147</sup>

Efter en dom om att upphandlingen ska göras om fattas ett avbrytandebeslut av beställaren. Normalt skulle avbrytandebeslutet vara överklagbart för var och en av anbudsgivarna – men inte om det följer på en dom om att upphandlingen ska göras om. För en sådan ordning talar att en sådan dom jämförelsevis borde anses utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande. Domstolen har ju redan prövat saken och funnit anledning till att upphandlingen inte kan fortsätta i befintligt skick. Detta behöver dock inte utgöra hela sanningen. Ett överklagande kan mycket väl grundas på att domstolen dömt materiellt felaktigt utifrån parternas egna åberopade omständigheter, eftersom den är bunden av parternas utredning.<sup>148</sup> Exempelvis kan beställaren ha medgivit att upphandlingen ska göras om, något som domstolen visserligen inte är bunden av, men med ett sådant medgivande följer inte nödvändigtvis några anförda omständigheter för att upphandlingen ska bestå. I dessa fall mister den vinnande leverantören kontraktet utan någon möjlighet till prövning av beslutets materiella riktighet.<sup>149</sup>

Vidare upphör anbudsgivaren att vara anbudsgivare i den aktuella upphandlingen och mister likväl kontraktet. Leverantören har visserligen all möjlighet att delta i den nya upphandlingen. Den nya upphandlingen kan dock innebära nya krav, nya tjänster, ny viktning och avtalsperiod jämfört med den

---

<sup>147</sup> Se avsnitt 4.9.2.6.

<sup>148</sup> Se avsnitt 3.4.2.

<sup>149</sup> Denna risk gäller även sökanden, men i det fallet kan risken övervägas redan innan överprövningsprocessen inleds.

upphandling som leverantören ursprungligen vunnit. Dessutom upphör normalt sekretessen avseende lämnade anbud, vilket kan ha förödande konsekvenser för den vinnande anbudsgivaren i ett omtag.<sup>150</sup>

### **5.3.3 Dom om rättelse utan uteslutning**

HFD inskränkte genom Skanska-målet talerätten för den vinnande leverantören till att inte omfatta fall där leverantören inte utesluts från eller hotas uteslutas från det vidare upphandlingsförfarandet. Den vinnande leverantören anses därmed inte negativt berörd av en överprövning som tar sikte på exempelvis utvärderingspoängen avseende dennes anbud. Rimligtvis får en sådan ansökning om överprövning normalt anses beröra den vinnande leverantören på ett vagare sätt än om ansökningen tar sikte på att leverantören ska uteslutas. Dessutom kan den tidigare vinnaren överpröva det nya tilldelningsbeslutet som följer på en sådan rättelsedom.

Det finns dock inget som utesluter att en rättelse avseende utvärderingspoäng eller kriterier kan vara av sådan precis och påtaglig betydelse för den vinnande leverantören att denne ska anses vara negativt berörd. Här torde tydligheten i avgörandet spela en avgörande roll. Om avgörandet uttryckligen utpekar en annan leverantör som vinnare borde det innebära att avgörandet har en sådan precis och påtaglig betydelse som krävs,<sup>151</sup> särskilt beaktat att Arqdesign-målet avgjordes med uttrycklig avvikelse från RÅ 2007 not. 131 där sökanden i domskälen utpekades som vinnare. Processekonomiska skäl talar också för att ansökningar som inte innefattar uteslutningsgrunder, men väl en tydligt angiven förändrad tilldelning, ska prövas fullt ut i den första processen istället för att behöva stötas ytterligare en gång efter nytt tilldelningsbeslut.

### **5.3.4 Rangordnade ramavtal**

Frågan om vem som är negativt berörd och därmed ska beredas tillfälle att yttra sig i processen kompliceras vid upphandling av rangordnade ramavtal. I rangordnade ramavtal är det inte ovanligt att två eller flera leverantörer tilldelas kontrakt. För det fall överprövningen tar sikte på samtliga vinnande leverantörer och/eller deras anbud, uppkommer frågan om samtliga utpekade

---

<sup>150</sup> Detta gäller dock även övriga anbudsgivare, vilket försvagar den precisa och påtagliga betydelsen av en dom om att upphandlingen ska göras om för just den vinnande leverantören.

<sup>151</sup> Se även skiljaktig mening i kammarrättens i Sundsvall mål nr 2618-11, avsnitt 4.9.2.2.

leverantörer ska yttra sig i målet. En uppenbar processekonomisk risk med detta är att processen riskerar att svälla om flera leverantörer ska ha rätt att göra sig hörda. Det finns dock inget som talar för att dessa leverantörer inte skulle ha samma behov av möjligheten att försvara tilldelningen mot angrepp från en konkurrent. Snarare är det troligt att betydelsen inte sällan är större vid ramavtalsupphandlingar, eftersom det ofta rör sig om väldigt stora kontraktsvärden vid exempelvis centraliserade ramavtalsupphandlingar med hundratals avropsberättigade parter. Vid större ramavtalsupphandlingar kan det knappast uteslutas att även en överprövning avseende utvärderingspoängen kan medföra att en vinnande, eller i ramavtalet högre rangordnad, leverantör får anses vara tillräckligt berörd för att denne ska anses negativt berörd i den mening som följer av Arqdesign-målet. En processekonomisk fördel med att flera vinnande leverantörer ska ha rätt att yttra sig är dessutom att risken för ytterligare en process minskar, vilket även torde minska risken för att anbudens giltighetstid löper ut och upphandlingen måste göras om.<sup>152</sup>

### **5.3.5 Slutsatser**

Enligt HFD kan beslut i mål om offentlig upphandling överklagas om de är av precis och påtaglig betydelse för klaganden. Tillämpningen av kravet tycks dock väl formalistiskt och tar inte tillräcklig hänsyn till den vinnande leverantörens intresse av att få sin tilldelning av uppdraget prövad.

## **5.4 I vilken ordning ska yrkanden och omständigheter prövas?**

### **5.4.1 Felpåståenden som omfattar flera faser**

När en ansökan om överprövning omfattar felpåståenden avseende både det konkurrensuppsökande skedet och kvalificerings- eller utvärderingsfasen står domstolen inför frågan om vilka omständigheter som ska prövas först. Enligt praxis ska domstolen, om det är möjligt, begränsa ingripandet till rättelse och endast för det fall felet påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska den mer ingripande åtgärden göra om upphandlingen väljas.<sup>153</sup> Förutsättningarna för vardera ingripande måste därmed undersökas innan domstolen avgör målet,

---

<sup>152</sup> Givetvis finns möjlighet till förlängning av anbudens giltighetstid, men sådana förlängningar kan heller inte pågå alltför länge eftersom en anbudsgivare knappast kan binda sig till ett visst pris eller villkor på obestämd tid.

<sup>153</sup> Se avsnitt 3.4.4.

vilket torde innebära att en processekonomisk ordning vore att domstolen först har att undersöka om de anförda upphandlingsfelen påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Finner domstolen exempelvis att konkurrensen snedvridits genom fel i förfrågningsunderlaget finns det således inte anledning att vidare undersöka om exempelvis leverantör A eller B uppfyllt samtliga obligatoriska krav eller inte.<sup>154</sup>

Här måste dock även beaktas den tvistemålsliknande karaktären hos upphandlingsmålen, som innebär att domstolen inte får döma utöver de omständigheter som parterna åberopat. Skulle sökanden exempelvis frånfalla de omständigheter som, oavsett yrkande, skulle kunna läggas till grund för att upphandlingen ska göras om bör domstolen därmed vara bunden av detta.<sup>155</sup>

I ett kammarrättsfall hade förvaltningsrätten underlåtit denna skyldighet och förordnat om rättelse genom uteslutning av den vinnande leverantören, som i sin tur överklagade varpå kammarrätten återförvisade målet.<sup>156</sup> Målet är förutom det uppenbara avsteget från huvudregeln, att förhandlingsprincipen gäller avseende utredningsansvaret i målet,<sup>157</sup> intressant på två punkter. (1) Överklagandet, som tog sikte på att domstolen inte prövat de anförda bristerna avseende förfrågningsunderlaget, kan knappast utgöra ett bemötande av uppgifter i ansökan om överprövning avseende den vinnande leverantörens kvalifikationer. Snarare utgör det ett sådant självständigt yrkande som med en strikt tolkning av EuroPark-målet torde falla utanför processramen för den negativt berörda leverantören. En sådan tolkning är dock svår att ställa sig bakom, då det endast är den negativt berörda leverantören som kan ha ett intresse av att riktigheten av domstolens förfarande ska prövas. Varken sökanden eller beställaren har troligtvis i det här läget något intresse av att få prövat om upphandlingen ska göras om. (2) Särskilt intressant är dock den skiljaktiga meningen i målet, att sökanden borde ha kommunicerats överklagandet och därmed kunnat frånfalla yrkandet om att göra om upphandlingen samt de omständigheter som anförts därför. Målet hade i så fall

---

<sup>154</sup> Härvid förutsätts skaderekvisitet vara uppfyllt.

<sup>155</sup> Därmed inte sagt att domstolen är bunden av parternas yrkanden, men väl av de anförda omständigheterna som ligger till grund för ansökan om överprövning.

<sup>156</sup> Kammarrättens i Stockholm mål nr 4385-13, se avsnitt 4.9.2.5.

<sup>157</sup> Se avsnitt 3.4.2.



inte behövt återförvisas. Nu skulle visserligen samma sak kunna uppnås i det nya målet hos förvaltningsrätten, men med betydande tidsutdräkt jämfört med den lösning som den skiljaktige förordade.

#### **5.4.2 Slutsatser**

Frågan om i vilken ordning felpåståenden ska prövas är främst av processekonomisk betydelse. Av domstolens skyldighet att om möjligt begränsa ingripandet till rättelse följer att det först måste undersökas om anförda felpåståenden är av sådan art att upphandlingen måste göras om. Har domstolen brutit i denna skyldighet kan en negativt berörd leverantör i överklagande få målet återförvisat. Det får dock anses oklart om upphandlingsmålens tvistemålsliknande karaktär innebär att sökanden ska kommuniceras det överklagade målet och i sådant fall kunna frånfalla felpåståendena avseende det konkurrensuppsökande skedet.

### **5.5 Uteslutning i domslutet respektive i domskälen**

#### **5.5.1 Endast domslutet är överklagbart**

HFD betonade i Maserfrakt att möjligheten till överklagande enbart tar bäring på själva *beslutet*, och om det har en sådan precis och påtaglig betydelse för klaganden – oavsett vad det materiella utfallet blir eller kan bli av den åtgärd domstolen valt – att det medför klagorätt enligt 33 § FPL. För att en vinnande leverantör ska uppnå kraven för saklegitimation respektive kontraritet i förhållande till ett domstolsavgörande torde det, mot bakgrund av att domskälen normalt inte anses överklagbara,<sup>158</sup> därför krävas att formuleringen i domslutet direkt pekar ut leverantören respektive innefattar ett förordnande om att denne *utesluts* från det vidare upphandlingsförfarandet. Denna bedömning har bekräftats i ett flertal kammarrättsavgöranden.<sup>159</sup>

Betoningen av domslutet som den enda relevanta faktorn vid bedömningen av överklagbarheten framgår med all önskvärd tydlighet i exempelvis kammarrättens i Sundsvalls mål nr 2893-13.<sup>160</sup> I målet hade förvaltningsrätten i domskälen uttryckligen angett att (1) den vinnande leverantören inte uppfyllde

---

<sup>158</sup> Se avsnitt 3.3.3.

<sup>159</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

<sup>160</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

visst skakkrav och (2) att rättelse skulle ske genom ny anbudsutvärdering vari leverantörens anbud inte fick ingå. I domslutet angavs dock endast att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse vidtagits genom ny utvärdering av anbud. Vid överklagade från den vinnande leverantören bedömde kammarrätten att domslutet inte hade en sådan precis och påtaglig betydelse för leverantören att det medförde klagorätt. Bedömningen tycks vara densamma i flertalet kammarrättsmål, om än vagare uttryckt.<sup>161</sup>

Förvisso bedömde kammarrätten i Stockholm, i ett överklagande avseende ett sådant förvaltningsavgörande, att domen med hänsyn till uttalandena i domskälen inte kunde tolkas på annat sätt än att den vinnande anbudsgivaren skulle uteslutas från anbudsutvärderingen.<sup>162</sup> I det återförvisade målet trotsade dock förvaltningsrätten kammarrättens avgörande, med hänvisning till att kammarrätten missbedömt situationen. När förvaltningsrättens dom överklagades på nytt gjorde kammarrätten ”en pudel” och avvisade i enlighet med den bedömning som förvaltningsrätten gjort i det återförvisade målet, det vill säga att domen inte var överklagbar eftersom det i domslutet inte angavs att någon leverantör skulle uteslutas.<sup>163</sup>

### **5.5.2 Är endast domslutet relevant?**

Det skulle kunna argumenteras att överklagande av domskälen normalt inte är tillåten, såvida inte beslutsskälen har självständiga rättsverkningar som påverkar klagandens rättsliga ställning.<sup>164</sup> Därtill kan även hävdas att ett domslut som endast anger att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom ny anbudsutvärdering inte direkt påverkar någon särskild leverantörs rättsställning. Härvid har domstolen inte i domslutet föreskrivit någon materiell förändring av upphandlingen, utan endast att beställaren ska göra om kvalificeringen eller utvärderingen.

Mot det ovan anförda kan dock flera invändningar göras. För att domstolen överhuvudtaget ska ingripa mot upphandlingen måste beställaren ha begått ett upphandlingsfel. När det gäller rättelser är typiskt sett felet hänförligt till

---

<sup>161</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

<sup>162</sup> Kammarrättens i Stockholm mål nr 4531-13, se vidare avsnitt 4.2.9.4.

<sup>163</sup> Kammarrättens i Stockholm mål nr 7262-13, se vidare avsnitt 4.2.9.4.

<sup>164</sup> Se avsnitt 3.3.3.

kvalificerings- eller utvärderingsfasen.<sup>165</sup> Om domstolen finner att ett fel begåtts ska detta framgå av domskälen. Vidare beskriver vanligen domstolen i domskälen vad rättelsen ska bestå av, utöver att en ny kvalificering eller utvärdering ska företas, exempelvis att någon anbudsgivare inte får beaktas eller att ett utvärderingskriterium ska tillämpas på visst sätt. Det är inte ovanligt att domstolen i själva domslutet utelämnar de närmare instruktionerna för vad rättelsen ska bestå i. Det är också vanligt förekommande att domslutet hänvisar tillbaka till domskälen för en närmare beskrivning av hur rättelsen ska genomföras.

### 5.5.3 Är det någon skillnad?

Är det då någon skillnad mellan *domslutet* 'uteslutning' och *domskälen* 'uteslutning'? I ett par avgöranden har förvaltningsrätten i domskälen uttryckligen angett att den vinnande leverantören inte uppfyllt visst skakrav och att denne därför ska uteslutas, alternativt inte beaktas vid en ny anbudsutvärdering, men också att det skulle vara olämpligt för domstolen att föreskriva ett visst utfall av rättelsen.<sup>166</sup> Istället har förvaltningsrätten menat att en ny, förutsättningslös och rättad, kvalificering och/eller utvärdering ska göras. Vidare uttalade förvaltningsrätten i avgörandena att domstolen utgår från att beställaren beaktade vad som sagts i domskälen. Enligt kammarrätten var besluten inte överklagbara för den ursprunglige vinnande leverantören, som alldeles uppenbart skulle komma att uteslutas vid den nya "förutsättningslösa" utvärderingen. Domstolen menar alltså paradoxalt nog att domskälen inte är tillräckligt bindande för beställaren att vinnande leverantör ska kunna överklaga avgörandet. Samtidigt förväntar sig domstolen att beställaren ska följa domskälen.

Här kan också tilläggas att HFD gällande Arqdesigns klagorätt uttryckligen angav att det var fråga om en avvikelse från den rättstillämpning som kommit till uttryck i RÅ 2007 not. 131. Visserligen angavs själva uteslutningen i domslutet i Arqdesign-målet, men i det äldre notisfallet var det just fråga om ett domslut som endast angav att rättelse skulle ske, enligt vad som anförts i domskälen. Detta kan å ena sidan anses tala för att HFD inte gör skillnad på ett

---

<sup>165</sup> Se avsnitt 3.2.6.

<sup>166</sup> Se kammarrättens i Stockholm mål nr 7402-12 och 7136-13, se vidare avsnitt 4.9.2.4.

domslut som hänvisar till domskälen för de närmare föreskrifterna om ett förordnande av rättelse. Å andra sidan meddelade HFD mer nyligen inte prövningstillstånd när en kammarrätts avvisande av överklagande av en domskälsvis uteslutning överklagades.<sup>167</sup>

#### 5.5.4 Ingen negativ rättskraft

Synsättet, att det vore olämpligt för domstolen att föreskriva ett visst utfall av en rättelse, ligger i linje med Nords skiljaktiga mening i Arqdesign; i det att domstolen inte har att fatta upphandlingsbeslut, men att en dom om uteslutning innebär att domstolens beslut fått en materiell innebörd. Slutsatsen är fullt rimlig i sig – det är ju beställaren som har att fatta upphandlingsbeslut och domstolen finns till för att kontrollera att beställaren förfarit formellt riktigt vid beslutsfattandet.<sup>168</sup> Dessutom har HFD senare slagit fast, vilket Nord verkade utgå från redan i Arqdesign-målet, att upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft i den meningen att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar.<sup>169</sup> Leverantören kan alltså, oavsett om domslutet uttryckligen anger uteslutning eller inte, på nytt ansöka om överprövning av ett nytt tilldelningsbeslut som följer på domen. Denna möjlighet har även påpekats av kammarrätterna vid avvisningar på grund av bristande klagorätt.<sup>170</sup> I den andra överprövningsprocessen kan det dock bli svårt för den uteslutna leverantören att uppnå skaderekvisitet, eftersom en rätteligen utesluten leverantör i normalfallet inte kan anses lida skada av upphandlingsfel i kvalificerings- eller utvärderingsfasen.<sup>171</sup>

Med uppfattningen att endast domslutet är av betydelse för bedömningen av klagorätten kan man dock fråga sig vad syftet är med att ge negativt berörd leverantör möjlighet att träda in i processen och försvara sitt anbud samt kunna överklaga domen om leverantören ändå utesluts.<sup>172</sup> Domstolen kan i så fall efter fritt skön välja att endast i domskälen konstatera sådana brister som ska föranleda uteslutning och ”förordna” om uteslutningen där, men i domslutet

---

<sup>167</sup> HFD beslut av den 27 december 2013 i mål nr 8350-13. Se även avsnitt 4.9.2.4.

<sup>168</sup> HFD 2013 ref. 5, se även avsnitt 3.4.3.

<sup>169</sup> HFD 2013 ref. 36, se även avsnitt 3.4.5.

<sup>170</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

<sup>171</sup> Se avsnitt 3.2.6.

<sup>172</sup> Här kan erinras om att frågan om upphandlingsmålens eventuella negativa rättskraft inte var avgjord vid tiden för Arqdesign-målets avgörande.

enbart ange att rättelse ska ske genom ny kvalificering eller utvärdering. En sådan dom blir med gällande synsätt inte överklagbar, eftersom domstolen inte anses ha förordnat om att någon leverantör ska uteslutas. Vidare kan domstolen hävda att den aldrig avsåg förordna om uteslutande av den vinnande leverantören, varför denne inte behövde beredas tillfälle att yttra sig om ansökan.

#### **5.5.5 Domstolstrots**

I praktiken måste dock beställaren ändå rätta sig efter vad som anges i domskälen och utesluta utpekad leverantör. Anta att beställaren av någon anledning ändå vill behålla den ursprungliga vinnaren av upphandlingen som leverantör och struntar i domskälen, eftersom de enligt kammarrättspraxis inte är av sådan dignitet att de anses innefattas i förordnandet om rättelse. Beställaren företar därmed en ny utvärdering och fattar ett nytt tilldelningsbeslut varmed den ursprungliga vinnaren åter tilldelas kontraktet. Frågan om ett sådant förfarande innebär domstolstrots har ännu inte tagits upp av JO, utan de ärenden som behandlat domstolstrots vid offentlig upphandling har endast avsett situationen att beställaren fortgått med en upphandling i strid med domstolsförordnande om att upphandlingen ska göras om.<sup>173</sup> Förbudet mot att avsluta upphandlingen i befintligt skick gäller dock likväl vid rättelsesdomar. Visserligen skulle beställaren kunna genomföra en ny utvärdering, men utan beaktande av vad som sägs i domskälen, och därmed inte avsluta upphandlingen i befintligt skick. Med synsättet att domskälen inte har någon rättsverkan skulle detta inte ses som domstolstrots. Att medvetet genomföra en ny utvärdering utan beaktande av vad domstolen föreskrivit domskälsvis ter sig i verkligheten dock svårligen som något annat än domstolstrots. Det får vidare antas att beställare regelmässigt följer vad som domskälsvis föreskrivs om rättelser, vilket också kan vara anledningen till att domstolstrots mot rättelsesdomar ännu inte tagits upp av JO.

#### **5.5.6 Slutsatser**

En rättelsesdom som i domslutet direkt förordnar om uteslutning av viss leverantör och ett domslut som istället hänvisar till domskälen där

---

<sup>173</sup> Se avsnitt 3.2.7.

uteslutningen föreskrivs kan av beställaren i praktiken knappast tolkas på olika sätt. Domskäl som anger att viss leverantör inte uppfyller skakraven och därför ska uteslutas eller inte beaktas i utvärderingen kan i allmänhet knappast heller ses som ett slags obiter dictum som inte påverkar någon framtida bedömning i upphandlingen, och i synnerhet inte i de fall där domslutet uttryckligen hänvisar till domskälen. Även om vinnande leverantör har möjlighet att ansöka om överprövning av nya tilldelningsbeslut kan en tidigare process resultera i betydande svårigheter att uppnå skaderekvisitet i en senare process. Vidare bör inte en teknikalitet avseende hur domstolen utformar sitt avgörande innebära att leverantören inte har rätt att göra sin röst hörd i målet eller genom överklagande. En rimligare slutsats vore istället att domskälen får, om inte självständiga rättsverkningar, en sådan influens på senare beslut att motiveringen ändå bör kunna överklagas.<sup>174</sup>

## **5.6 Vinnande leverantörs invändning om skakrav**

### **5.6.1 (När) ska invändningen beaktas av domstolen?**

Det torde i kammarrättspraxis kunna anses avgjort att beställarens invändning, att den sökande leverantören inte uppfyller skakraven och därmed inte kan anses lida skada, ska beaktas av domstolen. Kammarrätten i Stockholm har ansett att det finns utrymme för detta genom ett bortseende från principen om *reformatio in pejus* på grund av upphandlingsmålens tvistemålsliknande karaktär.<sup>175</sup> Ytterligare en anledning till att detta är en rimlig ordning är att beställaren normalt inte är skyldig att kontrollera uppfyllandet av samtliga skakrav vid det första tilldelningsbeslutet, med vilket följer en rätt att senare ompröva huruvida skakraven uppfylls eller inte.<sup>176</sup> Med befogenheten för beställaren att ändra och fatta nya tilldelningsbeslut under pågående överprövningsprocess vore det ologiskt om dennes invändning om skakravsbrister hos sökanden inte skulle kunna beaktas i överprövningsprocessen.

---

<sup>174</sup> Se avsnitt 3.3.3.

<sup>175</sup> Se *NFB Transport*, avsnitt 4.9.3.

<sup>176</sup> Se avsnitt 2.4.

Men kan den negativt berörda leverantörens invändning beaktas? Som framgår i avsnitt 4.9.3 tycks kammarrätterna vara oense i frågan, även om flera och senare avgöranden tycks luta åt att invändningen kan beaktas. Förbiser man formuleringarna i domskälen, exempelvis om att beställarens *eller* vinnande leverantörs invändning ska beaktas, och istället tittar närmare på avgörandena i förhållande till de faktiska omständigheterna ter sig frågan dock mindre avgjord. Fram till kammarrättens i Göteborg mål nr 4224-13 har invändningen aldrig beaktats i något fall där den framförts enbart av den negativt berörda leverantören.<sup>177</sup> I samtliga avgöranden, det nyssnämnda avgörandet undantaget, där invändningen har beaktats har även beställaren gjort samma invändning. Utifrån att HFD inte meddelade prövningstillstånd i de överklagade målen *Mama Mia* och *NFB Transport* skulle kunna argumenteras för att negativt berörd leverantör inte har möjlighet att på egen hand göra gällande invändningen, men väl att dennes anförande i anslutning till beställarens invändning kan beaktas.

När frågan om processramen för negativt berörd leverantör väl togs upp av HFD i Europark-målet omfattade målet inte frågan om skakravsinvändningen. Att HFD inte meddelade prövningstillstånd i något av *Mama Mia* eller *NFB Transport* har visat sig olyckligt, eftersom kammarrätterna även fortsättningsvis tycks ha delade meningar om processramen i den frågan.<sup>178</sup>

### **5.6.2 Skillnad mellan motpart och motpart?**

Utifrån det faktum att negativt berörd leverantör enligt Europark-målet tillerkänns partsställning kan ifrågasättas om dennes ställning inte bör vara densamma som beställarens. Skälen för att beställaren ska kunna göra invändningen är dock inte desamma som skälen för att den negativt berörda leverantören ska kunna göra invändningen. Vidare skulle en sådan partsställning troligtvis även innebära att den negativt berörda leverantören exempelvis skulle kunna framföra brister i förfrågningsunderlaget och yrka att upphandlingen ska göras om, vilket medför en betydande risk för att processen sväller och blir ineffektiv.

---

<sup>177</sup> Se avsnitt 4.9.3.

<sup>178</sup> Se avsnitt 4.9.3.

Vad är då skillnaden mellan beställarens invändning och negativt berörd leverantörs invändning? Som nämnts ovan är det rimligt att beställaren kan invända skakravsbrister hos sökanden eller dennes anbud, eftersom beställaren ändå har befogenhet att ompröva sitt eget tilldelningsbeslut under överprövningsprocessen. Processramen för den negativt berörda leverantören utgörs dock enligt Europark-målet enbart av bemötanden av uppgifter i ansökningen om överprövning. Fråga uppkommer därmed om invändningen från den negativt berörda leverantören avseende sökandens kvalifikationer kan anses utgöra ett bemötande av uppgifter i konkurrentens ansökan om överprövning. Har den sökande leverantören tidigare uteslutits – och dennes överprövning därmed syftar till rättelse genom att sökanden själv tillåts delta, *samt* att den vinnande leverantören ska uteslutas – är det troligt att något i ansökan om överprövning berör sökandens egna kvalifikationer. I sådant fall skulle det kunna tänkas att invändningen från den negativt berörda leverantören anses hänförlig till ett bemötande av uppgifterna i ansökningen.<sup>179</sup> Skulle sökandens överprövning istället enbart inrikta sig på uteslutning av vinnande leverantör, och därmed inte berör de egna kvalifikationerna eller det egna anbudet, är det dock svårare att tolka in invändningen som ett bemötande av uppgifterna i ansökningen.<sup>180</sup>

Om beställaren invänder att sökanden inte uppfyller skakraven och därmed inte ska anses lida skada blir dock sökanden tvungen att försvara sig. Möjligen skulle det innebära att processramen vidgas även för den negativt berörda leverantören. Det vore dock en märklig ordning att en negativt berörd leverantör skulle vara utelämnad till beställarens goda vilja att vidga processramen.

### **5.6.3 Invändning - rättskraft**

Även om invändningen inte skulle anses kunna beaktas när den enbart framförs av den negativt berörda leverantören så kan denne ansöka om överprövning av det nya tilldelningsbeslut som följer på domen i den första processen. Detta

---

<sup>179</sup> I det fallet torde det dock normalt vara så att även beställaren bemöter sökandens anförande avseende de egna kvalifikationerna. I så fall dör vårt experiment här – eftersom vi redan konstaterat att beställarens invändning kan beaktas.

<sup>180</sup> Kammarrättens i Sundsvall mål nr 388-13, se även avsnitt 4.9.3.



eftersom domar i upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft.<sup>181</sup> I den nya processen kan den tidigare vinnande leverantören göra gällande brister i skakraven hos den nya vinnaren. Här uppkommer dock en viss svårighet för den nya sökanden att uppnå skaderekvisitet, eftersom det finns en stor risk att denne på grund av den utredning som gjorts i den tidigare processen snabbt konstateras vara rätteligen utesluten – och en rätteligen utesluten leverantör normalt inte kan anses lida skada.<sup>182</sup> För att leverantören i det här läget ska kunna nå framgång med invändningar om skakravsbrister hos den nya vinnaren krävs enligt *Fastweb* att det är fråga om en skakravsinvändning som, om talan skulle bifallas, innebär att beställaren inte har några giltiga anbud att anta. I så fall har leverantören ett berättigat intresse av att övriga anbudsgivare utesluts, vilket normalt skulle resultera i att upphandlingen måste göras om.<sup>183</sup>

Gällande *Fastweb* kan här även anmärkas att det tycks vara något oklart hur domen kan tolkas. Kammarrätten i Göteborg uttalade angående *Fastweb* i mål 4224-13 att en invändning från den vinnande leverantören avseende skakravsbrister hos den sökande leverantören alltid ska beaktas.<sup>184</sup> Den tolkningen tycks dock något extensiv eftersom EU-domstolen i domen uttryckligen hänvisar till omständigheterna i det aktuella fallet, det vill säga att endast två leverantörer lämnat anbud och att skakravsbristerna är identiska. Vidare anges att skälen för att invändningen inte får avvisas är det berättigade intresset av att övriga anbudsgivare utesluts och upphandlingen görs om.<sup>185</sup>

Med tanke på den uppenbara risken för efterföljande överprövningar för det fall invändningen ska avvisas i den första processen men kan tas upp i den andra, torde en processekonomiskt rimlig ordning vara att invändningen ska beaktas, åtminstone för det fall den faller in under omständigheterna i *Fastweb*. Har sökanden dock placerat sig på exempelvis femte plats torde det bli svårare att på grund av processekonomiska skäl tillerkänna samtliga angripna leverantörer partsställning genom kommunikation enligt 10 § FPL samt rätt att

---

<sup>181</sup> Se avsnitt 3.4.5.

<sup>182</sup> Se avsnitt 3.2.6.

<sup>183</sup> Se EU-domstolens mål C-100/12, *Fastweb* samt avsnitt 2.2.2.

<sup>184</sup> Se avsnitt 4.9.3.

<sup>185</sup> Se avsnitt 2.2.2 samt punkt 33 i domen.

göra invändningar avseende sökandens egna skakravsbrister. En sådan ordning kan heller inte utläsas ur den talerätt som uppkommit genom Arqdesign-målet.

#### **5.6.4 Invändningen och likabehandlingsprincipen**

En anslutande fråga till skakravsinvändningen är den om det strider mot likabehandlingsprincipen att frånfalla ett obligatoriskt krav som varken den sökande leverantören eller den vinnande leverantören uppfyller. Både kammarrätten i Stockholm och i Göteborg har intagit inställningen att likabehandlingen i sådana fall inte träds förnär.<sup>186</sup> Visserligen kan likabehandlingsprincipen inte anses trädas förnär avseende bedömningen de två processande leverantörerna emellan, men likväl strider det mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen att frånfalla ett skakrav.

För det första kan det finnas leverantörer som avstått från att lämna anbud på grund av kravet. Detta skulle visserligen kunna anses vara en fråga som faller utanför prövningsramen om överprövningen endast omfattar kvalificering och/eller utvärdering. Det finns dock inget hinder för domstolen att förordna att upphandlingen ska göras om för det fall den finner det sannolikt att det konkurrensuppsökande skedet påverkats.<sup>187</sup> Härvid tillkommer dock en proportionalitetsbedömning av den påverkan som frånfallandet av kravet haft jämfört med följden av att utesluta anbudsgivaren på grund av kravet, vilket kan resultera i att någon åtgärd ändå inte föranleds.<sup>188</sup>

För det andra kan det ifrågasättas om det verkligen går att skilja på skakrav och skakrav. Snarare är skakraven likvärdiga i förhållande till varandra, eftersom de per definition är obligatoriska och binära. Således borde lokutionen 'identiska skakravsbrister' snarare innefatta samtliga fall där båda anbudsgivare brister i något skakrav alls. För det fall det inte finns några anbudsgivare som uppfyller samtliga skakrav ska upphandlingen göras om eftersom det inte finns några giltiga anbud att anta.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Se avsnitt 4.9.3 samt kammarrättens i Göteborg dom av den 15 januari 2014 i mål nr 3244-13—3245-13.

<sup>187</sup> Se avsnitt 3.4.4.

<sup>188</sup> Se avsnitt 4.9.3 samt kammarrättens i Stockholm dom av den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12.

<sup>189</sup> Se exempelvis kammarrättens i Göteborg beslut av den 15 november 2013 i mål nr 6520—6521-13, avsnitt 4.9.3.

### **5.6.5 Slutsatser**

Den spretiga kammarrättspraxis som föreligger gör att det fortsättningsvis är något oklart om invändningar om sökandens kvalifikationer kan beaktas och i så fall när. Europark-målet ger ingen direkt ledning för om invändningen ska beaktas eller inte.

För den negativt berörda leverantören innebär ovan att för det fall dennes skakravsinvändning riktar sig mot den enda ytterligare kvalificerade anbudsgivaren, eller samtliga kvalificerade anbudsgivare, i praktiken utgör en invändning om att upphandlingen ska göras om. Enligt Europark-målet torde dock inte den negativt berörda leverantören inta en sådan partsställning att denne annars kan framföra ett sådant yrkande självständigt. I sådana fall som ovan öppnas dock för möjligheten att, för det fall leverantören misslyckas med att försvara det egna anbudet, dra med sig hela upphandlingen till ett omtag.

### **5.7 Diskussion avseende rätten till effektiva rättsmedel**

Diskussionen i detta avsnitt är allmänt och tämligen kortfattat hållen. Något svar på frågan om talerätten för negativt berörd leverantör strider mot unionsrättens krav på effektiva rättsmedel kan, och ämnas inte, ges här. Däremot avses frågan genom diskussionen belysas i syfte att berika analysen ovan med ett unionsrättsligt perspektiv.

Rätten till prövning av beställares beslut i offentliga upphandlingar grundar sig på unionsrättsliga rättigheter, vilket aktualiserar rättsskyddsprincipen, utöver de rättsmedel som föreskrivs genom direktiv.<sup>190</sup> Rättsskyddsprincipens genomslag i upphandlingsmål får anses ha kommit till uttryck bland annat i Arqdesign-målet. Sedan Arqdesign-målet tycks dock både HFD och kammarrätterna ha försökt begränsa den stora tillströmningen av överklaganden som den utökade talerätten medfört. Som konstaterades i Arqdesign-målet har alla beslut om att en upphandling ska göras om eller rättas en potentiellt positiv eller negativ påverkan på leverantörerna. För den vinnande leverantören har denna påverkan dock i efterföljande avgöranden i princip endast ansetts vara tillräcklig, för att medföra partsställning såsom negativt

---

<sup>190</sup> Se avsnitt 2.4.

berörd respektive klagorätt, vid fallet att leverantören hotas av uteslutning i respektive utesluts av domen. Överprövningar som inte tar sikte på uppfyllandet av skakrav eller andra uteslutningsgrunder tycks inte medföra talerätt alls. Undantaget fallet att en upphandling ska göras om på grund av en överprövning som tar sikte på uppfyllandet av skakrav, har endast rättelsesdomar kunnat överklagas av den negativt berörd leverantören.<sup>191</sup> Vidare krävs som konstaterats ovan i regel att själva domslutet anger uteslutning. Domskäl har utom i ett fall inte ansetts överklagbara, inte ens för det fall domslutet hänvisar till dessa.<sup>192</sup> Visserligen har HFD uttalat att ett beslut kan vara överklagbart oavsett dess faktiska eller potentiella följd,<sup>193</sup> men svenska domstolar tycks likväl vara fixerade vid hur beslutet utformats vid bedömningen av klagorätten.<sup>194</sup>

Varken svensk rätt eller unionsrätten tillmäter klassificeringen av ett beslut någon betydelse. Istället tas utgångspunkt i verkningarna för den enskilde. I svensk rätt görs detta genom bedömningen av saklegitimation och kontraritet.<sup>195</sup> Bedömningen enligt unionsrätten är snarlik men med en betoning av skyddet för den enskildes unionsrättsliga rättigheter.<sup>196</sup> Denna skyddsbedömning har även i flera förvaltningsrättsliga avgöranden tolkats in i den svenska modellen med saklegitimation och kontraritet, om än med skiftande grad av tydlighet.<sup>197</sup> Synsättet att endast domslutet tillmäts betydelse vid bedömningen av klagorätt i upphandlingsmål tycks dock väl formalistiskt jämfört med EU-domstolens bedömning i exempelvis *Kühne*.<sup>198</sup> Beaktat den faktiska betydelsen för den vinnande leverantören, av domskäl där brister i uppfyllandet av skakrav konstateras och förordnanden som uteslutning görs, är det svårt att se att kammarrätternas bedömning står i samklang med rättsskyddsprincipen.

---

<sup>191</sup> Se avsnitt 4.9.2.6.

<sup>192</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

<sup>193</sup> Se avsnitt 4.7.

<sup>194</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

<sup>195</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>196</sup> Se avsnitt 2.2.1 och 2.2.2.

<sup>197</sup> Se avsnitt 3.3.

<sup>198</sup> Se avsnitt 2.2.2.

Vidare har HFD i RÅ 2013 ref. 5 slagit fast att överprövningen inte tar sikte på det materiella resultatet av upphandlingen,<sup>199</sup> vilket av kammarrätterna använts som stöd för att avvisa överklaganden avseende rättelsesdomar där uteslutning endast föreskrivits i domskälen.<sup>200</sup> Det kan dock ifrågasättas om det är en relevant tolkning av HFD 2013 ref. 5 och om bedömningen stämmer överens med en ändamålstolkning av rättsmedelsdirektivets art. 1.3 och rättsskyddsprincipen. Frågan om en leverantör kan anses berörd, det vill säga om denne kan anses ha eller ha haft ett intresse av att erhålla ett upphandlingskontrakt och därmed också av att få upphandlingen prövad inför domstol, är rimligtvis inte oberoende av upphandlingens materiella resultat. Även om upphandlingsbestämmelserna utgör procedurregler innebär det inte att domstolsavgöranden aldrig tar sikte på eller faktiskt påverkar upphandlingens materiella resultat. Snarare torde det vara vanligare än inte att ett bifallande av en överprövning, som tar sikte på kvalificerings- eller utvärderingsfasen i en upphandling, påverkar upphandlingens materiella resultat på ett sätt som precist och påtagligt berör den vinnande leverantören.<sup>201</sup>

Även om den vinnande leverantören inte tillerkänns talerätt i den första processen har denne möjlighet att ansöka om överprövning av nästkommande tilldelningsbeslut.<sup>202</sup> Härvid skulle slutsatsen lätt kunna dras att leverantören är bibehållen sin rätt till domstolsprövning enligt rättsmedelsdirektiven. Men rätten till prövning av upphandlingsbeslut slutar inte vid enbart möjligheten till domstolsprövning – rättsmedlen ska vara både snabba och effektiva. Att stänga ute den vinnande leverantören från den första processen, där denne faktiskt berörs på ett sådant sätt att leverantören helt säkert kommer ha ett intresse av att få ett nytt tilldelningsbeslut prövat, framstår knappast som varken snabbt eller effektivt. Här riskerar upphandlingsprocessen att bli utdragen på grund av återkommande överprövningar av en eller flera frågor som kanske delvis redan stötts i den första processen.

---

<sup>199</sup> Se avsnitt 3.4.3.

<sup>200</sup> Se avsnitt 4.9.2.4.

<sup>201</sup> Detta särskilt med tanke på de krav som ställs genom skaderekvisitet, se avsnitt 3.2.6.

<sup>202</sup> Se avsnitt 3.4.5.

I anslutning till frågan om negativ rättskraft ska nämnas att ett giltigt skäl att inskränka rättsskyddet för enskilda visserligen kan vara processekonomiska överväganden.<sup>203</sup> Frågan om det är processekonomiskt att begränsa talerätten för vinnande leverantör kan dock inte besvaras kategoriskt. En processekonomisk lösning skulle nämligen, beroende på det enskilda fallet, *både* kunna vara att utvidga den första processen i syfte att slutligt pröva aktuell fråga, *och* att begränsa processens omfattning avseende parter och processram i syfte att undgå onödigt långdragna processer.<sup>204</sup>

Den grundläggande skillnaden mellan unionsrättens tänkande i rättigheter och den svenska positivistiska modellen skapar även problem vid tolkning av tillämpningen. Förutom Nords skiljaktiga mening i Arqdesign-målet återfinns inte någon hänvisning till unionsrätten i HFD:s talerättsavgöranden. Det kan i och för sig anses positivt att HFD tycks beakta unionsrättens krav på effektiva rättsmedel, men utan tydliga hänvisningar försvåras bedömningen av vad domstolen faktiskt tillmäter betydelse. Därmed skapas även en osäkerhet för parterna avseende vilken argumentation som är lämplig att föra i en sådan process. Härvid kan avgörandena kritiserars ur rättssäkerhetssynpunkt, eftersom en grundläggande förutsättning i såväl svensk rätt som i unionsrätten får anses vara att parterna på förhand kan se förutsättningarna för domstolsprocessen för att sedan kunna styra den i den mån det är möjligt.

---

<sup>203</sup> Avsnitt 2.2.1

<sup>204</sup> Exempelvis skulle överprövningar vid rangordnade ramavtal riskera att svälla på ett sätt som inte vore processekonomiskt försvarbart, se även avsnitt 5.3.4.

# Käll- och litteraturförteckning

## Primär- och sekundärrätt

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

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

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

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

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

## Offentligt tryck

### Propositioner

Prop. 1971:30 Förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

### Betänkanden

SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling

Dir. 2013:105 Ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar

## Rättsfall

### EU-domstolen

Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, van Gend & Loos mot Nederländerna, REG 1963, s. 3

Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot ENEL, REG 1964, s.1141

Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, REG 1970, s. 1125

Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, Yvonne van Duyn mot Home Office, REG 1974, s. 1337

Dom av den 21 maj 1976 i mål 26/74, Société Roquette frères mot Europeiska gemenskapernas kommission, REG 1967, s. 677

Dom av den 16 december 1976 i mål 45/76, Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen, REG 1976, s. 2043

Dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, REG 1976, s. 1989

Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal S.p.A, REG 1978, s. 629

Dom av den 10 april 1984 i mål C-14/83, Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1984, s. 1891

Dom av den 15 maj 1986 i mål C-222/84, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, REG 1986, s. 1651

Dom av den 15 oktober 1987 i mål C-222/86, Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) mot Georges Heylens m.fl., REG 1987, s. 4097

Dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a, REG 1990, s. I-2433

Dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark (Stora Bält), REG 1993, s. I-3353

Dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, REG 1997, s. I-4161

Dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage Ltd mot Bernard Crehan och Bernard Crehan mot Courage Ltd m.fl., REG 2001, s. I-6297

Dom av den 27 november 2001 i mål C-424/99, Europeiska kommissionen mot Republiken Österrike, REG 2001, s. I-9285

Dom av den 6 december 2001 i mål C-269/99, Carl Kühne GmbH & Co. KG m.fl. mot Jütro Konservenfabrik GmbH & Co. KG, REG 2001 s. I-9517

Dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien, REG 2002, s. I-5553

Dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot Europeiska unionens råd, REG 2002, s. I-6677

Dom av den 19 juni 2003 i mål C-467/01, Ministero delle Finanze mot Eribrand SpA, REG 2003, s. I-6471

Dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), REG 2003, s. I-0000

Dom av den 9 september 2003, i mål C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, REG 2003, s. I-8055

Dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich, REG 2003, I-14527

Dom av den 12 februari 2004 i mål C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republik Österreich, REG 2004, s. I-1829

Dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle m.fl. mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, REG 2005, s. I-1

Dom av den 2 juni 2005 i mål C-15/04, Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH, REG 2005, s. I-04855

Dom av den 13 mars 2007 i mål C-432/05, Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern, REG 2007, s. I-2271

Dom av den 4 juli 2013 i mål C-100/12, Fastweb SpA mot Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (ännu inte publicerad i REU)



## Svenska allmänna förvaltningsdomstolar

RÅ 1979 1:95

RÅ80 2:49

RÅ82 2:76

RÅ 1987 ref. 33

RÅ 1988 ref. 158

RÅ 1988 ref. 159

RÅ 1989 ref. 104

RÅ 1990 not. 45

RÅ 1992 ref. 13

RÅ 1992 ref. 26

RÅ 1992 ref. 43

RÅ 1993 ref. 76

RÅ 1994 ref. 30

RÅ 1994 ref. 66

RÅ 1997 not. 128

RÅ 1997 not. 129

RÅ 1999 ref. 69

RÅ 2000 not. 92

RÅ 2001 ref. 3

RÅ 2002 ref. 5

RÅ 2002 ref. 61

RÅ 2003 ref. 15

RÅ 2005 ref. 16

RÅ 2005 ref. 17

RÅ 2005 ref. 47

RÅ 2005 ref. 62

RÅ 2006 ref. 9

RÅ 2006 ref. 10

RÅ 2006 ref. 21

RÅ 2007 not. 131

RÅ 2008 not. 26

RÅ 2009 ref. 69

HFD 2011 ref. 29

HFD 2011 not. 64

HFD 2011 ref. 85

HFD 2012 ref. 2

HFD beslut av den 13 februari 2012 i mål nr 3129-11

HFD 2013 ref. 5

HFD 2013 ref. 24

HFD 2013 ref. 36

HFD 2013 ref. 53

HFD beslut om prövningstillstånd av den 19 september 2012 i mål nr 2667-12

HFD beslut om prövningstillstånd av den 19 september 2012 i mål nr mål nr 3134-12

HFD beslut om prövningstillstånd av den 27 december 2013 i mål nr 8350-13

Kammarrättens i Göteborg dom av den 18 december 2009 i mål nr 4904-09

Kammarrättens i Göteborg av den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10

Kammarrättens i Göteborg dom av den 11 februari 2011 i mål nr 4660-10

Kammarrättens i Göteborg beslut av den 19 september 2011 i mål nr 5406-11

Kammarrättens i Göteborg beslut av den 30 september 2011 i mål nr 3105-11,3107-11

Kammarrättens i Göteborg dom av den 7 oktober 2011 i mål nr 665-11

Kammarrättens i Göteborg beslut av den 9 november 2011 i mål nr 6427-11

Kammarrättens i Göteborg beslut av den 20 december 2011 i mål nr 8732-11

Kammarrättens i Göteborg dom av den 12 mars 2012 i mål nr 6966-11,6969-11  
Kammarrättens i Göteborgs dom av den 23 april 2012 i mål nr 1301-12.  
Kammarrättens i Göteborg dom av den 16 maj 2012 i mål nr 9437-11  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 2 juli 2012 i mål nr 2262-12  
Kammarrättens i Göteborg dom av den 25 juli 2012 i mål nr 1404-12  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 30 oktober 2012 i mål nr 7266-12  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 8 april 2013 i mål nr 540-13  
Kammarrättens i Göteborg dom av den 15 maj 2013 i mål nr 741-13  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 12 juni 2013 i mål nr 3026-13  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 10 juli 2013 i mål nr 3539-13  
Kammarrättens i Göteborg dom av den 14 november 2013 i mål nr 4224-13  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 15 november 2013 i mål nr 6520-13—6521-13  
Kammarrättens i Göteborg beslut av den 3 december 2013 i mål nr 3427-13  
Kammarrättens i Göteborg dom av den 15 januari 2014 i mål nr 3244-13—3245-13  
Kammarrättens i Göteborg dom av den 11 mars 2014 i mål nr 978-14

Kammarrättens i Jönköping dom av den 28 mars 2012 i mål nr 3307-11  
Kammarrättens i Jönköping dom av den 20 juni 2012 i mål nr 437-12—446-12  
Kammarrättens i Jönköping dom av den 5 juli 2012 i mål nr 1693-12  
Kammarrättens i Jönköping dom av den 5 november 2012 i mål nr 2466-12  
Kammarrättens i Jönköping beslut av den 21 december 2012 i mål nr 3937-12  
Kammarrättens i Jönköping beslut av den 26 april 2013 i mål nr 1171-13,1198—1210-13  
Kammarrättens i Jönköping dom av den 14 juni 2013 i mål nr 3998-12  
Kammarrättens i Jönköping beslut av den 5 juli 2013 i mål nr 1766-13  
Kammarrättens i Jönköping beslut av den 26 september 2013 i mål nr 2689-13  
Kammarrättens i Jönköping beslut av den 31 januari 2014 i mål nr 3351-13

Kammarrättens i Stockholm beslut av den 17 december 2009 i mål nr 3628-09  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10  
Kammarrättens i Stockholm dom av den 19 november 2010 i mål nr 5929-10  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 14 juni 2011 i mål nr 3270-11  
Kammarrättens i Stockholm dom av den 30 maj 2012 i mål nr 924-12  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 10 juli 2012 i mål nr 4695-12  
Kammarrättens i Stockholm dom av den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 6 september 2012 i mål nr 4836-12  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 11 januari 2013 i mål nr 8880-12  
Kammarrättens i Stockholm dom av den 4 juli 2013 i mål nr 2826-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 13 september 2013 i mål nr 4385-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 15 oktober 2013 i mål nr 5826-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 16 oktober 2013 i mål nr 5824-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 30 oktober 2012 i mål nr 7402-12  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 8 november 2013 i mål nr 4531-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 28 november 2013 i mål nr 7136-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 13 december 2013 i mål nr 7262-13  
Kammarrättens i Stockholm beslut av den 24 januari 2014 i mål nr 6906-13  
Kammarrättens i Stockholm dom av den 28 februari 2014 i mål nr 7483-13  
Kammarrättens i Stockholm dom av den 6 mars 2014 i mål nr 6902-13

Kammarrättens i Sundsvall dom av den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06  
Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 28 oktober 2011 i mål nr 2618-11  
Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 9 januari 2012 i mål nr 3306-11  
Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 9 januari 2012 i mål nr 3247-11  
Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 19 januari 2012 i mål nr 3296-11  
Kammarrättens i Sundsvall dom av den 21 maj 2013 i mål nr 388-13  
Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 5 juli 2013 i mål nr 3302-13

Kammarrättens i Sundsvall beslut av den 31 oktober 2013 i mål nr 2893-13  
Kammarrättens i Sundsvall dom av den 20 januari 2014 i mål nr 3166-13  
Förvaltningsrättens i Jönköping dom av den 16 augusti 2012 i mål nr 1758-12  
Förvaltningsrättens i Stockholm dom av den 6 december 2013 i mål nr 22034-13  
Förvaltningsrättens i Uppsala dom av den 21 november 2013 i mål nr 5832-13

## **Litteratur**

Bernitz, Ulf, Europarättens genomslag, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, 2012  
Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red), EU-rättslig metod : Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, upplaga 2:1, Norstedts Juridik, 2011  
Melin, Stefan, Juridikens begrepp, upplaga 5, Iustus, 2012  
Nergelius, Joakim, Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, 2000  
Ragnemalm, Hans, Förvaltningsprocessrättens grunder, upplaga 9:1, Jure Förlag, 2012  
Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Svensson, Natalie, Lagen om offentlig upphandling. En kommentar, upplaga 1:1, Norstedts Juridik, 2013  
Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, upplaga 2, Norstedts Juridik, 2007  
Warnling-Nerep, Wiweka, Förvaltningsbeslut – överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning, upplaga 1:1, Studentlitteratur, 2010  
Wennergren, Bertil och von Essen, Ulrik, Förvaltningsprocesslagen m.m. : en kommentar, upplaga 6:1, Norstedts Juridik, 2013

## **Artiklar**

Engström, Johanna, Toskansk olivolja får svenska domstolar på glid – EG-rättens betydelse för några förvaltningsprocessrättsliga spørsmål, ERT 2005:1  
Engström, Johanna, Rättsskyddsprincipens krav på talerätt i nationell domstol i ljuset av RÅ 2006 ref 9 och C-216/02 – ombytta roller i främjandet av EG-rättens effektivitet?, ERT 2006:3

## **Övriga källor**

JO beslut 3497-2000 (2001-12-17)  
JO beslut 3006-2007 (2007-06-29)  
JO beslut 1282-2007 (2007-11-19)  
JO beslut 3026-2009 (2010-05-06)  
KKV:s yttrande dnr. 337/2012  
Karnov Internet  
<http://www.lakemedelsverket.se>