
UBI JUS IBI REMEDIUM – EN REFLEKTION RÖRANDE BEAKTANDESATS 78 I FÖRSLAGET TILL NYA UPPHANDLINGSDIREKTIV

Erik Olsson*

1. INLEDNING

Där det finns lag finns också rättsmedel. Så har jag (som inte har läst latin ska villigt erkännas) förstått innebörden i den latinska sentensen ovan. Tanken är tilltalande. *Rätt och rättsmedel* hör ihop på samma sätt som *brott och straff*. Föreskriver lagen en viss skyldighet eller rättighet ska den också gå att utkräva i domstol.

Inte minst har vi fått lära oss att detta är sant i unionsrätten. Medlemsstaten är skyldig att tillhandahålla rättsmedel så att den enskilde kan göra sina unionsrättsliga rättigheter gällande, och dessa rättsmedel ska vara effektiva och likvärdiga de som tillhandahålls för rättigheter enligt nationell rätt.¹

För upphandlingsdirektiven är paret rätt och rättsmedel särskilt tydligt i det avseendet att vi å ena sidan har det materiella direktivet, direktiv 2014/24, vilket definierar upphandlingsrätten, och å andra sidan det processuella direktivet, direktiv 89/665, som tillhandahåller rättsmedel för (nästan) alla överträdelse av de materiella direktiven.² Jag skriver nästan alla för det finns en bestämmelse i det nya direktivet 2014/24 för vilken unionslagstiftaren, i beaktandesats 78 till

* Erik Olsson, advokat vid Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Se bland annat EU-domstolens dom av den 15 september 1998 i mål C 231/96, Edis, REG 1998, s. I 4951, av den 1 december 1998 i mål C 326/96, Levez, REG 1998, s. I 7835, av den 16 maj 2000 i mål C 78/98, Preston m.fl., REG 2000, s. I 3201, och av den 19 september 2006 i de förenade målen C 392/04 och C 422/04, i-21 Germany och Arcor, REG 2006, s. I 8559.

² Motsvarande direktivpar är för tjänstekoncessioner 2014/23 och 89/665 samt för försörjningssektorerna 2014/25 och 92/13.

detta direktiv, tycks ange att det inte ska finnas några rättsmedel. Denna krönika handlar om denna besynnerliga lilla bestämmelse.

2. DELA UPP ELLER MOTIVERA – DEN SANKTIONSLÖSA SKYLDIGHETEN

Bestämmelserna om offentlig upphandling leder till centraliserade inköp. Jag har inget statistiskt underlag för att styrka detta påstående men det är definitivt min erfarenhet att så är fallet. Upphandling är, eller kan åtminstone vara, svårt och kräver viss kompetens. Bra upphandling kräver dessutom stor sakkompentens inom det område som upphandlingen rör, man måste kunna det man upphandlar för att upphandla det väl. Eftersom det vare sig är möjligt eller eftersträvarsvärt att varje enskild upphandlande myndighet själv ska upprätthålla all erforderlig upphandlingskompetens söker upphandlande myndigheter samordningsformer där de kan ta hjälp av varandra. Den kommun som är bäst på IT-upphandling sköter detta även åt grannkommunerna. I utbyte slipper den kommunen hålla i rodret då det är dags att köpa skolmöbler. En centralisering sker med större och, förhoppningsvis bättre, upphandlingar som följd. Denna typ av centralisering är en naturlig följd av att de produkter och tjänster som finns på marknaden blir allt mer komplicerade och att det därför krävs allt högre grad av specialisering hos inköparna.

Men det finns också en annan typ av centralisering, centralisering som sker framförallt på grund av att upphandlingsförfarandet som sådant upplevs som komplicerat och där centraliseringen ofta sker till en inköpscentral vars expertis inte nödvändigtvis avser den produkt eller tjänst som ska upphandlas utan snarare upphandlingsförfarandet som sådant. Det är min uppfattning att denna typ av centralisering, vilken nog till stor del beror på att myndigheterna själva anser sig sakna upphandlingsrättslig kompetens, inte hade skett i alls samma utsträckning om inte upphandlingsregelverket upplevdes som tungrott och komplicerat.

Även denna typ av centralisering leder till större volymer vilket kortsiktigt leder till lägre anbudspriser. Upphandlingarna blir färre och därmed viktigare för de deltagande leverantörerna som följaktligen pressar sina anbudspriser. Dessa effekter är emellertid kortvariga eftersom ökad koncentration på inköpsidan ofta leder till motsvarande koncentration på utbudssidan. Färre och större upphandlingar leder, föga förvånande, långsiktigt till färre och större leverantörer och i slutändan till oligopol- eller monopolmarknader med höga realpriser och lågt beställarinflytande.

En effekt av ökad centralisering är vidare att små- och medelstora företag slås ut som leverantörer till offentlig sektor. För att motverka denna effekt, som på lite längre sikt även kommer att drabba de upphandlande myndigheterna i form

av försämrad konkurrens, införs i det nya direktivet en särskild bestämmelse, artikel 46 i direktiv 2014/24, som syftar till förmå myndigheter att dela upp upphandlingar i större utsträckning.

I artikelns anges att upphandlande myndigheter får besluta att tilldela ett kontrakt i form av separata delar samt fastställa storleken på och föremålet för dessa. Vidare anges att myndighetens *ska* ange huvudskälen till sitt val att *inte* dela upp kontrakt i flera delar.

Läst i sin helhet innebär artikeln således en skyldighet för upphandlande myndigheter att motivera sina beslut att *avstå* från att dela upp en upphandling. Lagstiftaren försöker således skapa en situation där uppdelning av upphandling är huvudregel medan den myndighet som, undantagsvis, väljer att inte dela upp en upphandling ska motivera detta.

Frågan är då vad som händer om en myndighet avstår från dela upp en upphandling utan att ange skälen härför eller om en myndighets skäl för avstående är otillfredställande. Kan en leverantör som lidit skada av ett sådant avstående genom att den på detta sätt fråntagits sin möjlighet att lämna anbud i upphandlingen ansöka om överprövning? Finns det överhuvudtaget någon lägsta nivå som skälen ska komma upp till?

I genomförandeutredningens delbetänkande³ kommenteras motiverings-skyldigheten bland annat på följande sätt:

”Skyldigheten att överväga en uppdelning av kontrakt innebär, som har konstaterats ovan, att en upphandlande myndighet eller enhet seriöst ska överväga konsekvenserna av en sådan uppdelning. Skyldigheten är dock inte sådan att den kräver att en uppdelning faktiskt också görs. Med andra ord säger skyldigheten att överväga en uppdelning av kontrakt inte något om huruvida övervägandena dessutom ska leda till att kontraktet delas upp.”

[...]

”När det gäller de närmare gränserna för en myndighets eller enhets handlingsfrihet enligt stycket ovan kan viss vägledning fås genom uttalandena i skälen. Enligt utredningens mening kan det som sägs i skälen beträffande när en uppdelning av ett kontrakt inte är lämplig och grunderna för en uppdelning av ett kontrakt – kvantitativa eller kvalitativa – anses ge uttryck för det som typiskt sett är acceptabelt från konkurrenssynpunkt och därmed ickediskriminerande. Det som har angetts i skälen kan dock inte anses vara en uttömmande uppräkningslista av vad som kan accepteras. Enligt utredningens mening torde handlingsutrymmet enligt 2004 års upphandlingsdirektiv och nu även 2014 års upphandlingsdirektiv vara betydligt större än vad de i skälen exemplifierade grunderna ger vid handen. Handlingsutrymmet bör snarare beskrivas på det sätt som det görs i skäl 78 i LOU-direktivet, nämligen att det står en upphandlande myndighet fritt att självständigt på de grunder den anser vara relevanta fatta sitt beslut i fråga om lämpligheten av att dela upp ett kontrakt. Gränserna för handlingsutrymmet får dock bestämmas i rättsstillämpningen.”

³ SOU 2014:51 s. 166–167.

Som framgår är tröskeln för motiveringsskyldigheten låg och myndigheterna ska anses ha ett stort utrymme att själv bestämma när uppdelning bör och inte bör ske. Samtidigt indikerar utredningen att det måste finnas någon form av bortre gräns där ett avstående från uppdelning skulle kunna utgöra en överträdelse av icke-diskrimineringsprincipen. Detta är också rimligt, de grundläggande principerna gäller för alla beslut som en myndighet fattar inom ramen för offentlig upphandling vilket torde innefatta beslut avseende en upphandlings omfattning. Givetvis är det myndighetens behov som, som utgångspunkt, ska styra hur en upphandling utformas och myndigheten har en frihet att definiera detta själv. Samtidigt borde det rimligen utgöra en överträdelse av likabehandlingsprincipen om en upphandlande myndighet avstår från en uppdelning med den uttryckliga motiveringen att det då endast är möjligt för myndighetens favoritleverantör att inkomma med anbud. Exemplet är naturligtvis extremt men viktigt för att visa att trots att en myndighet har ett stort handlingsutrymme så är det kanske inte helt obegränsat.

I beaktandesats 78 anges bland annat följande motivering till bestämmelsen i artikel 46.

”Den offentliga upphandlingen bör anpassas till de små och medelstora företagens behov. [...] I detta syfte och för att stärka konkurrensen bör de upphandlande myndigheterna i synnerhet uppmuntras att dela upp större kontrakt i delar. En sådan uppdelning kan göras på kvantitativ basis, så att storleken på de enskilda kontrakten bättre överensstämmer med de små och medelstora företagens kapacitet, eller på kvalitativ basis, beroende på de olika berörda verksamhetsgrenarna och specialiseringarna, så att innehållet i de enskilda kontrakten närmare anpassas till de specialiserade sektorer där de små och medelstora företagen är verksamma eller till olika därpå följande projektfaser.

[...]

Den upphandlande myndigheten bör ha skyldighet att överväga huruvida det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar, samtidigt som det står den fritt att självständigt fatta sitt beslut på de grunder den anser vara relevanta, utan att underkastas administrativ eller rättslig kontroll. Om den upphandlande myndigheten beslutar att det inte är lämpligt att kontraktet delas upp, bör den i den enskilda rapporten eller upphandlingsdokumenten ange huvudskälen till sitt val. Dessa skäl kan exempelvis vara att den upphandlande myndigheten anser att en uppdelning kan riskera att begränsa konkurrensen eller att kontraktets genomförande blir orimligt tekniskt svårt eller dyrt, eller att behovet av att samordna de olika leverantörerna av delarna allvarligt kan riskera att underminera ett korrekt genomförande av kontraktet.”

Det framgår således av beaktandesatsen att syftet med bestämmelsen är att skapa en skyldighet för den upphandlande myndigheten att överväga om det är lämpligt att dela upp kontrakt i delar, samtidigt som det beslut myndigheten därvid fattar inte ska kunna underkastas administrativ eller rättslig kontroll.

Frågan som uppkommer är om unionslagstiftaren, genom att skriva på detta sätt i beaktandesatserna, undantagit myndighetens beslut om uppdelning av kontrakt från de överprövningsmöjligheter som finns för övriga bestämmelser i upphandlingsdirektiven.

Det är min bedömning att så inte är fallet. Rätten till rättsmedel på upphandlingsområdet står att finna i direktiv 89/665 och inte i direktiv 2014/24. Införandet av direktiv 2014/24 ändrar inte direktiv 89/665 annat än om det uttryckligen anges i direktiv 2014/24 att det direktivet ändrar direktiv 89/665. Så har exempelvis skett för att se till att direktiv 89/665 även omfattar sådana rättigheter och skyldigheter som följer av det nu införda tjänstekoncessionsdirektivet. Då det inte skett någon ändring som inskränker möjligheten till prövning vad gäller beslut om uppdelning av kontrakt enligt artikel 46 i direktiv 2014/24 kvarstår de rättigheter och skyldigheter som följer av direktiv 89/665 oförändrade och påverkas inte av uttalanden i beaktandesatserna till direktiv 2014/24.

Direktiv 89/665, i nu gällande version, anger följande om de prövningsmöjligheter som det direktivet erbjuder.⁴

Artikel 1.1 fjärde stycket:

”Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/23/EU kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i det här direktivet, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt.”

I artikel 1.3 anges vidare *”att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga [...] åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.”*

Såsom framgår av artikel 2.1 a–d omfattar rättsmedelsdirektivets prövningsförfaranden en möjlighet till överprövning av upphandlingsrättsliga beslut, ett krav på avtalsspärr, möjlighet till överprövning av avtals giltighet, samt möjligheter till skadeståndstalan. Samtliga dessa rättsmedel finns således tillgängliga även för överträdelse av artikel 46 i det nya direktivet och dessa möjligheter till prövning kvarstår oaktat skrivningar i beaktandesats 78 till direktiv 2014/24.

⁴ Märk att någon uppdaterad konsoliderad version av direktiv 89/665 ännu inte finns att tillgå. 89/665 nuvarande lydelse får således utläsas genom läsning av den senaste konsoliderade versionen efter ändringsdirektiv 2007/66 men med sådan ytterligare ändring som följer av artikel 46 i direktiv 2014/23.

3. ANALYS OCH SLUTSATSER

Min bedömning är att åtminstone en upphandlande myndighets underlåtelse att motivera sitt beslut att inte dela upp en upphandling är ett sådant beslut som kan bli föremål för överprövning. Det rör sig om en skyldighet som uppställs enligt direktiv 2014/24 och för sådana skyldigheter ska de rättsmedel som följer av direktiv 89/665 finnas tillgängliga.

En annan fråga är huruvida en sådan talan kan bli framgångsrik. Är det exempelvis möjligt för en leverantör att föra ett tillräckligt övertygande skaderezonemang i en sådan talan. Låt oss säga att en leverantör, på grund av en upphandlings storlek, inte haft möjlighet att inkomma med anbud. Leverantörens skada består då i att leverantören gått miste om möjligheten att inkomma med anbud men är denna skada tillräcklig för att nå framgång? Myndigheten kan ju invända att leverantören aldrig skulle ha haft en sådan möjlighet eftersom myndigheten, även om de övervägt möjligheten att dela upp upphandlingen, skulle kommit fram till att någon uppdelning inte var lämplig. Eftersom myndigheten enligt upphandlingsdirektivet har stor (kanske till och med obegränsad) frihet att fattat beslut om uppdelning av en upphandling kan det vara svårt för leverantören att göra gällande att det lidit skada av att inte få del av myndighetens skäl för sitt beslut att inte dela upp en upphandling.

Vad gäller den upphandlande myndighetens beslut att avstå från att dela upp en upphandling är det mer tveksamt huruvida detta överhuvudtaget går att överpröva. Såsom direktiv 2014/24 är formulerat synes avsikten vara att ge myndigheten ett i det närmaste obegränsat självbestämmande vad gäller frågan om hur stor en viss upphandling ska vara. Kanske är det också bäst så. Det är inte svårt att inse hur en möjlighet för leverantörer att rättsligt pröva hur en viss upphandling är uppdelad snabbt skulle kunna leda till ett ifrågasättande av hur den upphandlande myndigheten definierar sitt behov.

Samtidigt är det svårt att skilja sig ifrån misstanken att det finns någon form av yttersta gräns där ett beslut att inte dela upp en upphandling skulle kunna utgöra en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Sannolikt kommer situationen bli den samma som gäller för andra ”icke-tvingande” förpliktelser enligt LOU, såsom exempelvis möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Det går i och för sig att överpröva en myndighets beslut att avstå förkastande, men en sådan kan knappast bli framgångsrik eftersom myndigheten själv får bestämma om de vill förkasta ett onormalt lågt anbud. Samtidigt är det inte helt otänkbart att även denna typ av frihet skulle kunna användas på ett diskriminerande sätt, säg till exempel om myndigheten förkastar ett anbud som onormalt lågt men samtidigt antar ett annat lika lågt anbud. Ett sådant användande av myndighetens frihet skulle mycket väl kunna ligga till grund för en framgångsrik talan. Det återstår att se om motsvarande situation kan uppstå vad gäller myndighetens möjlighet att avstå från att dela upp en upphandling.

Alldeles oavsett kan konstateras att unionslagstiftarens försök att begränsa överprövningsmöjligheterna genom en skrivning i beaktandesatsen till direktiv 2014/24 är ett uttryck för ett slarvigt och illa genomtänkt lagstiftningsarbete. Om man önskar begränsa de rättsmedel som rättsmedelsdirektivet erbjuder bör man se till att denna begränsning också framgår av rättsmedelsdirektivet. Om så inte sker kvarstår rättsmedeln i oförändrat skick.

