
OFFENTLIG UPPHANDLING OCH UPPHANDLING INOM FÖRSÖRJNINGSSSEKTORERNA

– Några kommentarer till Europeiska
kommissionens förslag till reviderade
rättsmedelsdirektiv

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Den reform av de gemenskapsrättsliga upphandlingsbestämmelserna som påbörjades i och med publiceringen av Europeiska kommissionens grönbok i november 1996 fortgår alltjämt.¹ Med de materiella bestämmelserna, de s.k. procedurdirektiven, för offentlig upphandling² och upphandling inom försörjningssektorerna³ på plats sedan den 31 mars 2004 och under införlivning i medlemsstaterna,⁴ har kommissionen på senare tid påbörjat arbetet med att reformera de processrättsliga delarna av regelverket, de s.k. rättsmedelsdirekti-

* Jur.kand., biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi & Co, Stockholm. Jag vill tacka jur. kand. Jan-Erik Falk för värdefulla synpunkter och kommentarer rörande det förstautkastet till denna artikel.

¹ Grönbok om offentlig upphandling inom europeiska unionen: överväganden inför framtiden, antagen 27 november 1996.

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.

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

⁴ Direktiven skall vara införlivade i de nationella rättsordningarna inom 21 månader från publiceringen den 30 april 2004. Det svenska lagstiftningsarbetet är dock försenat och de obligatoriska delarna av direktiven beräknas, enligt den lagrådsremiss som den 24 maj 2006 överlämnats till lagrådet, inte träda ikraft förrän den 1 maj 2007.

ven. Ett första förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv presenterades den 4 maj 2006.⁵

I denna artikel ges en introduktion och några kommentarer till kommissionens förslag. Ambitionen är inte att ge en fullständig bild av förslaget, utan istället att försöka belysa de mer betydelsefulla delarna. Det görs inte heller någon djupare analys av skälen bakom förslaget. Den som vill ta del av de överväganden av policynatur som gjorts kan med fördel istället läsa det ”Commission Staff Working Document” som publicerats tillsammans med förslaget.⁶

Vid arbetet med denna artikel har främst den svenska språkversionen av kommissionens förslag använts. Då denna visat sig innehålla flera felaktiga översättningar har jag dock i en del fall istället utgått från den engelska språkversionen och i möjligaste mån försökt översätta ord och uttryck i denna till vad jag anser vara allmänt vedertagen svensk upphandlingsterminologi.

2. GÄLLANDE RÄTTSMEDELSDIREKTIV OCH 7 KAPITLET LOU

Syftet med antagandet av de gällande rättsmedelsdirektiven⁷ var att säkerställa de då gällande procedurdirektivens effektiva tillämpning i medlemsstaterna. Då upphandlingsområdet öppnades för konkurrens mellan medlemsstaterna ansågs det krävas ”[...] väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering”, samt ”[...] snabba och effektiva rättsmedel [...] i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.”⁸

De prövningmöjligheter som föreskrivs i direktiven kan indelas i prekontraktuella rättsmedel (pre-contractual review), vilka syftar till att åstadkomma rättelse på ett så tidigt stadium att överträdelser kan korrigeras innan kontrakt tilldelas, respektive postkontraktuella rättsmedel (post-contractual review), vil-

⁵ Förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling, KOM(2006) 195 slutlig. I den svenska språkversionen av förslaget används benämningen ”prövningsdirektiv”. Jag har dock valt att i denna artikel använda det allmänt vedertagna begreppet ”rättsmedelsdirektiv”, vilket jag anser bättre motsvarar engelskans ”Remedies Directive”.

⁶ Impact assessment Report – Remedies in the field of Public Procurement (Commission Staff Working Document) (SEC(2006) 557).

⁷ 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 (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) och 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 (rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna).

⁸ Direktiv 89/665/EEG, beaktandesatserna.

ka syftar dels till att i efterhand kompensera leverantörer som lidit skada, dels till att ha en allmänpreventiv verkan. Dessutom introducerades för försörjningssektorernas del förfaranden för frivillig förhandsgranskning av upphandlingsrutiner och frivillig medling vid upphandlingstvister, förfaranden vilka dock i praktiken fått ytterst begränsad användning.

Rättsmedelsdirektivens bestämmelser har införlivats i den svenska rättsordningen främst genom 7 kap. lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).⁹ Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada får ansöka om överprövning i allmän förvaltningsdomstol.¹⁰ Överprövning är i huvudsak ett förkontraktuellt rättsmedel. En ansökan om överprövning får inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt, d.v.s. skriftligt avtal om upphandlingen, föreligger (vid direktupphandling efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts). Ansökan får dock, med undantag för direktupphandling och vissa andra specialfall,¹¹ prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut (se nedan), upphävt det beslutet.

Rätten kan, om den finner att det skett en överträdelse av bestämmelserna i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (7 kap. 2 § 1 st. 1 LOU). Om det är fråga om en upphandling inom försörjningssektorerna får rätten även vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna. Något sådant vitesföreläggande har dock aldrig utfärdats trots att det i rättstillämpningen finns exempel på fall då yrkanden om vitesföreläggande framställts.

Rätten har också möjlighet att interimistiskt besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats, men får avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som beslutet skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (7 kap. 2 § 2 st. LOU). Ett interimistiskt beslut syftar till att förhindra att kontrakt tecknas, och möjligheterna

⁹ Även bestämmelserna i 1 kap. 27–28 §§ och 4 kap. 15 § LOU införlivar dock rättsmedelsdirektivens bestämmelser, såsom dessa uttolkats av EG-domstolen i mål C 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 sid. I-7671.

¹⁰ Det bör observeras att överprövning är ett särskilt förvaltningsprocessrättsligt institut som inte skall sammanblandas med överklagande enligt förvaltningslagens bestämmelser.

¹¹ Upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, som rör försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 i Romfördraget, eller upphandling som är absolut nödvändig att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller kan hänföras till den upphandlande enheten.

till överprövning därmed upphör, innan rätten hunnit pröva ansökan om överprövning i sak.¹²

Det finns inget som hindrar att den upphandlande enheten ingår ett civilrättsligt bindande avtal innan tidsfristen för överprövning löpt ut. Om så sker löper enheten dock risken att bli skadeståndsskyldig (på civilrättsliga grunder) gentemot den leverantör med vilken avtal slutits om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om eller rättas. För att minimera risken för skadeståndsskyldighet kan den upphandlande enheten istället ingå ett villkorat avtal.¹³

Efter att möjligheten till överprövning upphört återstår möjligheten att väcka skadeståndstalan i allmän domstol inom ett år från det att upphandlingen avslutats (7 kap. 8 § LOU). Skadestånd är därmed i huvudsak ett postkontraktuellt rättsmedel.

Den upphandlande enhet som brutit mot bestämmelserna i LOU skall ersätta den skada som därigenom uppkommit för leverantören (7 kap. 6 § LOU). Bestämmelsen innebär, enligt HD, att ersättning till och med kan utgå med ett belopp som motsvarar det s.k. positiva kontraktsintresset, d.v.s. den vinst som leverantören skulle ha gjort om den upphandlande enheten korrekt tillämpat bestämmelserna i LOU och leverantören tilldelats kontraktet.¹⁴

En anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling inom försörjningssektorerna har rätt till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen (det s.k. negativa kontraktsintresset), om den upphandlande enheten brutit mot bestämmelserna i LOU och detta menligt påverkat anbudsgivarens eller anbudssökandens möjligheter att vinna upphandlingen (7 kap. 7 § LOU). Bestämmelsen skall enligt HD tolkas så att leverantören för att få ersättning för kostnader inte behöver visa att han skulle ha vunnit upphandlingen om någon överträdelse av LOU inte skett. Istället är det tillräckligt att han visar att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet. Bestämmelsen är enligt ordalydelsen endast tillämplig vid upphandling inom försörjningssektorerna, men har av HD ansetts tillämplig vid all upphandling enligt LOU.¹⁵

Bestämmelser för de ovan nämnda gransknings- och medlingsförfarandena återfinns i 7 kap. 11 § respektive 12–14 §§ LOU.

¹² Av rubriken till referatet RÅ 2003 ref. 64 (dock inte av själva beslutet) framgår att Regeringsrätten i målet fattat ”[i]nterimistiskt beslut enligt 7 kap. 2 § andra stycket lagen (1992:1528) om offentlig upphandling [...] när domstolens möjlighet till överprövning annars skulle kunna upphöra.”

¹³ Prop. 2001/02:142, sid. 78.

¹⁴ NJA 1998, sid. 873.

¹⁵ NJA 2000, sid. 712. Den aktuella bestämmelsen bygger på artikel 2.1 (c) i rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn.

Rättsmedelsdirektivens bestämmelser gäller bara för upphandlingar som omfattas av procedurdirektivens bestämmelser. Även kontraktstilldelningar som inte omfattas av procedurdirektiven, t.ex. upphandlingar under tröskelvärdena eller tilldelningar av kontrakt som uttryckligen undantagits från procedurdirektivens tillämpningsområde, omfattas dock av de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som följer av EG-fördraget¹⁶ och kan därför bli föremål för prövning i enlighet med principen om effektivt rättsligt skydd.¹⁷ EG-domstolen har uttalat att den är behörig, även i fall då situationen i fråga inte direkt regleras av gemenskapsrätten, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.¹⁸ Den svenska lagstiftaren har valt att låta upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena omfattas av bestämmelserna i 7 kap. LOU, vilka som nämnts ovan bygger på rättsmedelsdirektiven. EG-domstolens praxis är därför vägledande även för rättsmedelsfrågor rörande upphandling under tröskelvärdena i Sverige.

3. BAKGRUND TILL FÖRSLAGET TILL REVIDERADE RÄTTSMEDELSDIREKTIV

3.1 Inledning

Med tiden har det för de flesta bedömare framstått som alltmer uppenbart att de gällande rättsmedelsdirektivens bestämmelser inte varit tillräckliga för att säkerställa snabb och effektiv rättslig prövning av påstådda överträdelse av upphandlingsreglerna i samtliga medlemsstater.

Syftet med kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv är att effektivisera rättsmedlen för att uppmuntra företag inom gemenskapen att lämna anbud i upphandlingar i andra medlemsstater genom att garantera dem tillgång till effektiva förfaranden för rättslig prövning om deras intressen åsidosatts i ett upphandlingsförfarande. Genom att göra framförallt de prekontraktuella rättsmedlen mer verkningsfulla hoppas kommissionen också kunna uppmuntra de upphandlande myndigheterna och enheterna till att ombesörja bättre offentliggörande och konkurrensutsättning av sina upphandlingar.¹⁹ Mer verkningsfulla

¹⁶ Se bl.a. mål C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000 sid. I-10745, mål C-59/00 *Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab, äep*, mål C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti, äep* och mål C-458/03, *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, äep*.

¹⁷ Commission Staff Working Document, sid. 5.

¹⁸ Mål C-28/95, *A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*, REG 1997 sid. I-4161.

¹⁹ Kommissionens förslag, sid. 2.

rättsmedel skulle också, enligt kommissionen, kunna bidra till att motverka korruption i samband med offentlig upphandling i enlighet med FN:s konvention mot korruption (artikel 9.1 (d)).²⁰

3.2 Identifierade problem med de nuvarande reglerna

Kommissionen har identifierat tre allvarliga problem med bestämmelserna i de gällande rättsmedelsdirektiven; otillåtna direkta kontraktstilldelningar²¹ (d.v.s. kontraktstilldelningar direkt till en viss leverantör utan föregående annonserat upphandlingsförfarande), påskyndat tecknande av kontrakt i syfte att undanröja möjlighet till rättslig prövning ("the race to signature") samt vissa svagheter i rättsmedlet skadestånd. Därutöver har kommissionen även identifierat ett antal mindre allvarliga problem, av vilka endast felaktig tillämpning av principen om effektivt rättsligt skydd, d.v.s. i praktiken bristande möjligheter till rättslig prövning, vid tilldelning av kontrakt som inte omfattas av procedurdirektiven (t.ex. tjänstekoncessioner)²² torde vara ett större praktiskt problem i Sverige.²³

EG-domstolen har konstaterat att beslutet att inte inleda ett formellt upphandlingsförfarande trots skyldighet att göra detta (för att istället direkt tilldela kontrakt till en viss leverantör) utgör "[...] the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority."²⁴ De nuvarande rättsmedelsdirektivens bestämmelser har dock visat sig vara otillräckliga för att komma till rätta med denna typ av överträdelser. Av en dom från Regeringsrätten framgår visserligen att den omständigheten att avtal

²⁰ The United Nation's Convention against Corruption (UNCAC) antogs av FN:s generalförsamling den 31 oktober 2003 och undertecknades för gemenskapens räkning av kommissionen den 15 september 2005.

²¹ Eftersom de otillåtna direkta kontraktstilldelningar som kommissionen diskuterar är sådana för vilka procedurdirektivens bestämmelser rätteligen skulle ha tillämpats, d.v.s. direkta tilldelningar vars kontraktsvärden överstiger tröskelvärdena, torde mot bakgrund av direktivens terminologi den formellt korrekta benämningen vara otillåten förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Jag har därför valt att i denna artikel inte använda begreppet direktupphandling, vilket är en nationell svensk term för upphandling under tröskelvärdena utan särskilda formkrav. Av samma skäl används inte heller begreppet otillåten direktupphandling.

²² Kammarrätten i Stockholm har t.ex. (i mål nr 4374-03) ansett sig förhindrad att pröva en ansökan om överprövning eftersom det i målet aktuella avtalet var en tjänstekoncessionen och därför inte omfattades av LOU. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har dock i ett senare yttrande (dnr 2006/0068-29), i ett mål vid samma kammarrätt (mål nr 797-06), mot bakgrund av bl.a. lojalitetsplikten i artikel 10 i EG-fördraget och praxis från EG-domstolen uppmanat kammarrätten att överväga om den har en skyldighet att enligt 7 kap. 2 § LOU pröva huruvida tilldelningen av en eventuell tjänstekoncession i det aktuella målet skett i enlighet med gemenskapsrättens grundläggande principer.

²³ För en redogörelse för de övriga mindre allvarliga problem som identifierats hänvisas till Commission Staff Working Document, sid. 13 ff.

²⁴ Mål C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, äep.

redan ingåtts inte utgör hinder för överprövning enligt LOU om avtalet, i strid med LOU, tillkommit utan föregående upphandlingsförfarande.²⁵ Vid otillåtna direkta kontraktstilldelningar kvarstår således, enligt svensk rätt, möjligheten till överprövning, i vart fall i teorin, utan begränsning i tiden. Detta innebär dock inte att problemet med otillåtna direkta kontraktstilldelningar lösts i Sverige. Dels återstår problemet att förfördelade leverantörer oftast inte får kännedom om att ett kontrakt tilldelats eftersom något offentliggörande inte sker, dels saknas möjlighet att med stöd av LOU bryta upp ingångna avtal. Det kan dessutom ifrågasättas vilken nytta en förfördelad leverantör har av en i tiden obegränsad rätt till överprövning. Även om leverantörens ansökan om överprövning skulle bifallas framstår det som tämligen meningslöst att domstolen, då varorna konsumerats, tjänsterna utförts eller entreprenaden färdigställt, kan förordna om att upphandlingen skall göras om eller att den inte får avslutas innan rättelse gjorts. Domstolens prövning torde i ett sådant fall i praktiken främst innebära ett fastställande av att upphandlingen varit behäftad med fel.²⁶

Om en leverantör kontaktar den upphandlande myndigheten eller enheten och uttrycker missnöje med hur en upphandling genomförts, eller ansöker om överprövning, kan myndigheten eller enheten frestas att påskynda tecknandet av kontrakt med den valde leverantören i syfte att undanröja möjlighet till rättslig prövning. Kommissionen har i detta avseende identifierat tre faktorer som orsakar påtagliga problem.²⁷ För det första brister många medlemsstater i tillämpningen av EG-domstolens praxis rörande skyldigheten att införa en "skäligen tidsfrist" mellan offentliggörandet av resultatet i en upphandling och tecknande av kontrakt ("standstill period").²⁸ Även i vissa av de medlemsstater som infört tidsfrister finns emellertid vissa brister. Exempel som kommissionen nämner, och som är relevanta även för Sverige, är att tidsfristens faktiska längd begränsas av att upplysningar om tilldelningsbeslutet inte skickas på snabbast tänkbara sätt och att det saknas uttryckliga tidsfrister vid användning av ramavtal. För det andra finns det i vissa medlemsstater en skyldighet för missnöjda leverantörer att kontakta den upphandlande myndigheten eller enheten innan de ansöker om rättslig prövning. Syftet med denna skyldighet är att försöka åstadkomma ett slags informell tvistelösning utan att rättsliga åtgärder behöver vidtas. I praktiken har detta syfte dock endast i begränsad omfattning uppnåtts och istället har upplysningsskyldigheten lett till att upphandlande myndigheter och enhe-

²⁵ RÅ 2005 ref. 10.

²⁶ Falk, J-E & Pedersen, K, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, Jure förlag AB, 2004, sid. 112.

²⁷ Se Commission Staff Working Document, sid. 10 f. Ett fjärde potentiellt problem som kommissionen identifierat är att det i en medlemsstat är den upphandlande myndigheten eller enheten som själv är första instans för rättslig prövning av upphandlingen.

²⁸ Mål C 81/98 Alcatel Austria AG m.fl. och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, REG 1999 sid. I-7671 och mål C-212/02 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike, äep.

ter påskyndat kontraktstecknandet för att undgå risken för rättslig prövning. För det tredje är det endast ett fåtal medlemsstater som infört bestämmelser vilka innebär en automatisk skyldighet att, i väntan på att domstolen ska hinna fatta ett interimistiskt beslut, avvakta med att teckna kontrakt när en leverantör påkallat rättslig prövning. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan därför i de flesta medlemsstater, däribland Sverige, teckna kontrakt trots att den fått kännedom om att en leverantör ansökt om domstolsprövning av upphandlingen.

Skadestånd har, som rättsmedel vid upphandling betraktat, vissa inbyggda svagheter. Skadestånd har t.ex. ingen reell effekt vad gäller att åstadkomma rättelse. I de flesta medlemsstater, inklusive Sverige, saknas möjlighet att bryta upp ingångna avtal med stöd av upphandlingsreglerna. Den klagande leverantören har därför ingen möjlighet att erhålla det olagligen tilldelade kontraktet även om hans skadeståndstalan skulle bifallas. Därtill kommer att den leverantör som vill driva en skadeståndsprocess ställs inför ett antal praktiska problem, t.ex. att visa att han haft en reell chans att vinna upphandlingen. Bevisproblematiken blir för övrigt än mer betungande för leverantören vid otillåtna direkta kontraktstilldelningar då han, på grund av att någon annonsering inte skett, inte kunnat lämna något anbud. Leverantören tvingas då föra hypotetiska resonemang i flera led, t.ex. enligt följande. ”Om en annonserad upphandling genomförts hade sannolikt förfarandet öppen upphandling tillämpats, sannolikt utvärderingsgrunden ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet använts och kraven X och Y sannolikt ställts i förfrågningsunderlaget. Då hade sannolikt jag och ingen annan leverantör, t.ex. ytterligare en leverantör som inte heller kunnat delta p.g.a. att upphandlingen inte annonserats, lämnat det bästa anbudet och sannolikt skulle då jag och inte leverantör Z ha tilldelats kontraktet.”²⁹ Slutligen försvagas skadestånd, som rättsmedel betraktat, även av att en skadeståndsprocess i samtliga medlemsstater är en mycket långvarig process som är förknippad med stora kostnader.³⁰

4. FÖRSLAGET TILL REVIDERADE RÄTTSMEDELSDIREKTIV

4.1 Inledning

Av det material som kommissionen publicerat framgår att det på ett tidigare stadium funnits fler åtgärdsförslag än de som återfinns i förslaget som presenterades den 4 maj 2006. Det mest intressanta av de förslag som förkastats efter det of-

²⁹ För en mer utförlig redogörelse för denna problematik se Leffler, H, Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, ERT nr 3/2003, särskilt sid. 498 f.

³⁰ Se Commission Staff Working Document, sid. 12.

fentliga samrådet är kanske förslaget att uppmuntra, eller genom ett tillägg till rättsmedelsdirektiven ålägga, medlemsstaterna att inrätta oberoende tillsynsmyndigheter på upphandlingsområdet. Det får betraktas som allmänt känt att kommissionen under flera års tid haft ambitionen att, uppenbarligen med samarbetet mellan kommissionen och nationella myndigheter på konkurrensrättsens område som förebild, åstadkomma ett europeiskt ”nätverk” för tillsyn på upphandlingsområdet. Denna ambition har bl.a. kommit till uttryck genom att kommissionen krävt att nya medlemsstater skulle inrätta tillsynsmyndigheter i samband med EU-inträdet. Kommissionen har dock, på grund av motstånd från en majoritet av medlemsstaterna tvingats avstå från att lägga fram ett förslag om tillsynsmyndigheter.

I det följande redogörs för kommissionens förslag. Redogörelsen utgår främst från förslaget till reviderat rättsmedelsdirektiv för den klassiska sektorn men avser i allt väsentligt även förslaget till reviderat rättsmedelsdirektiv för försörjningssektorerna (artiklar anges med det nummer respektive artikel föreslås få i direktivet för den klassiska sektorn följt av motsvarande föreslagna nummer i direktivet för försörjningssektorerna inom parentes). Det förslag som avser försörjningssektorerna behandlas särskilt endast i de fall då det innehåller avvikelser jämfört med förslaget för den klassiska sektorn.

4.2 Automatiskt interimistiskt beslut vid ansökan om överprövning

Nationella prövningsorgan (vanligen domstolar) har, som tidigare nämnts, möjlighet att besluta att en upphandling tillsvidare inte får avslutas, men får avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som beslutet skulle medföra kan bedömas vara större än fördelarna. Domstolarna har med andra ord ett visst utrymme för skönsmässig bedömning.³¹

I förslaget till reviderade rättsmedelsdirektiv återfinns dock något som förefaller vara en ovillkorlig skyldighet att i det inledande skedet av en överprövningsprocess meddela ett ”automatiskt interimistiskt beslut”. Syftet med bestämmelsen förefaller vara att förhindra att upphandlingen avslutas innan domstolen hunnit ta ställning till om ett ”vanligt” interimistiskt beslut skall meddelas, vilket också får antas vara skälet till att någon intresseavvägning inte skall göras.

Av artikel 2.3a (2.3a) framgår att den nationella domstolen, när en ansökan om överprövning inkommer, skall underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om att den under en viss tidsfrist inte får ingå avtal. Denna tid skall regleras i nationell lag, men får inte understiga fem arbetsdagar från dagen efter att domstolen underrettat den upphandlande myndigheten eller enheten.

³¹ Detta utrymme synes dock för svenska domstolars del i viss utsträckning ha begränsats av Regeringsrättens beslut i RÅ 2003 ref. 64 (se fotnot 12 ovan).

Efter att ha tagit del av ansökan om överprövning får domstolen, om den finner att det inte finns anledning att förlänga tidsfristen, när som helst upphäva förbudet mot att ingå avtal.

Såvitt kan utläsas av bestämmelsen förefaller det inte finnas något som hindrar att förbudet mot att sluta avtal upphävs innan fem arbetsdagar förflutit, under förutsättning att domstolen hunnit ta del av ansökan om överprövning. Att tidsfristen måste uppgå till minst fem arbetsdagar gäller sannolikt endast de fall då domstolen inte hinner besluta något annat, t.ex. att ansökan skall avslås eller att det efter en intresseavvägning finns anledning att fatta ett "vanligt" interimistiskt beslut.

4.3 Tidsfrist mellan lämnande av upplysningar om tilldelningsbeslutet och ingående av avtal

Som nämnts tidigare saknar flera medlemsstater bestämmelser om en skälig tidsfrist mellan offentliggörandet av resultatet i en upphandling och slutande av avtal. Kommissionen föreslår därför att sådana bestämmelser skall införas.

Enligt artikel 2a.2 (2a.2) får avtal slutas först efter utgången av en tidsfrist på minst tio kalenderdagar räknat från dagen efter det att tilldelningsbeslutet lämnades till berörda anbudsgivarna med telefax eller elektroniska medel. Beslutet skall åtföljas av den kortfattade redogörelse av skälen för beslutet vars innehåll regleras i artikel 41.2 i procedurdirektivet för den klassiska sektorn, respektive artikel 49.2 i procedurdirektivet för försörjningssektorerna.

Den föreslagna bestämmelsen kan vid en första anblick förefalla vara nära besläktad med den tiodagarsfrist som redan idag återfinns i 7 kap. 1 § LOU. Särskilt det valda antalet dagar och startpunkten för tidsfristens löpande känns igen, och det kan inte uteslutas att kommissionen i viss utsträckning hämtat inspiration från de svenska reglerna.

Det finns dock skillnader mellan kommissionens förslag och bestämmelserna i LOU. Tidsfristen i LOU påverkar inte tidpunkten för avtalets ingående, utan är en processrättslig tidsfrist (en s.k. preklusionsfrist) som reglerar hur länge överprövning av upphandlingen kan ske. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan enligt LOU mycket väl sluta ett civilrättsligt bindande avtal under tiodagarsfristen. Tidsfristen i kommissionens förslag är däremot snarast att betrakta som ett slags temporärt förbud mot att "verkställa tilldelningsbeslutet" genom att ingå avtal med den valde leverantören, d.v.s. att avsluta upphandlingen. Nämnas bör också att ett avtal som slutits innan denna tidsfrist löpt ut, enligt kommissionens förslag, automatiskt blir ogiltigt (se avsnitt 4.6 nedan).

I artikel 2a.3 i förslaget för den klassiska sektorn föreslås ett undantag från den ovan nämnda tiodagarsfristen. Vid påskyndat förfarande (vid brådska möjligt vid selektiv upphandling och förhandlad upphandling med föregående an-

nonsering), enligt artikel 38.8 i procedurdirektivet för den klassiska sektorn, får medlemsstaterna föreskriva att tidsfristen för slutande av avtal skall vara sju kalenderdagar. Denna frist skall dock automatiskt förlängas med tre kalenderdagar om någon leverantör via fax eller elektroniska medel meddelar den upphandlande myndigheten att han har för avsikt att ansöka om överprövning.

Medlemsstaterna får också, enligt artikel 2a.3 i förslaget för försörjningssektorerna, föreskriva att samma tidsfrister skall tillämpas då maximalt förkortade tidsfrister för lämnande av anbud, enligt artikel 45.8 i procedurdirektivet för försörjningssektorerna, används.

Medlemsstaterna får enligt förslaget dessutom välja att tillämpa sju dagars tidsfrist med möjlighet till automatisk tredagarsförlängning, både för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna, vid tilldelning av kontrakt som baseras på ett ramavtal, eller vid tilldelning av kontrakt från ett dynamiskt inköpsystem.

Varken den ordinarie tiodagarsfristen eller sjudagarsfristen med möjlighet till förlängning behöver dock tillämpas vid förhandlad upphandling utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska i enlighet med artikel 31.1 c i procedurdirektivet för den klassiska sektorn, respektive artikel 40.3 d i procedurdirektivet för försörjningssektorerna. Därutöver återfinns i artikel 2b (2b) i kommissionens förslag ett antal ytterligare undantag från skyldigheten att iakttä en tidsfrist mellan lämnade av upplysningar om tilldelningsbeslutet och slutande av avtal.

För den klassiska sektorns del behöver, enligt artikel 2b a, någon tidsfrist inte iaktas vid tilldelning av kontrakt som baseras på ett ramavtal som slutits med en enda leverantör i enlighet med artikel 32.3 i procedurdirektivet. Detsamma gäller, enligt artikel 2b b, vid tilldelning av kontrakt som baseras på ett ramavtal som slutits med flera leverantörer under förutsättning att kontrakten tilldelas genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud i enlighet med artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen i procedurdirektivet. Skälet till att kontrakt som baseras på dessa två typer av ramavtal föreslås undantas från kravet på iakttagande av en tidsfrist är att de nämnda typerna av ramavtal, till skillnad från den typ av ramavtal som förutsätter att en förnyad anbudsinbjudan (konkurrensutsättning) görs enligt artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen i procedurdirektivet, fastställer samtliga villkor och att det därför i egentlig mening inte är fråga om tilldelning av nya kontrakt utan om utnyttjande av befintliga upphandlingskontrakt (avtal med klara ömsesidiga förpliktelser).³² Eftersom det i dessa fall med andra ord inte finns möjlighet för den upphandlande myndigheten att fritt välja bland olika leverantörer eller på annat sätt göra några skönsmässiga bedömningar, då myndigheten endast har

³² För en mer utförlig redogörelse för olika typer av ramavtal hänvisas till Pedersen, K, Ramavtal och offentlig upphandling – nya bestämmelser för den klassiska sektorn, ERT nr 1/2005.

att följa villkoren i ramavtalet, finns det inget behov av att iaktta någon tidsfrist.³³

För försörjningssektorernas del behöver, enligt artikel 2b.1 a i förslaget, någon tidsfrist inte iakttas vid tilldelning av kontrakt som baseras på ett ramavtal som slutits med en enda leverantör i enlighet med artiklarna 14.2 och 40.3 i i procedurdirektivet. Skälet till detta torde vara att det inte finns möjlighet för den upphandlande myndigheten att välja någon annan leverantör än den med vilken ramavtal slutits.³⁴ Detsamma torde för övrigt, trots att det inte nämns uttryckligen i förslaget, gälla ramavtal med flera leverantörer i vilka samtliga villkor fastställts, eftersom det kan anföras att sådana ramavtal utgör upphandlingskontrakt och att utnyttjandet av dem således inte innebär någon ny kontraktstilldelning.³⁵

Någon tidsfrist behöver enligt artikel 2b c (2b.1 b) inte heller iakttas, varken i den klassiska sektorn eller försörjningssektorerna, vid öppen upphandling om endast ett anbud (den valde leverantörens) inkommit.

Detsamma gäller enligt artiklarna 2b d och 2b e (2b.1 c och 2b.1 d) vid selektiv upphandling och förhandlad upphandling då alla leverantörer som inbjudits respektive visat intresse för upphandlingen, utom den leverantör som tilldelas kontrakt, blivit föremål för ett tidigare beslut som kunnat överprövas och som avslutat deras medverkan i upphandlingen av andra skäl än utvärderingskriterierna. Exempel på sådana beslut är beslut om uteslutning och beslut om att leverantören inte uppfyller kvalificeringskraven. Att lägga märke till för svensk del är att bestämmelsens tillämpning förutsätter att den upphandlande myndigheten eller enheten självmant lämnar upplysningar om beslutet, t.ex. om uteslutning eller att leverantören inte uppfyller kvalificeringskraven, till skillnad från bestämmelserna i 1 kap. 27–28 §§ LOU vilka innebär att sådana upplysningar endast behöver lämnas vid en tidigare tidpunkt än efter tilldelningsbeslutet i de fall då någon anbudssökande eller anbudsgivare begär det.

³³ En helt annan sak är att det om den upphandlande myndigheten väsentligen avviker från de avtalade villkoren i ramavtalet finns möjlighet för andra leverantörer att rättsligt angripa detta som en otillåten direkt kontraktstilldelning (kontraktstilldelningen grundas ju då inte på ramavtalet). För andra ramavtalsleverantörer finns för övrigt även möjlighet att väcka talan på civilrättslig grund (avtalsbrott).

³⁴ Om den upphandlande myndigheten väsentligen avviker från de avtalade villkoren i ramavtalet finns det dock möjlighet för andra leverantörer att rättsligt angripa detta som en otillåten direkt kontraktstilldelning.

³⁵ Denna typ av ramavtal omnämns inte uttryckligen i procedurdirektivet för försörjningssektorerna. Detta hindrar dock enligt min mening inte deras användning, eftersom de innebär att den upphandlande enheten genom avtal påtar sig en större begränsning av sin handlingsfrihet och utlovar ett större mått av transparens än vad direktivet kräver.

4.4 Tidsfrist för ansökan om överprövning

Av EG-domstolens praxis framgår att det finns möjlighet för medlemsstaterna att införa en s.k. preklusionsfrist, d.v.s. en tidsfrist inom vilken missnöjda leverantörer måste ansöka om överprövning.³⁶ Det är för närvarande oklart om denna möjlighet kommer att utnyttjas av den svenska lagstiftaren. Upphandlingsutredningen 2004 har haft i uppdrag att analysera förutsättningarna för att införa en preklusionsfrist. Utredningen har i sitt slutbetänkande funnit att nackdelarna väger något tyngre än fördelarna och har därför föreslagit att någon preklusionsfrist inte skall införas. Utredningen har dock, för det fall regeringen bedömer att en preklusionsfrist bör införas, lämnat ett förslag till lagreglering.³⁷

Frågan om en tidsfrist för ansökan om överprövning behandlas även i kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv. Av förslaget till artikel 2c.1 (2c.1) framgår tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett beslut som fattats av en upphandlande myndighet eller enhet inte får understiga tio kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då det aktuella beslutet meddelats den berörda anbudsgivaren eller anbudssökanden via telefax eller med elektroniska medel. Det bör observeras att bestämmelsen av ordalydelsen att döma gäller för alla typer av beslut som kan bli föremål för överprövning, d.v.s. alla beslut som har rättsverkningar, och inte endast tilldelningsbeslut. Det bör också observeras att tidsfristen börjar löpa när beslutet meddelats ”den berörda” anbudsgivaren eller anbudssökanden, vilket innebär att olika tidsfrister kan gälla för olika anbudsgivare respektive anbudssökande beroende på när de får del av det aktuella beslutet.

De medlemsstater som föreskriver att tidsfristen för att sluta avtal (se avsnitt 4.3 ovan) vid påskyndat förfarande (för klassiska sektorn) respektive maximalt förkortade tidsfrister (för försörjningssektorerna) skall vara sju kalenderdagar, med automatiskt förlängning med tre kalenderdagar om någon leverantör meddelar den upphandlande myndigheten eller enheten att han har för avsikt att ansöka om överprövning, får enligt artikel 2c.2 (2c.2) föreskriva att även tidsfristen för att ansöka om överprövning i dessa fall skall vara sju kalenderdagar, med möjlighet till automatiskt förlängning med tre kalenderdagar.

I de ovan nämnda fallen sammanfaller således den tidsfrist mellan meddelande av tilldelningsbeslutet och slutande av avtal som den upphandlande myndigheten eller enheten har iakttagit med den tidsfrist under vilken leverantörer kan ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. För de fall, förtecknade i artikel 2b (2b.1), då någon tidsfrist inte behöver iakttagas innan avtal sluts saknas

³⁶ Mål C-470/99 *Universale Bau m.fl. mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, REG 2002 sid. I-11617, mål C-327/00 *Santex m.fl. mot Fater SpA*, 2003 sid. I-1877 och mål C-230/02 *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republiken Österrike*, äep.

³⁷ Nya upphandlingsregler 2, Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2006:28), sid. 288 ff.

dock uttryckliga bestämmelser om tidsfristen för att ansöka om överprövning. Detta skulle kunna tolkas som att tidsfristen för att ansöka om överprövning av dessa typer av kontraktstilldelningar alltid måste uppgå till minst tio kalenderdagar. Att så varit kommissionens avsikt förefaller dock inte troligt. Frånvaron av särskilda regler får istället, enligt min mening, anses innebära att det inte ställs krav på medlemsstaterna att införa någon särskild tidsfrist för dessa fall. Möjligheten att ansöka om överprövning kvarstår i dessa fall till dess att avtal slutits.

4.5 Särskilda skyldigheter vid förhandlad upphandling utan föregående annonsering

Som tidigare nämnts är otillåtna direkta kontraktstilldelningar ett av de mest allvarliga problemen på upphandlingsområdet. Att så är fallet bekräftas inte minst genom det mycket stora antalet rättsfall i vilka kommissionen väckt talan mot olika medlemsstater till följd av att kontrakt tilldelats utan föregående annonserat upphandlingsförfarande. I de flesta av dessa fall har de aktuella medlemsstaterna, i processen vid EG-domstolen, gjort gällande att förutsättningarna för förhandlad upphandling utan föregående annonsering varit uppfyllda.

Förhandlad upphandling utan föregående annonsering är ett undantagsförfarande som bara får användas i de situationer som anges i procedurdirektiven. Gemensamt för dessa situationer är att de är sådana att användning av öppen, selektiv eller förhandlad upphandling med föregående annonsering inte är möjlig eller lämplig. Förhandlad upphandling utan föregående annonsering utgör därför, enligt min mening, en nödvändig ”säkerhetsventil” i procedurdirektivens i övrigt relativt stränga regler. Bland förfarandets nackdelar kan dock nämnas att det uteblivna offentliggörande som blir följderna av att ingen annonsering sker ofta innebär att det är svårt för leverantörer som inte tillfrågats att få kännedom om att en upphandling ägt rum, och därför också svårt för dem att kontrollera att förutsättningarna för användning av förfarandet varit uppfyllda. Skulle en förfördelad leverantör ändå få kännedom om att en förhandlad upphandling utan föregående annonsering ägt rum är problemet ofta att de upphandlade varorna, tjänsterna eller entreprenadarbetena konsumerats respektive utförts och att i praktiken endast rättsmedlet skadestånd, med alla dess begränsningar, återstår.

Kommissionen har därför, i förslaget till reviderade rättsmedelsdirektiv, genom att föreslå vissa särskilda skyldigheter vid direkta kontraktstilldelningar utan formellt upphandlingsförfarande, försökt åstadkomma ett visst mått av offentliggörande för att minimera nackdelarna, utan att begränsa möjligheterna att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering.

I artikel 2e.2 (2e.2) föreskrivs att en upphandlande myndighet eller enhet som anser sig ha rätt³⁸ att avstå från att tillämpa ett formellt förfarande med föregående annonsering och anbudsgivning i konkurrens skall vidta två åtgärder innan det aktuella avtalet sluts.

För det första skall myndigheten eller enheten fatta ett formellt tilldelningsbeslut "utan avtalsverkan" som kan bli föremål för överprövning. Att beslutet skall sakna "avtalsverkan" innebär att det inte skall anses ha någon civilrättslig betydelse. Det skall med andra ord varken gälla som en accept av den vinnande anbudsgivarens anbud, eller som ett avslag på övriga deltagande anbudsgivares anbud. Det är för övrigt också den ordning som idag gäller beträffande tilldelningsbeslut enligt LOU. Av 1 kap. 19 a § LOU framgår att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om han fått upplysningar om tilldelningsbeslutet i enlighet med 1 kap. 28 §. Upplysningar om tilldelningsbeslutet innebär således enligt LOU inte avslag på en anbudsgivares anbud. Upplysningarna kan därför, enligt min mening, inte heller utgöra en accept av den vinnande anbudsgivarens anbud, eftersom övriga anbudsgivares anbud automatiskt torde vara att betrakta som avslagna när avtal ingåtts.³⁹

För det andra skall den upphandlande myndigheten eller enheten offentliggöra ett meddelande som leder till tillräcklig grad av offentlighet och minst innehåller de upplysningar som anges i bilagan till kommissionens förslag. Vad som avses med "tillräcklig grad av offentlighet" får anses oklart. I sammanfattningen i motiveringen till kommissionens förslag (sid. 6) används uttrycket "tillräcklig offentlighet genom ett förenklat meddelande om tilldelning". Det anges också uttryckligen i artikel 2e.2 (2e.2) att efterannonsering i enlighet med procedurdirektivets regler skall anses uppfylla kravet på offentliggörande. Det torde därför åtminstone vara klart att det, enligt kommissionens förslag, i normalfallet inte krävs annonsering i form av en formell efterannonsering i EUT, men att en sådan efterannonsering i alla händelser uppfyller kraven.

Av artikel 2e.3 (2e.3) framgår att avtal inte får slutas förrän utgången av en tiodagarsfrist (kalenderdagar) räknat från dagen efter den dag då det förenklade meddelandet om tilldelning blivit föremål för erforderlig publicitet. Enligt kommissionens förslag föreslås således samma tidsfrist innan slutande av kontrakt gälla för förhandlad upphandling utan föregående annonsering som för annan upphandling, låt vara att fristen vid förhandlad upphandling utan före-

³⁸ Den svenska språkversionen av kommissionens förslag är felaktigt översatt eftersom den anger att det skall vara fråga om fall då den upphandlande myndigheten eller enheten "inte kan" inleda ett formellt förfarande med offentliggörande och konkurrensutsättning.

³⁹ Undantag från detta skulle möjligen kunna gälla då den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att ingå ett villkorat avtal, då upplysningar om tilldelningsbeslutet eventuellt skulle kunna betraktas som en villkorad accept av den vinnande anbudsgivarens anbud. Nämnas bör dock också att Kammarrätten i Göteborg i dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05 funnit att bindande avtal i den i målet aktuella upphandlingen uppkommit i och med att upplysningar om tilldelningsbeslutet lämnats.

gående annonsering utgår från ett allmänt offentliggörande och inte från när meddelande om tilldelningsbeslut kommunicerats.

Artikel 2c (2c) i förslaget, vilken reglerar vilka tidsfrister som skall gälla för att ansöka om överprövning, avser endast tidsfrister som utgår från att upplysningar om tilldelningsbeslutet skickats till anbudsgivarna och torde därför inte vara tillämplig på de fall då offentliggörande skall ske i form av publicering av ett förenklat meddelande. Man kan därför fråga sig vilken tidsfrist för ansökan om överprövning medlemsstaterna får föreskriva för de sistnämnda fallen. Eftersom tiodagarsfristen innan avtal får ingås syftar till att ge missnöjda leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av förhandlade upphandlingar utan föregående annonsering torde medlemsstaterna, enligt min mening, i vart fall knappast få föreskriva en tidsfrist för ansökan om överprövning som är kortare än den som gäller innan avtal får ingås, d.v.s. tio kalenderdagar räknat från dagen efter den dag då det förenklade meddelandet fått erforderlig publicitet.

Det finns dock undantag från skyldigheten att fatta ett formellt tilldelningsbeslut som kan överprövas, att publicera ett förenklat meddelande och att iakttä en tiodagarsfrist innan avtal ingås. Av artikel 2e.4 (2e.4) i kommissionens förslag framgår att denna skyldighet inte gäller vid förhandlad upphandling utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska i enlighet med artikel 31.1 c i procedurdirektivet för den klassiska sektorn, respektive artikel 40.3 d i procedurdirektivet för försörjningssektorerna. Detsamma gäller vid tilldelning av kontrakt vilka uttryckligen undantagits från procedurdirektivets tillämpningsområde i enlighet med artiklarna 12–18 i procedurdirektivet för den klassiska sektorn och artiklarna 19–26 i procedurdirektivet för försörjningssektorerna.

4.6 Automatisk ogiltighet

I de flesta medlemsstater, inklusive Sverige, saknas möjlighet att bryta upp ingångna avtal med stöd av upphandlingsreglerna. Det finns därför en tendens bland somliga upphandlande myndigheter och enheter att försöka sluta avtal så fort som möjligt för att ställa eventuella missnöjda leverantörer inför fullbordat faktum. En sådan leverantör har, om kontrakt olagligen tilldelats en annan leverantör oftast ingen möjlighet att erhålla detta kontrakt även om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om eller rättas.

För att komma till rätta med problem av detta slag föreslår kommissionen drastiska åtgärder. Enligt artikel 2f.2 (2f.2) i kommissionens förslag skall ett avtal som sluts i strid med skyldigheten att meddela tilldelningsbeslutet till de berörda leverantörerna och iakttä en tidsfrist innan avtal ingås anses sakna verkan. Vilka följder det får att ett avtal tillkommit på olaglig väg och därför saknar verkan överläts till domstolarna att besluta. I princip skall dock parternas presta-

tioner återgå. I beaktandesats 13 i kommissionens direktivförslag anges att "[...] det organ som är ansvarigt för prövningen skall ta ställning till följderna av att avtalet är rättsstridigt, såsom att ställa krav på återbetalning av de belopp som den upphandlande myndigheten eventuellt utbetalat."

I artikel 2f.3 (2f.3) anges dock vissa undantag från den automatiska ogiltigheten. I artikelns första stycke anges att medlemsstaterna får föreskriva att ett olagligen ingånget avtal ändå har viss verkan mellan de berörda parterna eller gentemot tredje man efter det att en preskriptionstid på minst sex månader förflutit från den dag då avtalet faktiskt slöts. I beaktandesats 14 talas om att "rätts-säkerheten på längre sikt" kräver en rimlig minsta preskriptionstid. Bestämmelsen förefaller därför ha tillkommit för att skydda berättigade förväntningar hos leverantörer som slutit avtal med den upphandlande myndigheten eller enheten.

I artikelns andra stycke föreskrivs att undantag från regeln om automatisk ogiltighet också får göras om domstolen finner att iakttagandet av vissa oavvisliga eller tvingande krav som följer av ett icke-ekonomiskt samhällsintresse i det enskilda fallet kräver att vissa verkningar av avtalet inte skall ifrågasättas. Den exakta avgränsningen av skyddsvärda intressen får anses oklar. Klart är dock, enligt min mening, att skydd för allmän ordning, säkerhet och hälsa i enlighet med principerna i EG-fördraget kan utgöra skäl för att upprätthålla ett olagligen slutet avtal. Det valda uttryckssättet antyder dock att kraven är något lägre ställda än i EG-fördraget och att även samhällsintressen av lägre dignitet kan komma att beaktas.

Det faktum att ett avtal som tillkommit på olaglig väg i vissa fall kan undgå ogiltighet innebär dock inte att den upphandlande myndigheten eller enheten undgår ansvar. I artikel 2f.4 (2f.4) föreskrivs att medlemsstaterna skall vara skyldiga att införa ett sanktionssystem som skall tillämpas på (i den engelska språkversionen uttryckt med det mer kraftfulla "intended not to leave unpunished") avtalslutande i strid med den ovan nämnda skyldigheten att meddela tilldelningsbeslutet till de berörda leverantörerna och att iaktta en tidsfrist innan avtal ingås. Detta sanktionssystem skall tillämpas i de fall då avtalets giltighet, trots de regelöverträdelse som begåtts, upprätthålls. Dessutom skall sanktionssystemet tillämpas i fall då en upphandlande myndighet eller enhet genomfört förhandlad upphandling utan föregående annonsering under åberopande av synnerlig brådska i enlighet med artikel 31.1 c i procedurdirektivet för den klassiska sektorn, respektive artikel 40.3 d i procedurdirektivet för försörjningssektorerna, trots att förutsättningarna för användning av detta undantagsförfarande inte föreläggat.

Uformningen av sanktionssystemet överläts till medlemsstaterna. För egen del föreställer jag mig dock att en marknadsskadeavgift av den typ som tidigare diskuterats i Sverige skulle kunna vara lämplig.⁴⁰

5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv kommer, om det antas, att åtgärda flera av de brister som begränsar de gällande rättsmedelsdirektivens effektivitet.

Även efter ett eventuellt genomförande av kommissionens förslag återstår dock brister i sanktionssystemet. En sådan brist är att ansvaret för tillsynen över upphandlingsområdet även framgent i de allra flesta medlemsstater helt kommer att vara leverantörernas ansvar, eftersom något förslag om nationella tillsynsmyndigheter inte läggs fram.

Så länge leverantörernas möjlighet att påkalla rättslig prövning inte kompletteras med initiativrätt för offentliga tillsynsmyndigheter finns det risk för att upphandlingsreglernas verkan begränsas. Det finns situationer då leverantörer inte kan utnyttja sin rätt att påkalla rättslig prövning, t.ex. på grund av bristande kunskaper eller ekonomiska resurser, och situationer då de inte vill göra det, t.ex. på grund av rädsla för repressalier eller för att leverantörer ibland inte har något intresse av den konkurrens som kan bli följderna av lagenliga upphandlingar. I dessa situationer skulle, enligt min mening, nationella tillsynsmyndigheter som NOU, med rätt befogenheter och tillräckliga resurser, i ännu högre grad än idag kunna utgöra ett värdefullt bidrag till förverkligandet av syftet med de gemenskapsrättsliga upphandlingsreglerna, att öppna upp den inre marknaden även beträffande handel med offentliga kontrakt.

⁴⁰ Se t.ex. Upphandlingskommitténs betänkande Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139).