
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

– OGILTIGHET AV AVTAL

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Det har knappast undgått någon som intresserar sig för offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna att ett antal ändringar i de svenska upphandlingslagarna LOU och LUF¹ trädde i kraft den 15 juli i år, och att många av lagändringarna har sin grund i ett nytt rättsmedelsdirektiv (det s.k. ändringsdirektivet).² Ett flertal av dessa lagändringar har jag behandlat i tidigare upphandlingskrönikor.³

En av de mer betydelsefulla ändringarna, som jag tidigare endast behandlat översiktligt och dessutom på ett mycket tidigt stadium i lagstiftningsarbetet då många frågor fortfarande var olösta, är bestämmelserna om ogiltighet av vissa avtal som tillkommit i strid med upphandlingslagstiftningen. Dessa bestämmelser kommer istället att behandlas mer i detalj i denna krönika.

De nya bestämmelserna om ogiltighet kan betraktas som en mindre upphandlingsrättslig revolution, eftersom de öppnar möjlighet för att på allvar ingripa mot otillåtna direktupphandlingar även efter det att avtal tecknats. Formellt sett har det i och för sig redan tidigare varit möjligt för allmän förvaltningsdomstol att överpröva en otillåten direktupphandling även efter det att avtal tecknats,⁴ men i praktiken har en dom om att upphandlingen skall göras om i många sådana fall saknat praktisk betydelse eftersom det inte funnits något sätt att påverka giltigheten av det ingångna avtalet. Dessutom har den upphandlande myndigheten eller enheten i många fall funnit det nödvändigt eller

* Advokat och delägare, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

² 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.

³ Se ERT 2009 s. 553, ERT 2010 s. 193 och ERT 2010 s. 407.

⁴ Enligt RÅ 2005 ref. 10.

lämpligare att fortsätta tillämpa det ingångna avtalet än att följa domen och göra en ny upphandling. Det har därför också varit tämligen riskfritt för en leverantör att försöka förmå en upphandlande myndighet eller enhet att ingå avtal, eller att på myndighetens eller enhetens begäran ingå avtal, även i de fall då leverantören insett att den planerade affären skulle innebära en överträdelse av LOU eller LUF.

De nya bestämmelserna om ogiltighet innebär dock att detta förändras, dvs. att otillåtna direktupphandlingar som inletts den 15 juli eller senare är betydligt mer riskfyllda både för den upphandlande myndigheten eller enheten och för leverantören. Därutöver bör också, redan inledningsvis, nämnas att även vissa andra typer av överträdelser av LOU respektive LUF kan medföra att ett avtal förklaras ogiltigt.

2. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ÖVERPRÖVNING AV ETT AVTALS GILTIGHET

En upphandling kan, enligt 16 kap. 13 § LOU och LUF, inte bli föremål för överprövning efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. När avtal tecknats kan istället överprövning ske av avtalets giltighet. En sådan överprövning kan initieras på två olika sätt.

För det första kan en leverantör som fått information om att en upphandlande myndighet eller enhet tecknat ett avtal, men som anser att detta skett i strid med LOU eller LUF, ansöka om överprövning av avtalets giltighet vid förvaltningsrätten. Detta kan bli aktuellt t.ex. vid otillåten direktupphandling.

För det andra kan en leverantör, som ansökt om överprövning av en upphandling, i vissa fall ändra sin talan från överprövning av upphandlingen till överprövning av avtalets giltighet, utan att behöva ge in en ny ansökan om överprövning till förvaltningsrätten. Denna möjlighet gäller i de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av upphandlingen tecknar avtal, och detta sker i strid med ett interimistiskt beslut, en avtalsspärr, en förlängd avtalsspärr eller en tiodagarsfrist.⁵

Huvudregeln är, enligt 16 kap. 18 § 1 st. LOU och LUF, att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet skall ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts, men i två fall gäller istället en kortare tidsfrist om endast 30 dagar.

⁵ Med avtalsspärr avses en tidsfrist under vilken avtal inte får ingås och med förlängd avtalsspärr avses att avtal inte får ingås under den tid då en ansökan om överprövning handläggs av förvaltningsrätten. Bestämmelser om interimistiska beslut, avtalsspärr, förlängd avtalsspärr och tiodagarsfrister finns i 16 kap. 4–10 §§ LOU och LUF.

Den kortare tidsfristen gäller dels om den upphandlande myndigheten eller enheten, enligt 7 kap. 3 § eller 15 kap. 21 § LOU respektive 7 kap. 6 § eller 15 kap. 21 § LUF, efterannonserat resultatet av upphandlingen, dels om den upphandlande myndigheten eller enheten, enligt 9 kap. 10 § LOU och LUF, skriftligen underrättat anbudssökande och anbudsgivare om att avtalet slutits och om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den valda anbudsgivaren.

3. HANDLÄGGNINGEN AV EN ÖVERPRÖVNING AV ETT AVTALS GILTIGHET

Enligt LOU finns det tre situationer då ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör skall ogiltigförklaras, och enligt LUF finns det två situationer då ett sådant avtal skall ogiltigförklaras. Förutsättningarna för ogiltigförklaring skiljer sig dock åt mellan de olika situationerna.

För det första skall domstolen, enligt 16 kap. 15 § 1 st. 1 p. LOU respektive 16 kap. 15 § 1 st. LUF besluta att ett avtal är ogiltigt om avtalet slutits utan föregående annonsering i de fall då annonseringsskyldighet föreligger.⁶ Vad som avses i detta fall är situationer då annonsering inte skett, trots att annonseringsskyldighet föreligger, dvs. otillåtna direktupphandlingar. Vid otillåten direktupphandling krävs det inte att leverantören lidit eller riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens eller enhetens överträdelse av LOU eller LUF. Eftersom otillåtna direktupphandlingar av EU-domstolen utpekats som den enskilt mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagstiftningen ligger det, enligt min mening, nära tillhands att dra slutsatsen att lagstiftaren helt enkelt presumerat att skada alltid föreligger vid otillåten direktupphandling, om inte för någon enskild leverantör så i vart fall för marknaden i stort.

För det andra skall domstolen, enligt 16 kap. 15 § 2 st. LOU och LUF, ogiltigförklara ett avtal om det slutits i strid med ett interimistiskt beslut, en avtals-spärr, en förlängd avtals-spärr, en tiodagarsfrist eller innan upplysningar om tilldelningsbeslutet skickats ut. I dessa fall krävs dock, till skillnad från vad som gäller beträffande otillåtna direktupphandlingar, för att domstolen skall kunna ogiltigförklara avtalet, även dels att den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan

⁶ De fall som avses är då annonseringsskyldighet föreligger enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 § LOU respektive 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 § LUF. I 16 kap. 15 § 1 st. 1 p. LOU/LUF hänvisas även till 15 kap. 6 § LOU/LUF. Denna hänvisning är dock uppenbart felaktig, eftersom 15 kap. 6 § LOU/LUF har upphävts.

bestämmelse i LOU eller LUF, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

För det tredje, slutligen, skall domstolen enligt 16 kap. 15 § 1 st. 2 p LOU, vid förnyade konkurrensutsättningar enligt 5 kap. 7 § LOU, ogiltigförklara avtalet om den upphandlande myndigheten inte följt bestämmelserna i detta lagrum eller villkoren i ramavtalet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.⁷ I sammanhanget bör framhållas att det i dessa fall inte är ramavtalet i sig som skall ogiltigförklaras, utan det avtal som myndigheten tilldelar baserat på ramavtalet. Ytterligare en kommentar i sammanhanget är att det i vissa fall kan diskuteras om ett avsteg från villkoren i ramavtalet inte, utöver att utgöra en överträdelse av LOU och grund för ogiltigförklaring, även kan utgöra ett (civilrättsligt) avtalsbrott.

Bestämmelserna om ogiltighet är visserligen tvingande, såtillvida att domstolen *skall* ogiltigförklara ett avtal om förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Det finns dock vissa undantag som innebär att domstolen skall avstå från att ogiltigförklara avtalet, trots att de grundläggande förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.⁸

Exempelvis skall domstolen, enligt 16 kap. 16 § LOU och LUF, om det finns ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse” som innebär att avtalet måste få bestå, avstå från att ogiltigförklara avtalet, trots att förutsättningarna för ogiltigförklaring egentligen är uppfyllda. Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses bl.a. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa och miljöskydd. Bestämmelserna skall dock, enligt förarbetena, tillämpas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som kan medföra att ett avtal får bestå. Dessutom får ekonomiska intressen endast beaktas i begränsad omfattning. Eventuella ekonomiska skäl till att avtalets giltighet bör upprätthållas får endast betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet skulle leda till helt oproportionerliga följder, och ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet kan inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kostnader för förseningar, för att genomföra ny upphandling eller för att byta leverantör kan exempelvis inte utgöra skäl för att domstolen skall avstå från att ogiltigförklara avtalet.⁹

⁷ Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUF, vilket beror på att LUF saknar bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning. För de bestämmelser som gäller för användning av ramavtal enligt LUF se istället 4 kap. 2 § 9 p. LUF.

⁸ Om avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, eller för att den upphandlande myndigheten eller enheten visserligen tecknat avtal i strid med en gällande avtalsspär, men ingen annan överträdelse av LOU eller LUF kunnat konstateras eller ingen leverantör lidit eller riskerar att lida skada, är dock Konkurrensverket skyldigt att vid förvaltningsrätten ansöka om att den upphandlande myndigheten eller enheten skall påföras upphandlingsskadeavgift (17 kap. 1 § 1–2 p. och 17 kap. 2 § 1 st. LOU och LUF).

⁹ Prop. 2009/10:180, s. 137 ff.

I vissa fall då ingen annonseringsplikt, och inte heller bestämmelserna om avtalsspärr, gäller kan den upphandlande myndigheten eller enheten ändå välja att frivilligt iaktta en avtalsspärr. Skälet till detta är att ett avtal, enligt 16 kap. 17 § 2 p. LOU och LUF, inte heller får ogiltigförklaras om den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpat s.k. förhandsinsyn i kombination med en frivillig avtalsspärr. Med förhandsinsyn avses att den upphandlande myndigheten eller enheten frivilligt annonserar sin avsikt att ingå ett avtal och med frivillig avtalsspärr avses att myndigheten eller enheten avvaktar med att ingå avtalet till dess att tio dagar gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerades.¹⁰

En upphandlande myndighet eller enhet som är osäker på om förutsättningarna för att tillämpa ett undantagsförfarande är uppfyllda kan således genom förhandsinsyn försäkra sig mot att avtalet förklaras ogiltigt. Dessutom har en förhandsinsyn också den effekten att leverantörer, som anser att förutsättningar för tillämpning av undantagsförfarandet inte är uppfyllda, ges möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen.

På samma sätt kan en upphandlande myndighet också, vid en förnyad konkurrensutsättning baserad på ett ramavtal enligt 5 kap. 7 § LOU, försäkra sig mot att avtalet förklaras ogiltigt genom att skicka upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudsgivarna i den förnyade konkurrensutsättningen, och därefter frivilligt iaktta en avtalsspärr (16 kap. 17 § 1 p. LOU).

4. KONSEKVENSER AV ATT ETT AVTAL FÖRKLARAS OGILTIGT

I artikel 2d.2 i ändringsdirektivet anges att följden av att ett avtal anses vara ogiltigt skall bestämmas i nationell lagstiftning. Enligt artikeln får det i nationell lagstiftning föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts (ogiltighet *ex tunc* eller *ex nunc*). I valet mellan dessa alternativ har den svenska lagstiftaren valt det förstnämnda, dvs. att alla avtalsförpliktelser upphör retroaktivt om avtalet förklaras ogiltigt.

Att en domstol förklarar avtalet ogiltigt innebär att det blir civilrättsligt ogiltigt, dvs. inte kan göras gällande av någon av parterna. Om förpliktelserna i avtalet helt eller delvis fullgjorts är huvudregeln att prestationerna skall återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts skall återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan

¹⁰ Se 7 kap. 4 §, 15 kap. 5 a § och 16 kap. 8 § LOU respektive 7 kap. 7 §, 15 kap. 5 a § och 16 kap. 8 § LUF.

parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer. En annan tänkbar situation är en byggnad som uppförts till hälften när avtalet förklaras ogiltigt. I en sådan situation får ersättning lämnas för de prestationer som redan har utförts, medan framtida prestationer inte får utföras. Dessutom kan den upphandlande myndigheten eller enheten också bli skadeståndsskyldig gentemot leverantören.¹¹

5. SKADESTÅND PÅ GRUND AV ATT ETT AVTAL FÖRKLARAS OGILTIGT

En leverantör som lidit ekonomisk skada på grund av att den upphandlande myndigheten eller enheten brutit mot bestämmelserna i LOU eller LUF kan inom ett år från det att avtal slutits, eller ett avtal förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har vunnit laga kraft, väcka en skadeståndstalan i allmän domstol, dvs. i första instans tingsrätten.

Det är dock inte bara leverantörer som gått miste om ett avtal som kan få skadestånd. Även en leverantör som tecknat avtal med en upphandlande myndighet eller enhet, men som lider skada till följd av att avtalet ogiltigförklaras av domstol kan, enligt förarbetena, få skadestånd. Rätten till sådant skadestånd skall bedömas enligt de ordinarie skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU respektive 16 kap. 6 § LUF. Vilka kostnader som leverantören i dessa fall kan få ersättning för är i viss mån en öppen fråga. Exempel som nämns i förarbetena är att leverantören kan ha ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid, eller ådragit sig kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. På denna punkt ger dock förarbetena inget svar, utan istället framgår endast att lagstiftaren överlätit denna fråga till rättstillämpningen.

Vidare anges i förarbetena att de kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som Högsta domstolen fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen, dvs. för fall som rör skadestånd till följd av att ett avtal ogiltigförklarats.

Det är enligt min mening inte givet att lagstiftarens val av bestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU respektive 16 kap. 6 § LUF som tillämplig lag för skadestånd till följd av att ett avtal ogiltigförklarats är det bästa alternativet som stått till buds, särskilt mot bakgrund av att konsekvenserna av att ett avtal förklaras ogiltigt i hög grad är civilrättsliga. I sammanhanget kan också nämnas att förslaget i den bakomliggande departementspromemorian var att frågan om skadestånd i dessa fall skulle avgöras mot bakgrund av allmänna skadeståndsrättsliga prin-

¹¹ Prop. 2009/10:180, s. 361.

ciper.¹² Samtidigt får medges att en reglering av frågorna i enlighet med vad som enligt LOU och LUF gäller för skadestånd i övrigt i vart fall medför en konsekvent inställning till ansvarsfrågan, eftersom det även beträffande skadestånd följd av att ett avtal ogiltigförklarats blir fråga om ett strikt ansvar för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Av förarbetena framgår slutligen dels att en skälighetsbedömning skall göras, dels att frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens eller enhetens överträdelse av LOU eller LUF bör kunna beaktas.¹³ Eftersom det normalt inte är möjligt att vara i god tro om innehållet i gällande rätt, torde det en leverantör kan vara i god tro om istället vara de faktiska omständigheterna. Exempelvis skulle en leverantör sannolikt kunna hävda god tro om den upphandlande myndigheten lämnat information som gett leverantören anledning att tro att omständigheterna varit sådana att grund för tillämpning av något undantagsförfarande utan annonsering förelegat.

6. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Det återstår att se hur stor betydelse de nya bestämmelserna om ogiltighet får. Min bedömning är att mycket talar för att det främst är beträffande otillåtna direktupphandlingar som ogiltighetspåföljden kommer att bli aktuell, eftersom det länge har funnits ett uppdämt behov av att komma till rätta med problemet med otillåtna direktupphandlingar. Detta har också varit en av de mest klart uttalade ambitionerna i lagstiftningsarbetet, framförallt från Europeiska kommissionens sida.

Samtidigt kan också konstateras att många praktiskt betydelsefulla frågor, som kan påverka ogiltighetspåföljdens effektivitet, överlåtits till rättstillämpningen. En sådan fråga är under vilka förutsättningar och med vilket belopp som en leverantör kan erhålla skadestånd till följd av att ett avtal förklaras ogiltigt. Å ena sidan är det i och för sig viktigt att inte ont anande leverantörer som går miste om tidigare tilldelade avtal kan få ersättning för de kostnader som ogiltigheten medför. Å andra sidan kan konstateras att ogiltighetspåföljdens avskräckande funktion, dvs. effekten att göra leverantörer mer restriktiva med att ingå avtal med upphandlande myndigheter eller enheter i strid med LOU och LUF, naturligtvis ökar om leverantörerna inte alltid kan påräkna full ersättning för kostnader i händelse av att avtalet förklaras ogiltigt.

Som så ofta på upphandlingsområdet blir det fråga om en svår avvägning mellan motstående intressen och som så ofta blir det i slutänden i domstolarna som betydelsen av de nya bestämmelserna om ogiltighet kommer att avgöras.

¹² Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet.

¹³ Prop. 2009/10:180, s. 225 f.