

Justitieombudsmannen  
Box 16 327  
130 26 STOCKHOLM

## Upphandlande enhets skyldighet att följa domstols avgörande i mål om överprövning enligt LOU om civilrättsligt bindande avtal föreligger

Justitieombudsmannen (JO) har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att yttra sig i JO-ärendet 3006-2005. Yttrandet skall särskilt beröra frågan i vad mån det förhållandet att ett civilrättsligt bindande avtal kan ha uppkommit mellan en upphandlande enhet och en leverantör bör inverka på den upphandlande enhetens skyldigheter att följa en domstols avgörande i mål om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

### NOU:s uppfattning

NOU anser att upphandlande enheter snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagkraftvunnen dom. Det synes i Sverige finnas brister i nuvarande lagstiftning såvitt avser sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden och felaktigt ingångna avtal.

## 1 Bakgrund

### 1.1 Utgångspunkter för yttrandet

Utgångspunkten i yttrandet är att ett civilrättsligt bindande avtal har uppkommit mellan en upphandlande enhet och en leverantör. Förutsättningarna för hur och när detta kan ske i förhållande till upphandlingslagstiftningen utreds inte i yttrandet. Klart är dock att ett civilrättsligt bindande avtal kan uppstå innan en allmän förvaltningsdomstols möjlighet att överpröva upphandlingsförfaranden är uttömd. Om en allmän förvaltningsdomstol i dom förelägger en upphandlande enhet att rätta eller göra om upphandlingen förekommer det att enheten, på grund av att ett civilrättsligt bindande avtal föreligger med en leverantör, väljer att trotsa

domstolens avgörande. När LOU infördes ansågs det som en förutsättning att civilrättsliga frågor som kan uppkomma sedan ett avtal träffats inte regleras av upphandlingsbestämmelserna.<sup>1</sup>

## **1.2 Bakomliggande rättslig reglering**

LOU är enligt dess 1 kap. 1 § 2 st. en lagstiftning som har införts för att uppfylla de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen. Dessa förpliktelser tar sig uttryck i direktiv rörande procedurregler för de upphandlande enheternas upphandlingar<sup>2</sup> och rättsmedel vid överträdelse av procedurreglerna.<sup>3</sup> Även de grundläggande principerna som härrör ur EG-fördraget omfattas av LOU<sup>4</sup>. I lagen regleras upphandlingsprocessen, men lagstiftningen om hur civilrättsliga avtal ingås påverkas inte.

Om de procedurregler som gäller enligt LOU inte skulle uppfyllas av de upphandlande enheter som är skyldiga att följa dessa regler finns det i 7 kap. LOU bestämmelser om bl.a. överprövning och skadestånd. Dessa regler har sitt ursprung i rättsmedelsdirektiven. Även de rättsföljder som en länsrättsdom utgör efter en överprövning enligt 7 kap. 2 § LOU är en följd av Sveriges skyldigheter i förhållande till EU att införa effektiva rättsmedel som garanterar åsidosättande av olagliga beslut.<sup>5</sup>

Av det klassiska rättsmedelsdirektivet art. 1 p. 1 framgår att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande enhets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i direktivets artiklar, särskilt art. 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

---

<sup>1</sup> Prop. 1992/93:88 sid. 37.

<sup>2</sup> Direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och Direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet). Dessa direktiv har ännu inte införlivats i svensk rätt. LOU i sin nuvarande form är baserade på de äldre procedurdirektiven, Direktiv 92/50/EEG om offentlig upphandling av tjänster, Direktiv 93/36/EEG om offentlig upphandling av varor, Direktiv 93/37/EEG om tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, Direktiv 93/38/EEG om upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

<sup>3</sup> Direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (det klassiska rättsmedelsdirektivet) och Direktiv 92/13/EEG 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). I yttrande kommer hänvisningar att göras till det klassiska rättsmedelsdirektivet. Motsvarande bestämmelser finns i rättsmedelsdirektivet för försörjningssektorerna.

<sup>4</sup> Bl.a. likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.

<sup>5</sup> Art 2.1 b i det klassiska rättsmedelsdirektivet.

Av art. 2.6 framgår att verkan av länsrättens beslut att upphandlingen skall göras om, i förhållande till ett redan slutet avtal skall regleras i nationell lag. Direktivet ställer alltså inga uttryckliga krav på att ett avtal, som har ingåtts utan genomförande av en korrekt upphandlingsprocedur, skall undanröjas eller ogiltigförklaras.

Kravet på effektiva rättsmedel i art. 2.7 fastslår dock samtidigt att medlemsstaterna skall se till att införa bestämmelser, som garanterar, att granskningsorganens beslut verkligen åtgärdas. Detta har inte gjorts i svensk rätt eftersom det har förutsatts att de upphandlande enheterna rättar sig efter domstolarnas domar.<sup>6</sup>

Sveriges förpliktelser i enlighet med EG-direktiven gäller sådana upphandlingar vars värde överstiger särskilt angivna tröskelvärden. Vid upphandling av tjänster görs dock även en uppdelning i A-tjänster och B-tjänster. A-tjänster omfattas av direktiven men i huvudsak inte B-tjänster. Upphandlingar som inte omfattas av direktiven regleras i 6 kap. LOU. De EG-rättsliga principerna gäller dock även under tröskelvärdena och för B-tjänster. Det framgår bl.a. av EG-domstolens mål *Vestergaard*<sup>7</sup>, *Kommissionen mot Frankrike*<sup>8</sup>, *Coname*<sup>9</sup> och *Contse*<sup>10</sup> att även om det handlar om kontrakt som på något sätt är undantagna från tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling måste de upphandlande enheterna följa de grundläggande reglerna i fördraget.

### **1.3 EG-domstolens praxis**

Frågeställningen om huruvida en medlemsstat kan anses leva upp till EG-rättens krav i situationer som har likheter med JO: s fråga har varit aktuell i ett par rättsfall från EG-domstolen under senare tid.

#### **1.3.1 Alcatel**

I *Alcatel-målet*<sup>11</sup> var sakförhållandena sådana att kontraktet i en upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten tilldelades och ingicks samma dag (p. 14). I den nationella lagstiftningen gjordes ingen egentlig åtskillnad mellan en civilrättslig och en offentlighetsrättslig del utan den avtalsrättsliga relationen uppstod mellan den upphandlande enheten och anbudsgivaren vid den

<sup>6</sup> NOU: s skrivelse till regeringen den 14 december 2005, dnr 2005/0259-21.

<sup>7</sup> Mål C-59/00, Bent Moustens Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab, p. 19. Dom meddelad den 3 december 2001.

<sup>8</sup> Mål C-264/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike, p. 32-33. Dom meddelad den 24 november 2004.

<sup>9</sup> Mål C231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) mot Comune di Cingia de' Botti, p 16. Dom meddelade den 21 juli 2005.

<sup>10</sup> Mål C-234/03, Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, p. 23. Dom meddelad den 27 oktober 2005.

<sup>11</sup> Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Dom meddelad den 28 oktober 1999.

tidpunkt då anbudsgivaren gavs kännedom om beslutet att anbudsgivarens anbud antagits (p. 20). För en utomstående blir det då rent praktiskt så att tilldelningen av kontraktet och ingåendet av detsamma sammanfaller och beslutet att tilldela kontraktet kan då inte angripas (p. 21). EG-domstolen anförde att syftet med det klassiska rättsmedelsdirektivet är att förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att upphandlingsdirektiven verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelsena ännu kan rättas till (p. 33). Medlemsstaterna är därför, vad gäller den upphandlande enhetens tilldelningsbeslut innan kontraktet ingås, skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda (p. 43).

### **1.3.2 Bockhorn och Braunschweig**

I de förenade målen *Bockhorn och Braunschweig*<sup>12</sup> hade Europeiska gemenskapernas kommission stämt Tyskland för fördragsbrott eftersom två kommuner hade ingått avtal om utförande av A-tjänster löpande över 30 år utan ett föregående korrekt upphandlingsförfarande. Den tyska regeringen erkände detta under processen. De anförde dock att det i den tyska rätten nästan inte erbjöds någon möjlighet att få överträdelsen att upphöra eftersom slutgiltiga avtal förelåg, som inte kunde sägas upp utan att mycket omfattande skadestånd måste betalas till leverantörerna. Kostnaderna för en sådan uppsägning skulle enligt Tyskland vara oproportionerliga i förhållande till det syfte som kommissionen ville uppnå (p. 11, p. 18).

EG-domstolen ansåg att inskränkningen av den fria rörligheten för tjänster som sker genom ett åsidosättande av bestämmelserna i tjänstedirektivet<sup>13</sup> kvarstår under hela löptiden för de avtal som ingåtts i strid med dessa bestämmelser (p. 36). Denna bedömning påverkades enligt domstolen inte av att medlemsstaterna enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet har möjlighet att, sedan ett upphandlingsavtal slutits, begränsa prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen (p. 38). Domstolen uttalade därefter (p. 39) att "[ä]ven om det är riktigt att nämnda bestämmelse tillåter medlemsstaterna att upprätthålla giltigheten av de avtal som ingåtts i strid med direktiven om offentlig upphandling och således skyddar motpartens berättigade förväntningar, får den emellertid inte innebära att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall anses vara förenligt med gemenskapsrätten sedan sådana avtal ingåtts, vilket skulle ge bestämmelserna i fördraget om upprättandet av den inre marknaden minskad räckvidd." EG-domstolen fann att Tyskland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet.

<sup>12</sup> Mål C-20/01 och C-28/01, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland. Dom meddelad den 10 april 2003.

<sup>13</sup> Direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

### 1.3.3 München Nord

I målet *München Nord*<sup>14</sup> konstaterade EG-domstolen brott mot upphandlingsreglerna. Tyskland hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet, eftersom ett kontrakt avseende transport av avfall, en A-tjänst, från utsläppspunkterna i regionen Donauwald till värmekraftverket i München Nord hade tilldelats en leverantör av staden München utan konkurrensutsättning i enlighet med direktivets procedurregler. Den tyska regeringen hävdade i målet att de inte var skyldiga att säga upp det kontrakt som redan slutits för det fall fördragsbrott skulle anses föreligga. EG-domstolens svar i det avseendet var att "[h]ärvid räcker det att påpeka att även om domstolen, inom ramen för ett förfarande för fördragsbrott enligt artikel 226 EG, endast behöver fastställa att en gemenskapsrättslig bestämmelse har åsidosatts framgår det av artikel 228.1 EG att den berörda medlemsstaten skall vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom." (p. 26).

### 1.3.4 Bockhorn och Braunschweig II

Kommissionen har sedermera väckt talan mot Tyskland vid EG-domstolen<sup>15</sup> och yrkar att EG-domstolen skall fastställa att Tyskland åsidosatt sina förpliktelser enligt EG-fördraget genom att inte ha vidtagit tillräckliga åtgärder för att komma tillrätta med de av domstolen i dom i målen *Bockhorn och Braunschweig* fastställda fördragsbrotten. Kommissionen yrkar vidare att staten Tyskland skall åläggas att erlagga ett dagligt vite på 31 680 euro respektive 126 720 euro fram till dess att de åtgärder har vidtagits som krävs för att verkställa domen i de sammanlagda målen. Kommissionens uppfattning i målet är att parterna, för att Tyskland skall uppfylla sina skyldigheter enligt domarna i målen *Bockhorn och Braunschweig* och artikel 228 EG-fördraget,<sup>16</sup> måste säga upp de avtal som har slutits i strid med upphandlingsreglerna.

## 1.4 Följder i Tyskland

I Tyskland har processerna kring *Bockhorn och Braunschweig* och *München Nord* lett till att uppfattningen där nu verkar vara att felaktigt upphandlade kontrakt måste sägas upp. Mot bakgrund av de enorma summor som ett eventuellt dagligt vite under de respektive kvarvarande kontraktstiderna skulle innebära, fann avtalsparterna i Bockhorn och Braunschweig ingen annan lösning än ömsesidig uppsägning av avtalen. Till följd av EG-domstolens dom

---

<sup>14</sup> Mål C-126/03, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland. Dom meddelad den 18 november 2004.

<sup>15</sup> Det pågående målet C-503/04. Talan mot Förbundsrepubliken Tyskland väckt den 7 december 2004 av Europeiska gemenskapernas kommission. EGT C 45, 19 februari 2005 sid. 15 f.

<sup>16</sup> Av art. 228 1 st. p. 1 framgår att om domstolen finner att en medlemsstat har underlåtit att uppfylla en skyldighet enligt detta fördrag, skall denna stat vidta de åtgärder som krävs för att följa domstolens dom. Av 2 st. framgår att om domstolen finner att den berörda medlemsstaten har underlåtit att efterkomma dess dom, kan den förelägga staten att betala ett standardbelopp eller ett vite.

i *München Nord-fallet* ville staden München inte fullfölja kontraktet med leverantören. Parterna kunde inte komma överens om ersättningen vid avslutande av avtalet utan staden München sade upp avtalet ensidigt. Leverantören stämde staden München och begärde att domstolen skulle förklara uppsägningen ogiltig. Delstatsdomstolen i München<sup>17</sup> godkände uppsägningen och avlog leverantörens talan.<sup>18</sup>

### **1.5 Rättsutvecklingen i Sverige efter Alcatel**

#### **1.5.1 Alcatel-målets införlivning i svensk rätt**

Kravet i *Alcatel-målet* på möjlighet att utverka undanröjande av ett tilldelningsbeslut ledde till ändringar i LOU i juli 2002. En upphandling skall inte kunna få avslutas förrän anbudsgivarna fått en möjlighet att inom 10 dagar från tilldelningsbeslutet ansöka om överprövning av detta. Upphandlingen kan därefter avslutas genom ett upphandlingskontrakt som skall vara skriftligt. Någon förändring av de normala civilrättsliga reglerna om när avtalsbundenhet uppstår ansågs dock inte önskvärd. Detta har medfört att överprövning av tilldelningsbeslut – i en upphandling enligt procedurreglerna likaväl som överprövning av en otillåten direktupphandling – kan ske utan hinder av att ett civilrättsligt bindande avtal slutits. I förarbetena har regeringen anfört att "[o]m civilrättslig avtalsbundenhet uppstått innan upphandlingen avslutas riskerar en upphandlande enhet att bli skadeståndsskyldig gentemot den leverantör som först tilldelats upphandlingskontraktet. Om allmän förvaltningsdomstol beslutar att upphandlingen skall göras om kan enheten inte rimligtvis fullfölja det första avtalet."<sup>19</sup> Regeringen har således utgått ifrån att en upphandlande enhet efter överprövning rättar sig efter domstolens beslut i överprövningen. Detta genom att säga upp det oriktigt ingångna avtalet för att därefter genomföra en ny korrekt upphandling och lösa ett eventuellt skadestånd med leverantören i det felaktigt ingångna avtalet.

#### **1.5.2 Regeringsrättens praxis**

NOU har i yttrande till Regeringsrätten<sup>20</sup> anfört att det enligt NOU: s mening finns en skyldighet att vid lämpligt tillfälle avsluta avtal som upprätthålls i strid med bestämmelserna i LOU. Regeringsrätten har i målet RÅ 2004 ref 24 återgett denna del av NOU: s yttrande, men samtidigt konstaterat att LOU inte ger förvaltningsdomstolarna rätt att förordna om annat än att upphandlingen skall rättas till eller göras om, således inte att säga upp ett ingånget kontrakt. Regeringsrätten har dock modifierat sitt ställningstagande i följande domar,

<sup>17</sup> Mål O 16465/05, dom meddelad den 20 december 2005. Såvitt NOU känner till har domen ännu inte vunnit laga kraft.

<sup>18</sup> Avsnittet återger information från föredraget "Setting aside concluded contracts" av Dr. Hans-Joachim Preiss som hölls på konferensen "Public Procurement Global Revolution III" den 19-20 juni 2006 vid University of Nottingham.

<sup>19</sup> Prop. 2001/02:142 sid. 78.

<sup>20</sup> Yttrande i Regeringsrättens mål nr 998-2003, dnr 2003/0176-29.

RÅ 2005 ref 10 (Ryanair-målet) och RÅ 2005 ref 17 (Trängselskattemålet) och uttalat att olagligt slutna kontrakt inte kan förhindra prövning i förvaltningsdomstol.

### **1.5.3 Ohörsamhet mot allmänna förvaltningsdomstolars domar**

Det är uppenbart att alla upphandlande enheter inte agerar som regeringen förväntade sig när lagmotiven till 2002 års lagändring skrevs. Det kanske tydligaste fallet av domstolstrots i detta avseende är det där Regeringsrätten i målet RÅ 2005 ref 10 (Ryanair-målet) dömde att en otillåten direktupphandling skulle göras om. Den upphandlande enheten har inte följt Regeringsrättens dom. Skillnaden mellan de förvaltningsrättsliga skyldigheterna enligt LOU: s procedurregler och de förutsättningar som ges i det civilrättsliga regelverket har därmed ställts på sin spets.

### **1.6 Föreslagna ändringar i rättsmedelsdirektiven**

De gällande rättsmedelsdirektivens verkan inom EU har kartlagts av Europeiska gemenskapernas kommission som har lämnat förslag till förändringar för förbättrad efterlevnad av upphandlingsdirektiven<sup>21</sup>. I förslaget betonas att "[n]är ett avtal undertecknas blir följden nästan alltid att det ifrågasatta beslutets verkningar blir oåterkalleliga. Denna situation är särskilt oroande när det är fråga om att förhindra otillbörlig tilldelning av direkt-upphandlingar, dvs. utan föregående annonsering och konkurrensutsättning."<sup>22</sup> Utifrån medlemsstaternas konstaterade underlåtelse att fullt ut ge upphandlingsreglerna dess fulla eftersträvade effekt har kommissionen därför föreslagit att nya bestämmelser skall införas i rättsmedelsdirektiven. I huvudsak tre avgörande förändringar har föreslagits.

- För det *första* föreslås att den upphandlande enheten när den avslutar ett formellt förfarande enligt procedurreglerna för upphandling i princip skall vänta med att ingå avtalet i minst 10 kalenderdagar efter den dag då tilldelningsbeslut meddelades anbudsgivarna.
- För de *andra* skall en upphandlande enhet när den anser att den har rätt att direkttilldela en upphandling med ett kontraktsvärde överstigande tröskelvärdena som huvudregel vänta med att ingå avtalet i minst 10 kalenderdagar efter en förenklad tilldelningskungörelse.
- För det *tredje* skall ett avtal som en upphandlande enhet olagligen sluter under tiodagarsfristen anses sakna verkan. Följderna av en sådan ogiltighet för avtalet skall fastställas av ett behörigt prövningsorgan. Begäran om sådan prövning skall dock ha ingivits av en leverantör

<sup>21</sup> Kommissionen förslag den 4 maj 2006 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling, (KOM(2006) 195).

<sup>22</sup> KOM(2006) 195, sid. 2.

inom en preklusionsfrist om sex månader efter det att avtalet träder i kraft.

Förslagen till nya bestämmelser i rättsmedelsdirektiven är nu föremål för förhandling mellan medlemsstaterna.

## **2 NOU: s bedömning**

Om ett civilrättsligt bindande avtal har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör, finns det enligt svensk lagstiftning ingen uttalad skyldighet att säga upp avtalet även om det i en allmän förvaltningsdomstols avgörande i en överprövning har 1) konstaterats att avtalet har ingåtts utan tillämpning av ett korrekt upphandlingsförfarande enligt LOU och 2) beslutats att upphandlingen därför skall göras om. Verkan av den nationella domstolens beslut på ett redan slutet avtal skall enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet art. 2.6 regleras i nationell rätt. I dag är utgångsläget för denna bedömning tillämpning av den civilrättsliga grundregeln att avtalet skall hållas.

Däremot har de upphandlande enheterna en absolut skyldighet att följa gemenskapens upphandlingsregler då en upphandling omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling. Varje medlemsstat är enligt det klassiska rättsmedelsdirektivet art 2.7 skyldig att ha bestämmelser som garanterar att den allmänna förvaltningsdomstolens beslut åtlyds. Mot bakgrund av de ovan redovisade resonemangen i EG-domstolen synes det i Sverige finnas brister i nuvarande lagstiftning såvitt avser sanktionsmöjligheter vid otillåtna upphandlingsförfaranden och felaktigt ingångna avtal.

Kommissionens stämning mot Tyskland i *Bockhorn och Braunschweig II* understryker vikten av att för det första upphandlande enheter i varje fall vid direktivstyrd upphandling inte ingår avtal utan att följa LOU: s procedurregler och för det andra att det i medlemslandet finns åtgärder som förhindrar fortgående brott mot upphandlingsdirektiven och ytterst mot EG-fördraget, genom att avtal som ingåtts genom ett otillåtet förfarande fortsätter att löpa och förhindrar tredje mans möjlighet att ta del av sina rättigheter på den inre marknaden. I Sverige saknas i dagsläget sanktionsmedel för att förmå upphandlande enheter att följa de allmänna förvaltningsdomstolarnas domar och det faktum att ett civilrättsligt bindande avtal vid ensidigt avslutande av avtalet från den upphandlande enhetens sida kan vara kostsamt för den upphandlande enheten är ett problematiskt faktum för den upphandlande enheten.

EG-rättsligt har den upphandlande enhetens skyldighet att avsluta upphandlingsrättsligt otillåtna avtal som är civilrättsligt bindande ännu inte slutligt klarlagts. NOU anser dock mot bakgrund av vad som framförts i detta yttrande att upphandlande enheter vid direktivstyrd upphandling snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom. Gör

upphandlande enheter inte det finns det risk för att Sverige inte fullt ut anses ha uppfyllt sina skyldigheter i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling och därmed inte uppfyllt de förpliktelser som följer av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.

För det fall en upphandling inte omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsföreskrifter måste ändå de grundläggande EG-rättsliga principerna som följer av EG-fördraget beaktas. I Sverige anses 6 kap. LOU till fullo inbegripa de grundläggande EG-rättsliga principerna. Därigenom bör Sverige kunna anses uppfylla sina skyldigheter i förhållande till EG-fördraget vad gäller upphandling som inte är direktivstyrd. Brott mot 6 kap. LOU kan därmed innebära ett åsidosättande av skyldigheter enligt EG-fördraget. Att inte följa procedurreglerna i 6 kap. kan även innebära att enbart en svensk reglering, som inte ger uttryck för en rättighet/skyldighet som härrör från EG-fördragets principer, bryts. Det kan därför ifrågasättas om en brist i Sveriges följsamhet mot skyldigheterna i EG-fördraget skall ligga till grund för ett krav på att de upphandlande enheterna skall följa en domstols dom vid upphandling enligt 6 kap LOU. Inte desto mindre bör naturligtvis alla upphandlande enheter följa en allmän förvaltningsdomstols dom även vid sådana omständigheter. NOU anser således att en upphandlande enhet snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte har ingåtts i enlighet med LOU, i synnerhet om brott mot LOU har konstaterats i lagakraftvunnen dom, även om den överträdde regeln i LOU inte har EG-rättslig bakgrund.

NOU: s bedömning får anses gälla åtminstone så länge det inte finns några sanktionsmedel i LOU eller på annat sätt som effektivt förhindrar upphandlande enheter att ingå och fullfölja avtal som inte är upphandlade på ett korrekt sätt.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 12 december 2006 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Mattias Åkerlund. Ytrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Mattias Åkerlund