

## ARKIVKOPIA

Halmstad Energi och Miljö AB  
Box 31  
301 02 HALMSTAD

### Möjligheten av avtala bort rätten till överprövning och skadestånd mm.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

NOU har den 17 oktober 2006 genom en skrivelse från KMW Energi i Norrtälje AB (KMW) tagit del av Halmstad Energi och Miljö AB:s (HEM) (tidigare Energiverken i Halmstad) förslag till avtal rörande upphandling av ett bio-bränsleeldat kraftverk. Upphandlingen faller därmed inom försörjningssektorerna över tröskelvärdena och skall följa 4 kap. LOU. I avtalsförslaget anges att även om leverantören inte uppfyllt flertalet ställda krav övervägde HEM att inte utesluta KMW:s och annan leverantörs anbud från utvärderingen under förutsättning att KMW i enlighet med avtalet förbinder sig, att vid ett vite av tio miljoner kronor, inte överklaga det kommande tilldelningsbeslutet eller ställa skadeståndsanspråk med anledning av upphandlingsförfarandet. Om avtalsförslaget inte accepterades av KMW skulle deras anbud förkastas. KMW ifrågasätter i sin skrivelse till NOU lagligheten i utformningen av detta avtalsförslag och begär att NOU skall granska den aktuella upphandlingen.

#### **NOU:s uppfattning**

\* LOU är ett tvingande regelverk som skall beaktas vid all offentlig upphandling. Rättsmedlen skall vara en garant för att EG-direktiven efterlevs. Det finns därför ingen möjlighet för en upphandlande enhet att i en upphandling ställa krav med innebörden att anbud inte kommer att uteslutas från utvärderingen under förutsättning att leverantören avtalar bort möjligheten till överprövning och skadestånd.

## 1. Bakgrund

### 1.1 Ärendet

NOU har tagit del av ett av HEM utarbetat avtalsförslag rörande upphandling av biobränsleeldat kraftvärmeverk. I avtalsförslaget framgår att oberoende av att KMW inte uppfyllt i förfrågningsunderlaget flertalet ställda krav överväger HEM att inte utesluta KMW:s anbud från utvärderingen om KMW i enlighet med avtalet frånträder sin rätt till överprövning och skadestånd i anledning av upphandlingsförfarandet. KMW har inte begärt överprövning av upphandlingen i fråga, men önskar få utrett om den aktuella upphandlingen är förenlig med LOU. KMW valde först att underteckna och översända avtalet till HEM, men har därefter dragit tillbaka sitt anbud. De krav som KMW inte uppfyllde och som bidrog till att anbudet inte kvalificerade sig var bl.a. att KMW utlämnade organisationsplan med platsorganisation som angav funktioner, befattningshavare samt deras kompetens. Dessutom har KMW lämnat delar av anbudet på engelska trots att hela anbudet skulle skrivas på svenska.

I avtalsförslaget framgår bl.a. följande. I syfte att bredda kompetensen i anbudsfrågan överväger HEM i paragraf 1.1 3 stycket att inte utesluta KMW:s anbud från utvärderingen. Detta under förutsättning att KMW "förbinder sig att i framtiden inte överklaga det kommande tilldelningsbeslutet, eller att ställa skadeståndsanspråk i anledning av upphandlingsförfarandet". Vidare framgår enligt paragraf 2.1 att "med upphandlingsförfarandet avses i avtalet de regler som gäller för offentlig upphandling i enlighet med dels EU:s direktiv, dels LOU och dels Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) och dels genom sedvänja, praxis och partsbruk".

I paragraf 3.1 i avtalet friskriver sig HEM genom att KMW i paragrafen förbinder sig att "inte på något sätt överklaga upphandlingsförfarandet till vare sig länsrätt, förvaltningsrättslig eller civilrättslig domstol, eller till annan myndighet, inom eller utom Sverige". Dessutom förbinder sig KMW att inte göra civilrättsliga anspråk på skadestånd med anledning av upphandlingen. Förutsättningarna för avtalet är i enlighet med punkt 5.1 i avtalet förknippade med ett vite om tio miljoner kronor om KMW inte fullföljer sina åligganden.

HEM har anfört bl.a. följande. HEM framhöll i en skrivelse den 15 januari 2007 att KMW undertecknat avtalet och därmed villkoret att inte vidta rättsliga åtgärder i anledning av upphandlingen. Anledningen till att HEM valt att eventuellt anta anbud som inte uppfyller kraven anges vara att en försening av upphandlingen skulle orsaka stora förluster för dem.

HEM har i samma skrivelse anfört och förtydligat bl.a. att KMW visserligen inte uppfyllde de uppställda kraven i förfrågningsunderlaget, men att marknaden för leverantörer för ifrågavarande energiverk var synnerligen liten med ett

begränsat antal leverantörer och att det samtidigt rådde ett kritiskt behov avseende produktion av energi i Halmstad. Det var därför väsentligt att aktuellt värmeverk skulle kunna stå klart under 2007. Utgångspunkten för avtalens uppkomst var att en ny upphandling enbart skulle försämra och fördyra upphandlingen samt att HEM ansåg att samma aktörer antagligen skulle återkomma med samma anbud. HEM hävdar också att dessa omständigheter gav fog för och uppfyllde kraven för att direktupphandla värmeverket pga. synnerlig brådska. De anför också att syftet med LOU uppenbart skulle förfelas om inte upphandlingen kunde slutföras med någon av anbudsgivarna då en förseening enbart skulle leda till fördyringar. HEM anser vidare att förfarandet att avtala bort överprövningsmöjligheten avseende tilldelningsbeslutet inte står i strid med LOU eller dess syfte och att lagen har följts då båda återstående parter undertecknat det aktuella avtalet.

### **1.2 Utgångspunkter för yttrandet**

Yttrandet avser undersöka om den aktuella upphandlingen överensstämmer med LOU avseende;

Möjligheten för en upphandlande enhet att i en upphandling ställa krav med innebörden att anbud inte utesluts från utvärderingen under förutsättning att leverantören avtalar bort möjligheten till skall till överprövning och skadestånd. NOU tar därmed inte ställning till HEM:s hantering av upphandlingen i övrigt.

## **2. NOU:s bedömning**

### **2.1 Möjlighet att avtala bort rätten till överprövning och skadestånd**

#### **2.1.1 Bakgrund**

LOU infördes som en följd av Sveriges inträde i EES-avtalet och för att uppfylla de förpliktelser som följer av EU-medlemskapet.<sup>1</sup> Förpliktelserna framgår ur ett antal EG-direktiv som rör procedurregler<sup>2</sup> för de upphandlande enheternas upphandlingar och rättsmedel vid överträdelse av dessa procedurregler.<sup>3</sup> De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna från EG-fördraget anses också omfattas av LOU.<sup>4</sup> Sveriges förpliktelser i enlighet med EG-direktiven avser upphandlingar vars värde överstiger i lagen särskilt angivna tröskelvärden. Upphandlingar som inte omfattas av direktiven regleras i 6 kap.

<sup>1</sup> 1 kap. 1 § 2 stycket LOU.

<sup>2</sup> De EG-direktiv, angående offentlig upphandling, som Sverige måste följa är, direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG.

<sup>3</sup> Rättsmedelsdirektiven består av Rådets direktiv 89/665/EEG för den klassiska sektorn och Rådets direktiv 92/13/EEG för försörjningssektorn och är införlivade i LOU:s 7 kapitel.

<sup>4</sup> De utgörs bl.a. av likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen och anses framgå av 1 kap. 4 § LOU.

LOU. Emellertid omfattas även upphandlingar under tröskelvärdena av de gemenskapsrättsliga principerna. I det aktuella fallet skall upphandlingen följa 4 kap. LOU och omfattas därmed av direktiven för offentlig upphandling.

### **2.2.1 Rättsmedel**

De rättsmedel som finns att tillgå för förfördelade leverantörer är dels överprövning av pågående upphandling och dels skadestånd vid avslutad upphandling. Rättsmedlen i LOU har sin grund i rättsmedelsdirektiven och är en följd av Sveriges skyldigheter gentemot EU att införa effektiva rättsmedel som garanterar åsidosättandet av olagliga beslut. I svensk rätt har detta prövningsförfarande införts för såväl direktivstyrda upphandlingar enligt 2-5 kap. LOU som icke direktivstyrda upphandlingar enligt 6 kap. nämnda lag.

Att leverantörer som anser att "han lidit eller kan komma att lida skada" får ansöka om överprövning framgår av 7 kap. 1 § LOU. Leverantörers rätt till skadestånd kommer till uttryck i 7 kap. 6 § LOU där det stadgas att "En upphandlade enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör". Enligt 7 kap. 7 § LOU som berör anbudsgivare som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. LOU är leverantören uttryckligen "berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen".

### **2.3 Rättsmedelsdirektiv**

Syftet med EG:s rättsmedelsdirektiv är att garantera att de gemenskapsrättsliga principerna och upphandlingsdirektivens bestämmelser följs av de upphandlande enheterna, att felaktiga förfaranden kan stoppas eller rättas till och att en förfördelad leverantör kan få skadestånd för den skada han kan visa sig ha lidit. Av preambeln till rättsmedelsdirektiv 92/13/EEG anges att "Det är nödvändigt att väsentligt förbättra garantier för insyn och behandling på lika villkor, och för att garantierna skall få påtaglig verkan måste effektiva möjligheter att snabbt få rättelse stå till buds".

Av rättsmedelsdirektiven följer också att medlemsstaterna är skyldiga att tillse att skadestandsregler finns så att en leverantör som har eller har haft intresse av att få ett offentligt avtal och som har lidit eller kan komma att lida skada till följd av en påstådd överträdelse av upphandlingsbestämmelserna kan få ersättning för skadan. Enligt preambeln till rättsmedelsdirektivet 92/13/EEG skall skadestandsregler och "möjlighet att begära skadestånd alltid finnas".

Rättsmedelsdirektivet 92/13EEG är inte dispositivt utan föreskriver i artikel 1 "att medlemsstater skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att beslut av upphandlande enheter skall kunna prövas noga och snabbt för att avgöra huruvida besluten strider mot gemenskapslagstiftningen om upphandling eller mot nationella regler som har tillkommit för att infria gemenskapslagstiftningen".

## **2.4 Rätten att få ett tilldelningsbeslut överprövat**

I EG-domstolens dom i målet Alcatel<sup>5</sup> uttolkades de nu gällande rättsmedelsdirektiven.<sup>6</sup> Domstolen slog fast att medlemsstaterna var skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande, genom vilket klaganden kan utverka ett undanröjande av den upphandlande enhetens beslut om vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsproceduren skall tilldelas kontraktet (tilldelningsbeslutet). Det konstaterades också att det skall göras en åtskillnad mellan stadiet innan ett upphandlingskontrakt upprättats och tiden efter. De åtgärder som ett prövningsorgan kan göra gällande i stadiet innan en upphandling är avslutad är att undanröja olagliga beslut och interimistiskt besluta att en upphandling inte får avslutas. Med dessa åtgärder avses att åstadkomma rättelse och korrigera begångna överträdelser på ett tidigt stadium och förhindra ytterligare skada. Enligt förarbetena innebär Alcateldomen att "medlemsstaterna skall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket den klagande kan utverka ett undanröjande av ett tilldelningsbeslut och detta oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet väl ingåtts".<sup>7</sup>

## **2.5 Avtalsrättsligt perspektiv**

LOU bygger på att en upphandling avslutas med ett upphandlingskontrakt och att överprövning är möjlig fram till dess att kontrakt är undertecknat och att den så kallade tiodagarsfristen löpt ut.<sup>8</sup> Frågan om civilrättslig bundenhet avtalsparter emellan regleras emellertid inte i LOU utan ses som en privaträttslig reglering. Syftet med lagen har inte varit att vid sidan det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk mellan privaträttsliga -- och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att införa upphandlingsdirektiven.<sup>9</sup> Avtalsrättsliga frågor regleras således genom lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen).<sup>10</sup> I Sverige råder avtalsfrihet och som utgångspunkt lägger avtalslagen inte några begränsningar i vad parterna avtalar om.<sup>11</sup>

## **2.6 LOU - tvingande lag**

Vad som däremot begränsar avtalsfriheten vad gäller den offentliga upphandlingen är att LOU är en tvingande lag. LOU skall följas av upphandlande enheter och leverantörer för att skapa en konkurrensutsatt och ekonomiskt effektiv marknad. En upphandlande enhet kan inte uppställa krav på att en leveran-

<sup>5</sup> C-81/98 Alcatel Austria m.fl.

<sup>6</sup> Direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg - och anläggningsarbeten.

<sup>7</sup> Prop. 2001/2002:142 s. 78.

<sup>8</sup> 7 kap. 1 § LOU.

<sup>9</sup> Prop. 2001/2002:142 s. 74.

<sup>10</sup> Prop. 2001/2002:142 s. 74.

<sup>11</sup> Jfr 3 kap. AvtL.

tör skall avtala bort rätten till dessa handlingspliktsregler. LOU är visserligen en procedurlag som reglerar upphandlingen i Sverige, men tillskriver också leverantörer rättigheter om överprövning och skadestånd som härrör från gemenskapsrätten.

### **2.7 Gemenskapsrättens företrädare**

Det är inte möjligt att åberopa nationell rätts företrädare, så som svensk avtalsrätt, framför gemenskapsrätten, eftersom staterna i och med sitt medlemskap i EU begränsat sina suveräna rättigheter. På de rättsområden där det existerar både nationella och gemenskapsrättsliga regler och dessa motsäger varandra skall gemenskapsrätten ha företrädare.<sup>12</sup> Tanken bakom principen om gemenskapsrättens företrädare är att om medlemsländerna beslutar sig för att ha gemensamma regler inom ett rättsområde så skall dessa regler också följas.<sup>13</sup> Principen om gemenskapsrättens företrädare är också fastslagen av EG-domstolen.<sup>14</sup>

EG-domstolens dom i mål C-503/04<sup>15</sup> ger ytterligare stöd för att den svenska avtalsrätten inte kan äga företrädare i frågan om möjligheten att avtala bort rättigheter som stadgas i LOU och gemenskapsrätten. I domen konstateras att ”en medlemsstat inte kan åberopa bestämmelser, praxis eller förhållanden i sin interna rättsordning som grund för att underlåta att iakttä skyldigheter som följer av gemenskapsrätten...”<sup>16</sup> Enligt generaladvokatens förslag till avgörande skulle det ”stå i strid med kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten i alla medlemsstater i Europeiska unionen att tillerkänna vissa medlemsstater en särskild ställning till följd av den nationella lagstiftningens särskilda beskaffenhet.”<sup>17</sup>

### **3. NOU:s sammanfattande bedömning**

I sitt avtalsförslag har HEM kringgått bestämmelserna i direktiven och LOU. Rätten att få en upphandling överprövad eller att retroaktivt kompenseras med skadestånd för en felaktigt genomförd upphandling är grundläggande och avgörande för ett fungerande regelverk om offentlig upphandling. Syftet med de rättsmedel som återfinns i LOU och rättsmedelsdirektiven är att framtvunga en efterlevnad av gemenskapens upphandlingsregler genom att verka preventivt

<sup>12</sup> Fördragen innehåller inte någon regel som direkt stadgar gemenskapsrättens företrädare, denna princip har i stället av EG-domstolen tolkats in principen ur de skyldigheter som medlemsländerna har pga. fördragen. En av de viktigaste utgångspunkterna har varit lojalitetsprincipen som stadgas i art. 10 i EG-fördraget.

<sup>13</sup> ”EU:s konstitution Maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna”, Melin, Schäder, s. 44 ff.

<sup>14</sup> Bl.a. genom dom i mål C-6/64, Costa/.ENEL [1964] ECR 1141 och mål C-106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato/ Simmenthal[1978] ECR 62.

<sup>15</sup> Domstolens dom den 18 juli 2007. Målet rörde Tysklands fördragsbrott att underlåta uppsägning av avtal. EG-domstolen dömde mot Tyskland.

<sup>16</sup> Mål C-503/04 punkt 37.

<sup>17</sup> Förslag till avgörande i mål 503/04 punkt 73.

mot regelöverträdelser och därmed främja den fria rörligheten på den inre marknaden och att möjliggöra väl fungerande marknader för offentlig upphandling inom EU.

Det finns med anledning av EG-rättens företräde och Sveriges skyldigheter gentemot gemenskapen (så som framgår i EG-fördraget och upphandlingsdirektiven) inte någon möjlighet att vare sig avtala bort rätten till överprövning eller innan en upphandling är avslutad avtala bort rätten till skadestånd. De upphandlande enheterna har skyldighet att följa direktiven och nationella upphandlingsregler tillkomna för att implementera dessa. LOU är inte en dispositiv lag och den upphandlande enheten kan inte genom ett avtal, som i det aktuella ärendet, frånhända leverantören rätten till skadestånd eller rätten till att få en upphandling överprövad.

NOU avslutar ärendet.

---

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 augusti 2007 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommersrådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Dan Holke, Börje Hed, teknologie doktor, verkställande direktören Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av Eva Jilkén. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING



Eva Jilkén

För kännedom :  
KMW Energi i Norrtälje AB  
Halmstad Energi och Miljö AB:s revisorer  
Att: Hasse Persson