



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
HT-2018

Examensarbete i förvaltningsrätt, särskilt offentlig upphandling
30 högskolepoäng

Utrymmet för rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar enligt 4 kap 9 § LOU

The scope for corrections of errors, clarifications
and additional information pursuant to Chapter 4
Section 9 in the Swedish Public Procurement Act

Författare: Jesper Fahlgren
Handledare: Professor Olle Lundin



Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska unionen
EUf-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
Prop	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
ÄLOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
ÄLUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Innehållsförteckning

1 Inledning

1.1	Ämnet	1
1.2	Syfte och frågeställning	2
1.3	Avgränsningar	2
1.4	Metod och material	3
	1.4.1 Inledning	3
	1.4.2 Rättsdogmatisk metod	3
	1.4.3 EU-rättslig metod	5
1.5	Terminologi	6
1.6	Disposition	7

2 Rättslig bakgrund

2.1	Inledning	9
2.2	Upphandlingsregelverkets tillämpningsområde	9
2.3	Målsättningarna med offentlig upphandling	10
2.4	De grundläggande principerna	11
	2.4.1 Allmän utgångspunkt	11
	2.4.2 Principen om likabehandling	13
	2.4.3 Principen om öppenhet	14
	2.4.4 Principen om icke-diskriminering	14
	2.4.5 Principen om ömsesidigt erkännande	15
	2.4.6 Principen om proportionalitet	15
	2.4.7 Principen om konkurrens	15
2.5	Bristfälliga handlingar i upphandlingsprocessen	16
2.6	Åtgärda eller förkasta – ett mångfacetterat problem	18

3 Rättelse av fel, förtydligande och komplettering – 4 kap 9 § LOU

3.1	Inledning	19
3.2	Allmänt om 4 kap 9 § LOU	19
3.3	Rättelser av fel	21
3.4	Förtydliganden och kompletteringar	22
3.5	Sammanfattande analys och slutsatser	23

4	Likabehandling och öppenhet enligt EU-domstolen	
4.1	Inledning	25
4.2	Den principiella utgångspunkten	25
4.3	Mål C-87/94, Wallonska bussarna	26
4.3.1	Bakgrund	26
4.3.2	Ramen för att beakta tillägg efter anbudsöppnande	26
4.3.3	Ett gemensamt uttalande och ett förslag till avgörande	27
4.4	Mål C-599/10, Slovensko	28
4.4.1	Bakgrund	28
4.4.2	Ingen allmän skyldighet att begära åtgärdande av brister	28
4.4.3	Utrymmet för att begära åtgärdande av brister	29
4.4.4	Krav avseende begäran om åtgärd	30
4.5	Mål C-336/12, Manova	31
4.5.1	Bakgrund	31
4.5.2	Uppgifter som objektivt kan kontrolleras och kravutformning	32
4.6	Mål C-131/16, Archus och Gama	33
4.6.1	Bakgrund	33
4.6.2	Utrymmet för att åtgärda provexemplar	33
4.6.3	En principiellt viktig, men förbisedd fråga	34
4.7	Sammanfattande analys och slutsatser	36
4.7.1	Inledande anmärkningar	36
4.7.2	Utgångspunkt för bedömningen	36
4.7.3	Förutsättningar och krav för att åtgärda bristfälliga anbud	37
5	Bristfälliga handlingar i svensk rättspraxis	
5.1	Inledning	39
5.2	HFD 2016 ref 37	39
5.2.1	Bakgrund	39
5.2.2	Möjligheten att åtgärda brister avseende obligatoriska krav	40
5.2.3	Avgörandets betydelse	41
5.3	Kammarrätterna	42
5.3.1	Inledande anmärkningar	42
5.3.2	Utelämnade uppgifter	42
5.3.3	Avvikande uppgifter	45
5.3.4	Klargörande uppgifter	47

5.3.5	Felaktiga uppgifter	48
5.3.6	Uppgifter hos tredje part	49
5.4	Sammanfattande analys och slutsatser	50
5.4.1	Inledande anmärkningar	50
5.4.2	Utgångspunkt för bedömningen	50
5.4.3	Fallen i vilka bristfälliga anbud ska förkastas	51
5.4.4	Fallen i vilka bristfälliga anbud får åtgärdas	52
6	Utrymmet för att åtgärda bristfälliga handlingar	
6.1	Inledning	54
6.2	När är det tillåtet att åtgärda bristfälliga handlingar?	54
6.2.1	Rättskällornas inbördes förhållande	54
6.2.2	Betydelsen av upphandlingsdokumentens utformning	55
6.2.3	Betydelsen av vilken åtgärd som vidtas	56
6.2.4	Betydelsen av vilken brist som föreligger	57
6.2.5	Betydelsen av tillvägagångssättet	60
6.3	Avslutande diskussion – rättslägets ändamålsenlighet	61

Källförteckning

1 Inledning

1.1 Ämnet

För den som vill sälja till den offentliga sektorn i Sverige är noggrannhet en dygd. När behovet av en vara, tjänst eller byggtreprenad uppstår vänder sig den upphandlande myndigheten till den privata sektorn med ett upphandlingsdokument i vilket den bland annat beskriver vad som ska upphandlas och vilka krav som intresserade leverantörer ska uppfylla för att kunna konkurrera om kontraktet. Kravlistan är ofta omfattande och leverantörerna är inte mer än människor. När anbudstiden har löpt ut hör det därför inte till ovanligheterna att de inlämnade handlingarna innehåller felaktigheter, är otydliga eller saknar uppgifter. I den uppkomna situationen ankommer det enligt 4 kap 9 § LOU på den upphandlande myndigheten att, innan den utser en vinnande anbudsgivare, ta ställning till huruvida bristen ifråga ska få rättas, förtydligas eller kompletteras eller om anbudet ska förkastas på grund av att kraven inte är uppfyllda.

Dilemmat är inte okomplicerat. Det finns å ena sidan ett intresse av att tillåta ett åtgärdande av bristerna eftersom det innebär en ökad konkurrens i upphandlingen som kan ha positiva effekter på variation, kvalitet och pris. Å andra sidan kan ett sådant medgivande anses oförenligt med principerna om likabehandling och öppenhet, vilka ska iakttas enligt paragrafens andra stycke. Detta motsatsförhållande har adresserats i såväl domstol som i förarbeten och doktrin.¹ Frågan om utrymmet för att åtgärda brister i inlämnade handlingar upphör för den delen inte att vålla huvudbry och frustration hos upphandlande myndigheter som ska fatta beslut härom och hos leverantörer som får sina anbud förkastade på grund av vad som kan framstå som obetydliga missar.²

¹ Se t.ex. HFD 2016 ref 37 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 590–591-18. Bland remissinstanserna framhölls 4 kap 9 § som den svåraste och mest tvistedrivande bestämmelsen i LOU. Se prop 2015/16:195, s 445. Problematiken nämns i förbigående i SOU 2011:73, s 44 och uppmärksammas i anknytning till förslaget om ökat dialogutrymme i upphandling under tröskelvärdena i SOU 2018:44, s 295 ff. I doktrin har ämnet behandlats översiktligt av bl.a. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*; Pedersen, *Upphandlingens grunder*; Forssell, Lexino och Lindahl, *LOU och upphandlingsprocessen*.

² Vid tillfrågan har företrädare för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer uppgett att de ser utrymmet för åtgärder av brister som otillfredsställande begränsat enligt den nuvarande regleringen och rättstillämpningen. Se SOU 2018:44, s 295.

Eftersom önskemål om att få rätta, förtydliga och komplettera uppgifter ofta förs fram vid offentliga upphandlingar är det påkallat att försöka bringa klarhet i frågan om när sådana åtgärder är förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet. Sett till missnöjet som upphandlande myndigheter och leverantörer har uttryckt är det även motiverat att diskutera rättslägets ändamålsenlighet och vilka eventuella förändringar som kan vara lämpliga.

1.2 Syfte och frågeställning

I ljuset av den inledande ämnesbeskrivningen är avsikten med denna uppsats att utröna när det är tillåtet respektive otillåtet att åtgärda bristfälliga handlingar efter att anbuds-tiden har löpt ut. För att konkretisera detta syfte uppställs följande frågeställning:

- När är en begäran om rättelse av fel, förtydligande eller komplettering förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet enligt 4 kap 9 § LOU?

Mot bakgrund av vad som framkommer vid utredningen av denna frågeställning förs även en avslutande diskussion om rättslägets ändamålsenlighet.

1.3 Avgränsningar

Föremål för undersökning är utrymmet för att åtgärda brister i ingivna handlingar vid offentlig upphandling. Avgränsningen till den klassiska sektorn motiveras av praktiska skäl och innebär att 4 kap 9 § LOU står i centrum. Samtliga rättskällor utforskas således i syfte att klargöra paragrafens innebörd och för att bedöma dess ändamålsenlighet.

I skrivande stund har varken 4 kap 9 § LOU eller artikel 56.3 i LOU-direktivet, vilken paragrafen genomför, hunnit tillämpas i betydande utsträckning. För att utröna den principiella innebörden av kraven på likabehandling och öppenhet utforskas därför även hur dessa har uttolkats i förhållande till de äldre motsvarigheterna i ÄLOU och ÄLOU-direktivet samt de likalydande stadgandena i LUF och LUF-direktivet.³ Av utrymmes-

³ Se 9 kap 8 § ÄLOU och artikel 51 i ÄLOU-direktivet respektive 4 kap 8 § LUF och artikel 76.4 LUF-direktivet med äldre motsvarigheter. Jfr prop 2015/16:195, s 447, 977 och 1194 samt SOU 2018:44, s 298. Hur 4 kap 9 § LOU förhåller sig till artikel 56.3 i LOU-direktivet och 9 kap 8 § ÄLOU berörs mer ingående i avsnitt 3.2.

mässiga och lagsystematiska skäl berörs inte möjligheterna att åtgärda bristfälliga handlingar enligt LUFSS och LUK.

Regleringen i 4 kap 9 § tillhör LOU:s allmänna bestämmelser och är därmed generellt tillämplig när brister i inlämnade handlingar uppmärksammas.⁴ I 6 kap LOU finns särskilda regler som gäller företrädesvis i detta avseende beträffande anbud som lämnas in i förfaranden för inrättande av innovationspartnerskap eller förfaranden som bygger på förhandling eller dialog.⁵ Spörsmål som faller under dessa specialregler behandlas inte. Inte heller behandlas frågor som rör onormalt låga anbud. Sådana anbud kan i och för sig ses som en form av bristfälliga handlingar, men även för dessa gäller särskilda regler som träder in istället för bestämmelsen i 4 kap 9 § LOU.⁶

1.4 Metod och material

1.4.1 Allmänt

För att utreda och besvara uppsatsens frågeställning i enlighet med svensk rätt och därmed införlivad EU-rätt används en rättsdogmatisk respektive EU-rättslig metod.

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Vad som utmärker en rättsdogmatisk undersökning har diskuterats flitigt. Den gängse uppfattningen får anses vara att den rättsdogmatiska uppgiften går ut på att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt.⁷ Mer konkret handlar det om att åstadkomma en koherent och auktoritativ utsaga om rättsläget med grund i rättskälleläran.⁸ För att

⁴ Jfr prop 2015/16:195, s 447 och Pedersen, Upphandlingens grunder, s 32 ff.

⁵ Förfarandereglererna i 6 kap LOU är lex specialis i förhållande till 4 kap 9 § LOU. T.ex. får anbudsgivare enligt 6 kap 26 § LOU vid konkurrenspräglad dialog optimera sitt anbud vilket, till skillnad från åtgärder enligt 4 kap 9 § LOU, innebär att anbudet ändras i materiellt hänseende. Se prop 2015/16:195, s 447 f.

⁶ Beträffande onormalt låga anbud är den upphandlande myndigheten alltid skyldig att begära förklaring av det låga priset eller kostnaden enligt 16 kap 7-8 §§ LOU. Detta innebär en bedömning som är frikopplad från den som ska göras i ljuset av kraven på likabehandling och öppenhet enligt 4 kap 9 § LOU.

⁷ Se Olsen, SvJT 2004 s 111 f, Peczenik, SvJT 2005 s 249 och Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 43. Kleineman och Jareborg talar om rekonstruktion av rättssystem och rättsregler, se Rättsdogmatisk metod, s 21 och SvJT 2004 s 4. Lambertz använder sig av termerna deskriptiv rättsdogmatik de lege lata och konstruktiv rättsdogmatik de lege lata, SvJT 2002 s 265 ff.

⁸ Jfr Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 43; Peczenik, SvJT 2005 s 249 ff och Olsen SvJT 2004 s 118 ff.

utröna vad som är gällande rätt enligt 4 kap 9 § LOU utforskas därmed lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.⁹

Metodiken påminner om den som en domare använder sig av, dock med den viktiga skillnaden att beslut inte ska fattas om faktiska förhållanden utan att man istället eftersträvar ett resultat av generell räckvidd.¹⁰ I den rättsdogmatiska argumentationen är det således även tillåtet att gå utanför gällande rätt för att söka efter ideala lösningar.¹¹ Ett sådant vidgat perspektiv blir aktuellt vid diskussionen om rättslägets ändamålsenlighet. Eftersom rättsdogmatiken är systemintern kommer jag dock alltjämt att utgå från de auktoritativa rättskällorna så att det är möjligt att identifiera rättssystemet.¹²

Det för uppsatsen aktuella lagrummet är i skrivande stund sparsamt avhandlat i de svenska rättskällorna och har för övrigt sin grund i EU-rätten. Synen på vilka rättskällor som är relevanta för utredningen är därmed tämligen vid.

I brist på vägledande avgöranden från HFD ges kammarrättspraxis en framträdande roll vid fastställandet av hur den svenska rättstillämparen ser på möjligheterna att åtgärda bristfälliga anbud.¹³

Utöver rättskällorna som uttryckligen avser 4 kap 9 § LOU, är uttolkningen av såväl äldre svenska regler som bakomliggande direktivregler av intresse. Undersökning av äldre rätt kan sägas ligga i en rättsdogmatisk gråzon eftersom metoden syftar till att fastställa vad som är gällande rätt. Beroende på omständigheterna kan emellertid utformningen och tillämpningen av tidigare regler vara av värde för förståelsen av gällande rätt.¹⁴ Eftersom 4 kap 9 § LOU är en förhållandevis nyttillkommen reglering,

⁹ Jfr Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s 21.

¹⁰ Jfr Olsen, SvJT 2004 s 113.

¹¹ Se Jareborg, SvJT 2004 s 4. Jfr Lambertz som anser att rättsvetenskap ska söka kontakt med verkliga problem och kunna vara nyttig även för lagstiftaren, SvJT 2002 s 261 ff. Vissa ger rättsdogmatiken en snävare innebörd och anser att resonemang de lege ferenda får inordnas under en annan metod. Se Olsen, SvJT 2004 s 118 ff; Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 46 och Agell, SvJT 2002, s 247 f.

¹² Jfr Jareborg, SvJT s 4.

¹³ Kammarätterna rangordnas förvisso lägre än HFD i rättskällehierarkin, se Sandgren, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, s 44 och Kleineman, Rättsdogmatisk metod, s 24. Men p.g.a. den allmänt rådande bristen på vägledande avgöranden från HFD har kammarrättspraxis kommit att tillmätas ett förhållandevis betydande utrymme på upphandlingsområdet. Se t.ex. prop 2015/16:195, s 977 och SOU 2018:44, s 302.

¹⁴ Olsen, SvJT 2004 s 117, not 79.

som ännu inte har avhandlats utförligt och i flera betydande avseenden motsvarar de äldre motsvarigheterna, bedöms så vara fallet här.¹⁵

1.4.3 EU-rättslig metod

Eftersom den aktuella regleringen härstammar från EU, närmare bestämt artikel 56.3 i LOU-direktivet, ska EU-rätten genomsyra uttolkningen av denna enligt principerna om dess företräde och om direktivkonform tolkning.¹⁶ Skillnaderna och relationen mellan Sveriges och EU:s rättsordningar innebär att emellertid rättskällorna till dessa inte kan behandlas på samma sätt.¹⁷ För att närmare utforska hur EU-rätten påverkar förståelsen av 4 kap 9 § LOU används därför en EU-rättslig metod.¹⁸

Den EU-rättsliga metoden innefattar olika slags tolkningsprinciper, varav teleologisk tolkning är den mest centrala och den som huvudsakligen används i denna uppsats.¹⁹ Härmed anläggs ett ändamålsorienterat förhållningssätt, vilket innebär att inte bara lydelsen i bestämmelserna beaktas, utan även sammanhanget och bakomliggande syfte.²⁰

De viktigaste EU-rättskällorna är fördragen och de allmänna rättsprinciperna samt bindande sekundärrätt, däribland LOU-direktivet.²¹ Dessa rättskällor är ofta vaga, kortfattade och därmed i behov av precisering. Denna uppgift tillfaller enligt artikel 19 i

¹⁵ Se mer om hur 4 kap 9 LOU förhåller sig till 9 kap 8 § ÄLOU i avsnitt 3.2.

¹⁶ Företrädesprincipen slogs fast av EU-domstolen i mål C-6/64, Costa/E.N.E.L., och innebär att EU-rätten äger företräde framför nationella bestämmelser vid normkonflikt. Principen om direktivkonform tolkning etablerades i mål C-14/83, von Colson, p 15. Principen innebär en skyldighet för nationella domstolar och myndigheter att så långt det är möjligt tolka nationell rätt i ljuset av innehållet och syftet i de på området gällande direktiven. Se vidare målen Henkel, C-218/01, p 60 och Tögel, C-76/97, p 25. Jfr Bernitz m.fl., Europarätten, s 66, s 75 f och Pedersen, Upphandlingens grunder, s 26.

¹⁷ Se exempelvis mål C-26/62, van Gend & Loos, i vilket EU-domstolen konstaterar att EU-rätten utgör en ny rättsordning inom folkrätten. Jfr Reichel, EU-rättslig metod, s 109.

¹⁸ Se mer om den EU-rättsliga metoden i Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod; Reichel, EU-rättslig metod s 109 ff och Bernitz m.fl., Europarätten, s 57 ff.

¹⁹ De andra tolkningsprinciperna är språklig, systematisk respektive syftesorienterad tolkning. Jfr Bernitz m.fl., Europarätten, s 74 f samt Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 168 ff. Se vidare mål C-283/81, CILFIT, p 20.

²⁰ Jfr Reichel, EU-rättslig metod, s 122 f samt Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 158 f.

²¹ Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 40 ff och Bernitz m.fl., Europarätten, s 63 ff.

EU-fördraget exklusivt EU:s domstolar.²² En betydande del av unionsrätten står därmed att finna i EU-domstolens rättspraxis.²³

EU-rättsliga källor som inte är bindande i sig är bland annat förarbeten, generaladvokatens förslag till avgöranden och doktrin.²⁴ Dessa innehåller emellertid utförliga resonemang som kan utveckla och nyansera domstolarnas ofta knapphändiga domskäl.²⁵ Likaså är LOU-direktivets beaktandesatser av intresse för att tyda direktivets ändamål och innehåll i övrigt.²⁶

1.5 Terminologi

I framställningen används en rad upphandlingsrättsliga begrepp, varav några är mer centrala än andra. För att klargöra begreppens innebörd och minska risken för missförstånd är det motiverat med en kort terminologisk redogörelse.

Begrepp som definieras i LOU, och i förekommande fall LOU-direktivet, används här i enlighet med legaldefinitionen.²⁷ Med ”upphandlande myndighet” avses således statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och lands- ting, vissa offentligt styrda organ samt sammanslutningar av en eller flera av nämnda myndigheter, församlingar eller offentligt styrda organ.²⁸ ”Leverantör” är den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.²⁹ Begreppet ”anbudssökande” syftar på de som ansöker om eller inbjuds att delta i vissa förfaranden.³⁰ Leverantörer som har lämnat anbud kallas för ”anbudsgivare”.³¹

²² Artikel 19.1 i EU-fördraget. Se vidare Reichel, EU-rättslig metod, s 111 f samt Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 49 f.

²³ Jfr Bernitz m.fl., Europarätten, s 70. Även Tribunalens avgöranden är av visst intresse.

²⁴ Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 40.

²⁵ Se mer om EU:s rättskällor i Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 113 ff, Bernitz m.fl., Europarätten, s 70 ff och Reichel, EU-rättslig metod, s 127 ff.

²⁶ Jfr Bernitz m.fl., Europarätten, s 71 f. Beaktandesatserna kallas även ”skäl”.

²⁷ Se 1 kap 8-24 §§ LOU samt, i förekommande fall, 1 kap 7-25 §§ LUF och 2 kap LUF5.

²⁸ 1 kap 18 och 22 §§ LOU. Se prop 2015/16:195, s 942 ff och prop 2006/07:128, s 145 ff och 306 f. Jfr ”upphandlande enhet” enligt 1 kap 22-23 §§ LUF och 2 kap 25-26 §§ LUF5.

²⁹ 1 kap 16 § LOU.

³⁰ 1 kap 8 § LOU.

³¹ Artikel 2.11 i LOU-direktivet. LOU har ingen legaldefinition av ”anbudsgivare” eftersom lagstiftaren såg detta som överflödigt. Jfr prop 2015/16:195, s 340.

Begreppen rättelse, förtydligande och komplettering definieras inte i LOU. Inte heller definieras motsvarande begrepp i LOU-direktivet.³² I propositionen ges en kort beskrivning som jag har valt att utgå från.³³ Enligt denna beskrivning innebär ”rättelse” i formell mening att redan lämnade uppgifter ändras, fast i reell mening ses anbudet som oförändrat efter rättelsen. ”Förtydligande” och ”komplettering” beskrivs i sin tur som att lämnade uppgifter konkretiseras, till exempel genom att ytterligare upplysningar eller handlingar ges in. ”Åtgärder” används som ett samlingsnamn för rättelse, förtydligande och komplettering.³⁴ Med ”handlingar” åsyftas anbud, anbudsansökningar och andra inlämnade dokument.³⁵ Begreppen ”brist” och ”bristfälliga” används med syftning på när de uppgifter som anbudsgivarna har lämnat in inte till fullo anses motsvara det som framgår av upphandlingsdokumenten, varmed frågan om åtgärder får vidtas uppstår.

1.6 Disposition

För att utreda och besvara uppsatsens frågeställning har den fortsatta framställningen strukturerats enligt följande.

I kapitel 2 introduceras läsaren till det upphandlingsrättsliga sammanhang i vilket frågor om rättelse, förtydligande och komplettering uppstår och mot bakgrund av vilket uppsatsens frågeställning kommer att besvaras. I kapitlet avhandlas regelverket, dess syfte, de grundläggande principerna och upphandlingsprocessen. Kapitlet avslutas med en belysning av den problematik som gör sig gällande när ställning ska tas till huruvida bristfälliga anbud ska få åtgärdas eller ej.

I kapitel 3 avhandlas innebörden av regleringen i 4 kap 9 § LOU. Kapitlet syftar till att belysa lagstiftarens inställning till möjligheten att rätta, förtydliga och komplettera inlämnade handlingar utifrån vad som följer av lagtexten och förarbetena. I kapitlet undersöks även hur regleringens stadganden förhåller sig till vad som tidigare gällde enligt ÄLOU samt det som följer av bakomliggande direktivbestämmelser.

³² Jfr artikel 56.3 i LOU-direktivet, enligt vilken upphandlande myndigheter får begära att leverantörer ”lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation”.

³³ Prop 2015/16:195, s 977.

³⁴ Jfr 4 kap 9 § 2 st LOU där ”åtgärd” används som hänvisning till rättelse av fel, förtydligande respektive komplettering enligt det första stycket.

³⁵ I 4 kap 9 § LOU används genomgående ”handlingar”. Jfr definition i prop 2015/16:195, s 976.

I kapitel 4 utreds hur möjligheten att åtgärda bristfälliga handlingar inom ramen för principerna om likabehandling och öppenhet har uttolkats av EU-domstolen. Kapitlet syftar till att kartlägga vilka allmänna förutsättningar och krav som ska uppfyllas och iaktas av den nationella rättstillämparen för att åtgärdande av brister ska vara tillåtet.

I kapitel 5 utreds vilken inställning de svenska domstolarna har visat i förhållande till bristfälliga anbud. I kapitlet avhandlas avgöranden från HFD och kammarätterna i syfte att kartlägga i vilka situationer det har ansetts tillåtet respektive otillåtet att rätta, förtydliga och komplettera, eller annars acceptera, brister i inlämnade handlingar.

I kapitel 6 sammanställs det som har framkommit i den löpande analysen i en sammanfattande analys av rättsläget, varmed frågeställningen besvaras. I kapitlet förs även en avslutande diskussion om rättslägets ändamålsenlighet.

2 Rättslig bakgrund

2.1 Inledning

Innan en mer djupgående utredning av möjligheterna att tillåta eller begära att brister i inlämnade handlingar åtgärdas är det motiverat att belysa det rättsliga sammanhang i vilket frågeställningen gör sig gällande och i ljuset av vilket denna måste besvaras.

2.2 Upphandlingsregelverkets tillämpningsområde

Offentlig upphandling utgör en enorm marknadskraft. På flera områden är den offentliga sektorn den i särklass största köparen. Inom EU upphandlas årligen varor, tjänster och byggtreprenader för 1,9 biljoner euro.³⁶ I Sverige uppskattas värdet till 684 miljarder kronor, vilket motsvarar en sjättedel av landets totala BNP.³⁷ Det är således inte till stor förvåning att offentliga upphandlingar omgärdas av ett detaljerat regelverk som ska säkerställa att offentliga inköp genomförs på ett legitimt och ändamålsenligt sätt.

Inom EU regleras upphandling i olika direktiv. LOU-direktivet reglerar offentlig upphandling och har införlivats i svensk rätt genom LOU.³⁸ Enligt 1 kap 2 § 1 st gäller lagen för åtgärder som upphandlande myndigheter vidtar för att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.³⁹ LOU utgör således en procedurlagstiftning och innehåller såväl direktivstyrda som icke-direktivstyrda bestämmelser.

Vilka regler som ska tillämpas på en upphandling styrs i hög grad av kontraktsvärdet. LOU-direktivet föreskriver tröskelvärden som en nedre gräns för dess tillämpning.⁴⁰ Utgångspunkten är att direktivet inte gäller för upphandling under tröskelvärdena

³⁶ Kommissionens faktablad, EU:s planeringstermin – Faktablad – Offentlig upphandling – 2017, s 1.

³⁷ Konkurrensverkets rapport, dnr 768/2018, s 15. Beloppet och andelen av BNP avser året 2016.

³⁸ Prop 2015/16:195, s 300 ff.

³⁹ Lagen gäller även när en upphandlande myndighet anordnar en projekttävling. Se 1 kap 2 § 2 st LOU.

⁴⁰ Det finns olika tröskelvärden beroende på vem det är som upphandlar och vad det är som upphandlas. 1 kap 4 § och 5 kap 1 § LOU hänvisar till artikel 4 och beslut eller meddelanden från kommissionen enligt artikel 6 i LOU-direktivet. På kommissionens webbplats finns gällande regler om tröskelvärden: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/thresholds_en. Regeringen har tillkännagett tröskelvärdena i svenska kronor i tillkännagivandet (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Se vidare Forssell, Lexino 2.1, kommentaren till 5 kap 1 § LOU och HFD:s dom i mål nr 3830-17, s 2.

eftersom dessa inte antas påverka konkurrensen i sådan utsträckning att förfarandet måste samordnas på EU-nivå.⁴¹ För dessa icke-direktivstyrda upphandlingar gäller särskilda, mindre detaljerade, förfaranderegler.⁴² Viktigt dock att notera är att kontrakt under tröskelvärdena inte automatiskt faller utanför EU-rättens tillämpningsområde. Dels finns bestämmelser som också gäller för icke-direktivstyrda upphandlingar.⁴³ Vidare har EU-domstolen utvecklat ett antal allmänna principer som ska iakttas när upphandlingen är av bestämt gränsöverskridande intresse, oaktat kontraktets värde.⁴⁴ Avgörande i detta avseende är huruvida kontraktet kan vara av intresse för en leverantör som är etablerad i ett annat medlemsland än den upphandlande myndigheten.⁴⁵

2.3 Målsättningarna med offentlig upphandling

Procedurreglerna i LOU-direktivet och LOU är utformade i ljuset av EUF-fördragets bestämmelser om förbud mot diskriminering i artikel 17, om fri rörlighet av varor i artiklarna 34 och 35, om rätt till etablering i artikel 40 och om fri rörlighet av tjänster i artikel 56.⁴⁶ Tillsammans bildar dessa artiklar ett förbud mot åtgärder som hindrar eller försvårar gränsöverskridande handel.⁴⁷ I samma anda är LOU-direktivets och LOU:s

⁴¹ Jfr Nord, Karnov, kommentaren till 5 kap 1 § LOU och HFD:s dom i mål 3830-17, s 2.

⁴² För upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bilaga 2 till LOU, oavsett värde, gäller 19 kap LOU. Kapitlet har delvis utformats med inspiration från äldre, numera upphävda, svenska bestämmelser, främst upphandlingsförordningen (1986:366). I 3 kap LOU anges vidare vilka upphandlingar som lagen inte är tillämplig på. Jfr Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s 26.

⁴³ I 19 kap 2 § LOU återfinns direktivbestämmelserna som gäller oaktat tröskelvärde, däribland de grundläggande principerna i 4 kap 1 § och den för uppsatsen centrala bestämmelsen 4 kap 9 §.

⁴⁴ I avsnitt 2.3 behandlas de grundläggande principerna mer ingående. Det upphandlingsrättsliga begreppet "bestämt gränsöverskridande intresse" bör inte förväxlas med konkurrensrättens samhandelsbegrepp; dessa begrepp avser olika delar av EU-rätten och har olika praxis knutna till sig. Jfr Sundstrand, UrT 2018 nr 2 s 83; SOU 2018:44, s 257 ff och prop 2015/16:195, s 289. Se vidare målen C-59/00, Vestergaard, p 20 och C-324/98, Telaustria, p 60 samt HFD:s dom i mål nr 3830-17, s 2.

⁴⁵ Jfr mål C-226/09, Kommissionen/Irland, p 29-32. Se Sundstrand, UrT 2018 nr 2 s 83 ff för en mer ingående behandling av begreppets innebörd och bedömningen.

⁴⁶ Se hänvisningen i LOU-direktivets ingress till artiklarna 53.1, 62 och 114 i EUF-fördraget. Jfr Rosen m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s 29 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s 22.

⁴⁷ Jfr Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 156 och 164.

huvudsakliga syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten på upphandlingsområdet och att öppna de offentliga kontrakten inom EU för konkurrens.⁴⁸

Utöver att stimulera tillväxt och att öka förtroendet för den inre marknaden, tillkom två kompletterande målsättningar i och med 2014 års LOU-direktiv.⁴⁹ Det ena målet är att genom enklare och mer flexibla regler öka effektiviteten i offentliga utgifter, vilket uttrycker intresset av att få bästa möjliga värde för skattemedlen.⁵⁰ Härmed är det även tänkt att små, medelstora och utländska leverantörers deltagande ska underlättas.⁵¹ Det andra målet är att öka möjligheterna att använda upphandling till stöd för gemensamma sociala och miljörelaterade mål.⁵² Dessa kompletterande mål följer av kommissionens Europa 2020-strategi som låg till grund för översynen av regelverket.⁵³ I strategin har offentlig upphandling en viktig funktion som ett av de marknadsbaserade instrumenten medlemsländerna ska använda för en smart och hållbar tillväxt för alla.⁵⁴

De ovan beskrivna målsättningarna med upphandlingsregelverket återspeglas även i den nationella upphandlingsstrategin, vilken regeringen har låtit framta för att tydliggöra inriktningen för den offentliga upphandlingen i Sverige. I denna strategi anges att upphandlingen ska vara effektiv, rättssäker och ta tillvara konkurrensen på marknaden samt främja innovativa lösningar med beaktande av miljöhänsyn och sociala hänsyn.⁵⁵

⁴⁸ Se EU-domstolens avgörande i mål C-380/98, University of Cambridge, p 16-17 och HFD:s dom i mål nr 3830-17, s 2. Jfr Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 164; Rosen m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s 28 och Lindahl, *LOU och upphandlingsprocessen*, s 23 f.

⁴⁹ Prop 2015/16:195 s 290 ff.

⁵⁰ Prop 2015/16:195 s 292. Jfr Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 198 och Rosen m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s 28.

⁵¹ Prop 2015/16:195 s 292. I doktrinen är dock flera av uppfattningen att de nya reglerna inte har innebär en förenkling utan att de snarare ökar regelverkets komplexitet, se t.ex. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 200 ff samt Lundell och Edström, *UrT 2016 nr 4*, s 391 f. På samma linje ger utredaren i SOU 2018:44 förslag på hur LOU och LUF:s regler för upphandling under EU:s tröskelvärden kan göras enklare och mer flexibla.

⁵² Prop 2015/16:195, s 292. Jfr Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 203 ff och Rosén m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s 28.

⁵³ Se KOM(2010) 2020 slutlig och efterföljande KOM(2011) 15 slutlig och KOM(2011) 0206 slutlig. Se även prop 2015/16:195, s 290 ff; SOU 2011:73, s 50 ff och Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 198 ff.

⁵⁴ KOM(2010) 2020 slutlig s 13 och 16 f.

⁵⁵ Nationella upphandlingsstrategin, s 6. Jfr även kommissionens mål för offentlig upphandling i och utanför EU, KOM(2017) 572 slutlig.

2.4 De grundläggande principerna

2.4.1 Allmän utgångspunkt

För att realisera målen med samarbetet har EU-domstolen utvecklat ett antal allmänna principer för tolkningen och tillämpningen av upphandlingsregelverket.⁵⁶ Principerna framgår av beaktandesats 1 och artikel 18.1 st 1 i LOU-direktivet och har för svensk del implementerats genom den allmänna bestämmelsen 4 kap 1 § LOU:⁵⁷

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Dessa krav på likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet genomsyrar alla stadier av upphandlingsförfarandet och gäller i förhållande till samtliga leverantörer, även de som inte deltar.⁵⁸ Principernas innebörd bestäms i EU-domstolens praxis.⁵⁹ Detta gäller även om upphandlingen inte omfattas av EU-rätten, det vill säga oaktat kontraktsvärde och gränsöverskridande intresse, vilket är resultatet av att den svenska lagstiftaren har hämtat principerna från EU-rätten och gett dessa generell tillämplighet enligt 4 kap 1 § LOU.⁶⁰

För frågan om när det är respektive bör vara tillåtet att åtgärda brister i inlämnade handlingar är kraven på likabehandling och öppenhet av störst relevans, vilket följer av det uttryckliga stadgandet härom i 4 kap 9 § 2 st LOU. Men även de övriga principerna kan aktualiseras i och med deras generella tillämplighet. I detta avsnitt ges därför en kort och allmän beskrivning av samtliga av de grundläggande principerna.

⁵⁶ Se bl.a. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 613 och Lindahl, *LOU och upphandlingsprocessen*, s 50.

⁵⁷ Prop 2015/16:195, s 972 och prop 2006/07:128, s 156 f. Jfr Forssell, *Lexino 2.1*, kommentaren till 4 kap 1 § LOU och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s 30.

⁵⁸ Jfr Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s 63; Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s 31 och Forssell, *Lexino 2.1*, kommentaren till 4 kap 1 § LOU.

⁵⁹ Prop 2015/16:195, s 972 f.

⁶⁰ HFD:s dom i mål nr 3830-17, s 7. Jfr avsnitt 2.1 om tröskelvärden och gränsöverskridande intresse.

2.4.2 Principen om likabehandling

Upphandlande myndigheters skyldighet att iaktta likabehandlingsprincipen syftar enligt fast praxis från EU-domstolen till att främja en sund och effektiv konkurrens mellan leverantörer.⁶¹ Detta innebär att leverantörer ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten.⁶²

Likabehandling innebär inte att alla leverantörer ska kunna uppfylla kraven som ställs.⁶³ En upphandlande myndighet har nämligen stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen och att därmed utforma krav och kriterier utifrån sina specifika behov.⁶⁴ Likabehandlingskravet förutsätter att kraven ska vara objektiva och kunna tillämpas utan åtskillnad på anbuden samt att de är direkt kopplade till kontrakt föremålet och inte strider mot principerna i övrigt.⁶⁵

Inte heller är likabehandlingskravet absolut. I de förenade målen *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, slog EU-domstolen fast att principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för sådan behandling.⁶⁶ Sakliga skäl för att särbehandla en leverantör har ansetts föreligga om den avvikande behandlingen är en administrativ nödvändighet och det dessutom finns stöd därtill i LOU-direktivet.⁶⁷

⁶¹ Målen C-243/89, *Storebælt*, p 33; C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 110; C-513/99, *Concordia Bus*, p 81.

⁶² Se bl.a. målen C-6/15, *Dimarso*, p 22; C-396/14, *MT Højgaard*, p 37; C-213/07, *Michaniki*, p 45; C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 115 och C-470/99, *Universale-Bau*, p 93.

⁶³ Mål C-513/99, *Concordia*, p 85-86.

⁶⁴ Jfr RÅ 2010 ref 78 och *Forssell*, *Lexino 2.2*, kommentaren till 4 kap 1 § LOU.

⁶⁵ Jfr EU-domstolens resonemang i mål C-513-99, *Concordia*, p 83. Se även *Falk*, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* s 65.

⁶⁶ De förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, p 27. Jfr målen C-434/02, *Arnold André*, p 68 och C-210/03, *Swedish Match*, p 70. Se vidare *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 614 och *Forssell*, *Lexino 2.2*, kommentaren till 4 kap 1 § LOU.

⁶⁷ Se exempel är möjligheten att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska enligt 6 kap 15 § LOU. Jfr *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 616 f.

2.4.3 Principen om öppenhet

Öppenhetsprincipen syftar till att skapa insyn för att säkerställa att upphandlande myndigheter inte favoriserar vissa leverantörer eller annars agerar godtyckligt.⁶⁸ Hela upphandlingsförfarandet ska präglas av öppenhet och förutsebarhet.⁶⁹

Öppenhet förutsätter att alla villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet är formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt; dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå deras innebörd och tolka dem på samma sätt; dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuden uppfyller kraven och villkoren i upphandlingsdokumenten.⁷⁰ Öppenhet förutsätter vidare att den upphandlande myndigheten håller sig till upphandlingsdokumenten och inte ändrar förutsättningarna under förfarandets gång.⁷¹ Principen begränsar därmed upphandlande myndigheters fria skön vid anskaffning till förmån för ökad transparens och konkurrens.⁷²

2.4.4 Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering förbjuder diskriminering av leverantörer på grund av nationalitet.⁷³ Det är inte enbart öppen diskriminering som förbjuds utan även dold sådan som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, leder till samma resultat.⁷⁴ Upphandlande myndigheter får således inte ställa krav som gör det lättare för svenska

⁶⁸ Se t.ex. målen C-470/99, *Universale-Bau*, p 91-92; C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 111 och C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 36. Jfr *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 622; *Lindahl*, *LOU och upphandlingsprocessen*, s 60 f och *Forssell*, *Lexino 2.4*, kommentaren till 4 kap 9 § LOU.

⁶⁹ Se bl.a. målen C-6/15, *Dimarso*, p 22 och C-396/14, *MT Højgaard*, p 37.

⁷⁰ Se t.ex. målen C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 36; C-19/00, *SIAC Construction*, p 41-42; C-532/06, *Lianakis*, p 35-36 samt C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p 111. Jfr *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 627.

⁷¹ Se EU-domstolen i C-27/15, *Pippo Pizzo*, p 35-37 och HFD 2016 ref 37. Jfr *Pedersen*, *Upphandlingens grunder*, s 31.

⁷² Jfr *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 627.

⁷³ Med "nationalitet" avser medborgarskap, etableringsland eller verksamhetsland. Se prop 2006/07:128, s 155; *Pedersen*, *Upphandlingens grunder*, s 30 och *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 621.

⁷⁴ Jfr målen C-234/03, *Contse*, p 36, C-3/88, *Kommissionen/Italien*, p 8; C-31/87, *Gebroeders*, p 30 och C-22/80, *Boussac*, p 9.

företag att lämna konkurrenskraftiga anbud än vad det är för utländska leverantörer.⁷⁵ Det är t.ex. diskriminerande att kräva att produkten som upphandlas ska komma från en viss region.⁷⁶ Detta hindrar emellertid inte myndigheten från att upphandla produkter som endast svenska företag tillverkar, t.ex. surströmming, så länge utländska företag har en i vart fall teoretisk möjlighet att tillhandahålla produkterna.⁷⁷

2.4.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Enligt principen om ömsesidigt erkännande ska upphandlande myndigheter acceptera betyg, intyg och certifikat från ett annat medlemsland om de motsvarar de nationella handlingarna som efterfrågas och dessa har utfärdats av behöriga myndigheter.⁷⁸

2.4.6 Principen om proportionalitet

Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlande myndigheter inte får ställa mer långtgående krav på leverantörerna eller det som ska levereras än vad som är nödvändigt för att uppnå målet med upphandlingen.⁷⁹ Kraven ska ha en naturlig koppling och stå i rimlig proportion till det behov som ska täckas.⁸⁰ Balansen mellan mål och medel i upphandlingen syftar till att motverka en obefogad konkurrensbegränsning.⁸¹

2.4.7 Principen om konkurrens

I och med LOU har en ny, generellt tillämplig, bestämmelse införts i 4 kap 2 § som stadgar att upphandlingar inte får utformas i syfte att kringgå regelverket eller för att

⁷⁵ Se t.ex. målen C-234/03, Contse, p 37 och 60 samt C-243/01, Gambelli, p 71. Jfr prop 2006/07:128, s 132 och Forssell, Lexino 2.3, kommentaren till 4 kap 1 § LOU.

⁷⁶ Lindahl, LOU och upphandlingsprocessen, s 51.

⁷⁷ Pedersen, Upphandlingens grunder, s 30.

⁷⁸ Jfr prop 2006/06:128, s 132. Se vidare Pedersen, Upphandlingens grunder, s 31 och Lindahl, LOU och upphandlingsprocessen, s 63.

⁷⁹ Jfr målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, p 34; C-210/03, Swedish Match, p 47; C-234/03, Contse, p 25; C-213/07, Michaniki, p 48 och C-144/17, Agenzia, p 32. Se vidare Arrowsmith, The law of public and utilities procurement, s 628 f.

⁸⁰ Prop 2006/06:128, s 132 och 155.

⁸¹ Lindahl, LOU och upphandlingsprocessen, s 57.

begränsa konkurrensen.⁸² Vissa menar att stadgandet ger uttryck för en sjätte grundprincip, konkurrensprincipen.⁸³ En annan uppfattning är att stadgandet inte tillför något nytt utan endast förtydligar vad som redan följer av 4 kap 1 § LOU.⁸⁴

2.5 Bristfälliga handlingar i upphandlingsprocessen

Offentliga upphandlingar kan genomföras på flera olika sätt, men majoriteten följer ett relativt standardiserat mönster. Det första steget bör bestå i en marknadsundersökning med vilken behovet som ska täckas med upphandlingen identifieras. I samband härmed avgörs vilket förfarande som passar bäst, främst utifrån det uppskattade kontraktets värde.⁸⁵ Valet av förfarande markerar starten av upphandlingen och avgör vilka procedurbestämmelser som blir tillämpliga.⁸⁶

Därefter utarbetas upphandlingsdokumenten, det vill säga handlingarna som beskriver upphandlingens innehåll.⁸⁷ Med dessa ska det säkerställas att upphandlingen tillgodoser den upphandlande myndighetens behov, att konkurrensen på marknaden främjas och att upphandlingen genomförs på ett sätt som är rättssäkert och effektivt.⁸⁸ Uppgifter som ska framgå är bland annat vilka kvalificeringskrav som gäller för leverantörerna och det som efterfrågas samt grunden för utvärdering av anbuderna som lämnas in.⁸⁹

⁸² Jfr artikel 18.1 st 2 i LOU-direktivet och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s 31.

⁸³ Se t.ex. Graells, *Public procurement and the EU competition rules*, s 195 ff. Se även Moldéns beskrivning av forskningsprojektet, *Den nya konkurrensprincipen i 2014 års upphandlingsdirektiv och 2017 års nya upphandlingslagar*, s 2, vilket i skrivande stund genomförs med utgångspunkten att 4 kap 2 § LOU innebär att en ny allmän konkurrensprincip har införts i svensk upphandlingsrätt.

⁸⁴ Se t.ex. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 631; Forsell, *Lexino 2.1*, kommentaren till 4 kap 2 § LOU och Nord, Karnov, kommentaren till 4 kap 2 § LOU. Lagstiftaren menar att lagrummet tjänar som ett förtydligande av den allmänna regeln i 4 kap 1 § LOU, se prop 2015/16:195, s 973.

⁸⁵ Prop 2015/16:195, s 494. Tillgängliga förfaranden listas i 6 kap 1 § p 1-6 LOU.

⁸⁶ Se HFD 2013 ref 31 med hänvisning till målen C-337/98, *Kommissionen/Frankrike* och C-26/03, *Stadt Halle*. Jfr prop 2015/16:195, s 440. Förfarandereglerna återfinns i 6 kap LOU.

⁸⁷ Se definitionen av upphandlingsdokument i 1 kap 23 § LOU. Se vidare annonseringsreglerna i 10 kap LOU och de särskilda reglerna i 6 kap 12-19 §§ LOU för upphandling utan föregående annonsering.

⁸⁸ *Upphandlingsmyndighetens vägledning för utformning av upphandlingsdokument*: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/Processen-for-LOU/Utforma-upphandlingsdokument>.

⁸⁹ I 14 kap 1-5 §§ LOU finns kvalificeringskrav som får ställas på leverantörer. Dessa är krav på behörighet att utöva yrkesverksamhet, krav på ekonomisk och finansiell ställning och krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Enligt 16 kap 1-6 §§ LOU ska grunden för att utvärdera anbud vara förutbestämt i upphandlingsdokumenten och avse det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris.

När anbudstiden har löpt ut prövas om någon uteslutningsgrund är för handen samt om leverantörerna och deras anbud uppfyller kraven, villkoren och kriterierna i upphandlingsdokumenten.⁹⁰ Denna prövning syftar till att bedöma såväl leverantörernas lämplighet som deras förmåga att prestera det som efterfrågas.⁹¹ Om det finns grund för uteslutning eller om ett obligatoriskt krav inte är uppfyllt, är utgångspunkten att anbudet ska förkastas.⁹² För anbudsgivare som kvalificerar sig väntar en utvärderingsfas. I denna fastställs vilket av anbuden som är det ekonomiskt mest fördelaktiga och vilken av leverantörerna den upphandlande myndigheten därmed avser att tilldela kontrakt.⁹³

I och med att tilldelningsbeslutet meddelas börjar en avtalsspärr att löpa.⁹⁴ Under denna spärrperiod kan leverantörer, som anser att den upphandlande myndigheten har agerat i strid mot LOU, ansöka om överprövning i allmän förvaltningsdomstol.⁹⁵ Om ingen överprövning sker ingår myndigheten och den tilldelade leverantören kontrakt med varandra i enlighet med villkoren i upphandlingsdokumenten, vilket också markerar upphandlingens slut.⁹⁶

Det är under fasen för prövning och utvärdering som brister i de ingivna handlingarna vanligen uppmärksammas. Det är härvid som den för uppsatsen aktuella frågeställningen aktualiseras: är det tillåtet att åtgärda bristerna före tilldelning av kontrakt?⁹⁷ Tiden innan fristen för att lämna anbud har löpt ut är relativt oproblematiske ur likabehandlings- och öppenhetssynpunkt eftersom det då i allmänhet står anbudsgivare fritt att åtgärda brister i sina inlämnade handlingar.⁹⁸

⁹⁰ 4 kap 10 § LOU.

⁹¹ Jfr Pedersen, Upphandlingens grunder, s 138 och 152.

⁹² HFD 2016 ref 37. Fallet behandlas mer ingående i avsnitt 4.3.2.

⁹³ 16 kap 1 § LOU. Utvärderingsgrunden ska vara förutbestämt i upphandlingsdokumenten och avse det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris.

⁹⁴ Se LOU:s stadganden om avtalsspärr i 12 kap 12 § 1 st och 20 kap 1-3 §§.

⁹⁵ Överprövningsinstitutet regleras i 20 kap 4-17 §§ LOU. Se vidare Pedersen s 188 ff.

⁹⁶ Pedersen, Upphandlingens grunder, s 187.

⁹⁷ Jfr Pedersen, Upphandlingens grunder, s 152 ff.

⁹⁸ Forssell, Lexino 2.1, kommentaren till 4 kap 9 § LOU.

2.6 Åtgärda eller förkasta – ett mångfacetterat problem

Offentlig upphandling är ett komplext rättsområde. Upphandlande myndigheter ska se till att deras anskaffningar sker på ett sätt som är förenligt med EU:s upphandlingsregler och inre marknadsrelaterade mål. Detta innebär i allmänhet att förfarandet ska utformas och genomföras i enlighet med principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Samtidigt finns det nationella intressen som gör sig gällande. Bland dessa torde intresset av att det aktuella behovet ska tillgodoses genom upphandlingen, utan att det kostar skattebetalarna mer än nödvändigt, vara ett av de mest framträdande. I flera situationer som kan uppstå under en upphandling visar sig dessa olikartade intressen vara svårförenliga. Situationen då inlämnade anbud inte till fullo motsvarar upphandlingsdokumenten är inget undantag.

I egenskap av beställare och förvaltare av offentliga medel har den upphandlande myndigheten det affärsmässiga intresset av att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. I samma affärsmässiga anda ligger även intresset att inte agera i strid mot LOU, eftersom detta kan resultera i kostsamma och tidsödande rättsprocesser.

När ett konkurrenskraftigt anbud innehåller brister finns det således ett intresse av att tillåta eller begära att dessa åtgärdas innan en vinnande leverantör utses. Om anbudet skulle förkastas återstår färre anbud för att välja mellan, vilket innebär sämre variation, lägre kvalitet och högre kostnader. Vidare skulle anbudsgivaren ifråga kunna begära överprövning och anföra att det strider mot proportionalitetsprincipen att förkasta dennes anbud på grund av brister som är till synes obetydliga eller hade varit lätta att åtgärda. Mot intresset av att tillåta att bristfälliga handlingar åtgärdas måste den upphandlande myndigheten väga risken för att andra anbudsgivare, på vars bekostnad detta sker, begär överprövning med hänvisning till likabehandlings- och öppenhetskravet.

Sett till denna bakgrund kan det konstateras att brister i inlämnade handlingar är ett mångfacetterat problem. Det är således påkallat att allsidigt och nyanserat utreda rättsläget och därmed skapa underlag för en diskussion om hur problematiken bäst kan hanteras framöver.

3 Rättelse av fel, förtydligande och komplettering – 4 kap 9 § LOU

3.1 Inledning

I detta kapitel utforskas vilken inställning den svenska lagstiftaren har till möjligheten att åtgärda brister i inlämnade handlingar. Utifrån lagtext och förarbeten utreds hur 4 kap 9 § LOU ska förstås samt hur dess stadganden förhåller sig till vad som tidigare gällde enligt ÄLOU och det som följer av LOU-direktivet.

3.2 Allmänt om 4 kap 9 § LOU

Bestämmelsen i 4 kap 9 § LOU har följande lydelse:

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling.

En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

I bestämmelsen regleras möjligheterna att rätta, förtydliga eller komplettera brister i en anbudsansökan, ett anbud eller någon annan slags handling som en leverantör har lämnat in under en upphandling.⁹⁹ Ramen inom vilken en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att leverantörer vidtar sådana åtgärder följer, enligt det andra stycket, av principerna om likabehandling och öppenhet.

Bestämmelsen i 4 kap 9 § LOU genomför artikel 56.3 i LOU-direktivet och motsvarar delvis den äldre bestämmelsen i 9 kap 8 § ÄLOU.¹⁰⁰ Enligt direktivregleringen kan den upphandlande myndigheten begära att en leverantör ”lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer relevant information eller dokumentation”. Dessa olika slags åtgärder sammanfattar regeringen med begreppen rättelse av fel, förtydligande och

⁹⁹ Prop 2015/16:195, s 976.

¹⁰⁰ Prop 2015/16:195, s 976.

komplettering, vilka har gemensamt att de inte anses ändra anbudet i sak.¹⁰¹ Sett till rubriceringen skiljer sig således LOU från direktivet.

En skillnad i förhållande till ÄLOU är att den aktuella regleringen har flyttats från kapitlet om kommunikation, information och dokumentation till kapitlet med allmänna bestämmelser. I förarbetena motiveras detta med att paragrafen inte tar sikte på ett särskilt förfarande och att denna allmänna tillämplighet tydligt bör framgå i lagtexten.¹⁰² Flytten har således ingen praktisk inverkan på när eller hur bestämmelsen får göras gällande. I sammanhanget kan det noteras att 4 kap 9 § LOU gäller på motsvarande sätt beträffande slutliga anbud i förhandlade, annonserade förfaranden och förfaranden för inrättande av innovationspartnerskap, som den gör beträffande slutliga anbud i öppna och selektiva upphandlingsförfaranden.¹⁰³

En nyhet i och med 4 kap 9 § LOU är att initiativet till rättelse, förtydligande och komplettering kan komma från såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.¹⁰⁴ Enligt ÄLOU kunde en begäran om rättelse av fel endast framställas av en leverantör. Förtydliganden och kompletteringar fick i sin tur endast begäras av en upphandlande myndighet. Förhållandet att båda sidor numera kan begära åtgärdande av brister möjliggör att fler brister än tidigare uppmärksammas. I vilken utsträckning detta leder till att fler bristfälliga handlingar faktiskt åtgärdas, istället för att förkastas, är dock upp till den upphandlande myndigheten att avgöra i det enskilda fallet. Bestämmelsen erbjuder nämligen en möjlighet att tillåta åtgärdande av brister och ålägger således inte en skyldighet därtill. I detta avseende framhåller dock regeringen att om en myndighet tillåter en leverantör att rätta, förtydliga eller komplettera, följer det av likabehandlingsprincipen att andra leverantörer ska ges motsvarande möjlighet därtill.¹⁰⁵

Slutligen bör det noteras att artikel 56.3 i LOU-direktivet anger att upphandlande myndigheter ska sätta ut en ”lämplig tidsfrist” inom vilken åtgärden de begär ska ha vidtagits av leverantören ifråga. Motsvarande kan inte utläsas av 4 kap 9 § LOU. I detta

¹⁰¹ Prop 2015/16:195, s 446 f.

¹⁰² Prop 2015/16:195, s 447 f.

¹⁰³ Prop 2015/16:195, s 977. För slutliga anbud som lämnas vid konkurrenspräglad dialog gäller dock den särskilda bestämmelsen i 6 kap 26 § LOU, vilken som sagt faller utanför denna uppsats. Jfr avsnitt 1.3.

¹⁰⁴ Prop 2015/16:195, s 977.

¹⁰⁵ Prop 2015/16:195, s 977. Se även de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom.

avseende framhåller dock regeringen att det ligger i sakens natur att den upphandlande myndigheten ska sätta ut en passande frist i sin begäran om rättelse av fel, förtydligande eller komplettering.¹⁰⁶ I praktiken gäller således detsamma.

3.3 Rättelser av fel

Rättelser aktualiseras när en inlämnad handling innehåller något slags fel, till exempel en felskrivning eller felräkning. Att handlingen rättas innebär som sagt i formell mening att felet ändras, men att anbudet i praktiken anses vara oförändrat efter rättelsen.¹⁰⁷

En central nyhet i detta avseende är att 4 kap 9 § LOU inte uttrycker ett krav på att felet ska vara ”uppenbart” för att få rättas.¹⁰⁸ Avskaffandet av uppenbarhetskravet som stadgades i 9 kap 8 § ÄLOU beror på en anpassning till artikel 56.3 i LOU-direktivet, i vilket de enda begränsande faktorerna är principerna om likabehandling och öppenhet. Enligt regeringen finns det ingen anledning att tillämpa en snävare bedömning enligt LOU.¹⁰⁹ Dock erinrar regeringen om att ändring av inlämnade uppgifter genom rättelse innebär en stor risk för brott mot likabehandlingsprincipen.¹¹⁰ Regeringen tycks således förespråka en fortsatt restriktiv bedömning, om än inte lika snäv som tidigare.

En semantisk tolkning av anpassningen till LOU-direktivet ger vid handen att det finns ett relativt sett mycket större utrymme för rättelser enligt LOU än enligt ÄLOU. Skillnaden kan vara betydande mellan å ena sidan uppenbara fel och å andra sidan fel som inte är uppenbara, men som kan rättas utan att det sker i strid mot kraven på likabehandling och öppenhet. Hänvisningen till dessa principer innebär emellertid att bedömningen görs avhängig EU-domstolens praxis i relevanta avseenden.¹¹¹ I vad mån avskaffandet av uppenbarhetskravet medför en mer tillåtande inställning till rättelser får således utläsas av rättstillämpningen.

¹⁰⁶ Prop 2015/16:195, s 977.

¹⁰⁷ Prop 2015/16:195, s 977. Jfr avsnitt 1.5.

¹⁰⁸ Prop 2015/16:195, s 447 och 977.

¹⁰⁹ Prop 2015/16:195, s 447. Jfr SOU 2011:73, s 44.

¹¹⁰ Prop 2015/16:195, s 977.

¹¹¹ Jfr avsnitt 2.3.1 och HFD:s dom i mål nr 3830-17, s 7 om de grundläggande principernas generella tillämplighet i och med hänvisningen i 4 kap 1 § LOU. Se även avsnitt 1.4.4 om EU-rättens företräde.

3.4 Förtydliganden och kompletteringar

Förtydliganden och kompletteringar tillgrips när de inlämnade handlingarna behöver preciseras eller konkretiseras på något sätt.¹¹² Dessa åtgärder har gemensamt att det inte handlar om att tillföra anbudet några nya sakuppgifter, utan om att klargöra vad som avses med redan ingivna uppgifter.¹¹³ Ett exempel kan vara att ett intyg ges in som bekräftar en påstådd kvalifikation. Enligt förarbetena ska möjligheten att förtydliga eller komplettera handlingar användas restriktivt och kommunikationen bör dokumenteras så att det efteråt går att kontrollera vad som har förekommit.¹¹⁴

Även detta stadgande har anpassats till LOU-direktivet såtillvida att ett förtydligande eller en komplettering inte får strida mot kraven på likabehandling och öppenhet. Enligt den äldre regleringen var förutsättningen att åtgärden kunde vidtas utan risk för ”särbehandling eller konkurrensbegränsning”.¹¹⁵ Till skillnad från vad lagstiftaren uttalade beträffande rättelser, framhålls i författningskommentaren att förutsättningarna för att förtydliga eller komplettera handlingar enligt 4 kap 9 § LOU ska motsvara vad som gällde enligt 9 kap 8 § ÄLOU.¹¹⁶ Därefter redogörs kortfattat för hur kammarrätterna har tolkat utrymmet för att förtydliga och komplettera enligt ÄLOU.¹¹⁷

Lagstiftarens inställning tycks således vara att ändringarna är blott redaktionella och att äldre kammarrättspraxis därför spelar en viktig roll för tolkningen av utrymmet för att klargöra handlingar enligt 4 kap 9 § LOU. Med detta synsätt är även lagkommentarer till 9 kap 8 § ÄLOU och äldre doktrin viktiga tolkningsdata. Värt att notera är att remissinstanserna såg helt olika på innebörden av regeringens förslag.¹¹⁸ Den ena instansen menade, i enlighet med författningskommentaren, att förslaget skulle innebära endast redaktionella ändringar. Den andra instansen var av den motsatta uppfattningen att

¹¹² Prop 2015/16:195, s 977. Jfr avsnitt 1.5.

¹¹³ Prop 2015/16:195, s 977.

¹¹⁴ Se prop 2015/16:195, s 977 och prop 2006/07:128, s 377. Se även 12 kap 14 § LOU om upphandlande myndigheters dokumentationsplikt.

¹¹⁵ Jfr 9 kap 8 § 2 st ÄLOU och prop 2015/16:195, s 446.

¹¹⁶ Prop 2015/16:195, s 447 och 977 f.

¹¹⁷ Prop 2015/16:195, s 978. I anknytning till redogörelsen för kammarrätternas praxis redogörs även i korthet för HFD:s och EU-domstolens uttolkning av utrymmet för förtydligande och komplettering.

¹¹⁸ Respektive remissinstans valde emellertid att tillstyrka regeringens förslag, prop 2015/16:195, s 445 f.

ändringarna skulle innebära en stor förändring i jämförelse med den restriktiva rättspraxis som dittills präglat området.¹¹⁹

3.5 Sammanfattande analys och slutsatser

Bestämmelsen i 4 kap 9 § LOU har fått en direktivnära utformning genom hänvisningen till principerna om likabehandling och öppenhet. Vad analysen i detta avsnitt ger vid handen är emellertid att den svenska lagstiftaren har en konservativ och allmänt restriktiv syn på möjligheten att åtgärda bristfälliga handlingar.

I teorin öppnar anpassningen till direktivet upp för en mer förlåtande rättstillämpning avseende felaktiga uppgifter eftersom dessa inte längre behöver vara uppenbara för att få rättas. Lagstiftaren erinrar dock om att rättelser innebär en stor risk för brott mot kravet på likabehandling och får därmed anses förespråka en snäv bedömning. På motsvarande sätt har grunden för att låta handlingar förtydligas eller kompletteras ändrats i lagtexten. Här synes dock lagstiftaren vara av uppfattningen att rättsläget är oförändrat och att rättspraxisen avseende 9 kap 8 § ÄLOU, som har kritiserats för att vara otillfredsställande restriktiv, därmed är fortsatt vägledande för det tillgängliga utrymmet.

Vad som är viktigt att ha åtanke är att hänvisningen till principerna om likabehandling och öppenhet innebär att utrymmet för att låta anbud rättas, förtydligas eller kompletteras numera måste fastställas utifrån EU-domstolens rättspraxis. Den återhållsamhet lagstiftaren förarbetena i allmänhet synes förespråka, och hur kammarrätterna än har förhållit sig till möjligheten att förtydliga eller komplettera handlingar enligt ÄLOU, måste därför läsas med reservation för situationer i vilka EU-domstolen har uttryckt en avvikande uppfattning avseende principernas innebörd.

Enligt min mening har den svenska lagstiftaren har gett paragrafen en onödigt återhållsam tolkning i förarbetena, givet det sken av ett ökat utrymme för åtgärder som följer av anpassningen till direktivet. En mer tillåtande inställning borde ofta vara motiverad av intresset av att kontraktera den mest konkurrenskraftiga anbudsgivaren och att därmed få valuta för offentliga utgifter. Det är trots allt det bästa erbjudandet som upphandlande myndigheter i regel är intresserade av och inte leverantören som har bäst resurser för, eller erfarenhet av, att lämna anbud på offentliga kontrakt.

¹¹⁹ Prop 2015/16:195, s 445 f

I vilken utsträckning detta, förmodat ökade, utrymme för att åtgärda brister i inlämnade handlingar ska tas i anspråk är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra utifrån omständigheterna i upphandlingen. Frågan om ianspråktagandet är tillåtet enligt 4 kap 9 § LOU är i sin tur upp till rättstillämparen att bedöma mot bakgrund av EU-domstolens praxis avseende principerna om likabehandling och öppenhet.

4 Likabehandling och öppenhet enligt EU-domstolen

4.1 Inledning

Den grundläggande förutsättningen för att rätta, förtydliga eller komplettera inlämnade handlingar är att åtgärden som vidtas inte strider mot principerna om likabehandling och öppenhet. I detta kapitel utreds hur denna grundläggande förutsättning har uttolkats och omsatts i praktiken av rättstillämparen. Utredningen av EU-domstolens praxis syftar till att klarlägga när det är tillåtet respektive o tillåtet att åtgärda bristfälliga handlingar. Mot bakgrund av denna normativa ram utreds hur den svenska rättstillämparen har uttolkat utrymmet för att rätta, förtydliga och komplettera inlämnade handlingar.

4.2 Den principiella utgångspunkten

EU-domstolen har i en rad avgöranden haft att ta ställning till vad principerna om likabehandling och öppenhet tillåter och kräver när brister i anbud adresseras.¹²⁰ Utgångspunkten som genomgående har framhållits är att den upphandlande myndigheten inte får förhandla med en anbudsgivare, vars anbud den anser är oklart eller inte motsvarar kraven i upphandlingsdokumenten, och att inlämnade anbud således inte får ändras.¹²¹

Denna utgångspunkt innebär dock inte att bristfälliga anbud nödvändigtvis måste förkastas. Inom ramen för principerna om likabehandling och öppenhet har EU-domstolen nämligen tillerkänt upphandlande myndigheter ett visst utrymme för att

¹²⁰ Se målen C-87/94, Wallonska bussarna; C-599/10, Slovensko; C-336/12, Manova; C-42/13, Cartiera dell'Adda; C-324/14, Partner Apelski Dariusz; C-131/16, Archus och Gama samt C-523/16 och C-536/16, MA.T.I. SUD.

¹²¹ Se t.ex. målen C-599/10, Slovensko, p 36-37; C-336/12, Manova, p 31; C-324/14, Partner Apelski Dariusz, p 62 och C-131/16, Archus och Gama, p 27-28. Här kan noteras att förhandling, till skillnad från vad som gäller i öppna och selektiva förfaranden, är tillåtet i förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap under de förutsättningar och i den utsträckning som anges i 6 kap LOU. De grundläggande principerna i 4 kap LOU gäller dock alltså. Såvitt avser principerna om likabehandling och öppenhet i förhandlade förfaranden har EU-domstolen bl.a. slagit fast att de utgör hinder för att upphandlande myndigheter förhandlar anbudsgivare om anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumenten, med hänvisning till bl.a. att förhandling då inte kan ske på gemensam grund; se mål C-561/12, Nordecon, p 33-39.

skönsmässigt bedöma om bristfälliga anbud ska få åtgärdas eller förkastas.¹²² I det följande utreds hur detta skönsmässiga utrymme har preciserats samt vilka allmänna förutsättningar och krav som ska vara för handen för att utrymmet ska få tas i anspråk.

4.3 Mål C-87/94, Wallonska bussarna

4.3.1 Bakgrund

Ett av EU-domstolens första avgöranden till ledning för när det är tillåtet respektive otillåtet att åtgärda brister i inlämnade anbud är mål C-87/94, Wallonska bussarna.¹²³ Målet avsåg en upphandling av ett större antal bussar. Efter att de inlämnade anbuden hade öppnats och två anbudsgivare rekommenderats som vinnare, skickade en tredje anbudsgivare in tilläggsanmärkningar avseende sitt anbud. Bränsleförbrukningsnivån i det ursprungliga anbudet var högre än den som begärdes i upphandlingsdokumenten, men sänktes under gränsen i och med tilläggen. Den upphandlande myndigheten valde att beakta tilläggen, varefter anbudet motsvarade de ställda kraven och dessutom utgjorde det ekonomiskt mest fördelaktiga av de tre inlämnade anbuden.

Frågan som EU-domstolen därmed hade att ta ställning till var om myndigheten, genom att beakta tilläggen och sedermera anta det åtgärdade anbudet, hade förfarit i strid mot principen om likabehandling.¹²⁴

4.3.2 Ramen för att beakta tillägg efter anbudsöppnande

Myndigheten förklarade att det var just på grund av likabehandlingskravet som den hade valt att beakta tilläggen och hänvisade till att de övriga inlämnade anbuden redan var optimala.¹²⁵ EU-domstolen dementerade emellertid myndighetens tolkning av likabehandlingsprincipen, såsom ett medel för att jämställa anbud, och slog fast att tilläggen innebar en otillåten ändring av anbudet. Genom att beakta tilläggen tillfördes nämligen

¹²² Se t.ex. målen C-599/10, SAG ELV Slovensko, p 41; C-336/12, Manova, p 37 och C-131/16, Archus och Gama, p 32. Det är för övrigt detta skönsmässiga utrymme som kommer till uttryck i artikel 56.3 i LOU-direktivet och bestämmelsen i 4 kap 9 § LOU.

¹²³ Jfr prop 2015/16:195, s 977.

¹²⁴ Mål C-87/94, Wallonska bussarna, p 28.

¹²⁵ Mål C-87/94, Wallonska bussarna, p 50.

anbudet nya uppgifter som påverkade anbudsgivarnas placering. Eftersom detta skedde efter anbudstidens slut innebar det en konkurrensfördel för anbudsgivaren som hade skadat likabehandlingen och försämrat insynen.¹²⁶

4.3.3 Ett gemensamt uttalande och ett förslag till avgörande

Domen resonerar med rådet och kommissionens gemensamma uttalande beträffande det då gällande ÄLUF-direktivet, till vilket EU-domstolen hänvisar i bakgrunden.¹²⁷ Enligt uttalandet är åtgärder otillåtna om de avser grundläggande aspekter i upphandlingen som kan störa konkurrensen, i synnerhet åtgärder som påverkar anbudets pris.¹²⁸ Eftersom tilläggen i målet resulterade i ett mer förmånligt anbudspris, måste det med hänsyn härtill ha stått klart att det rörde sig om en otillåten ändring.

EU-domstolen preciserar inte i vilken utsträckning brister kan åtgärdas utan att anbudet anses ändrat, i strid mot principerna om likabehandling och öppenhet. Rådet och kommissionens uttalande ger dock viss ledning. I uttalandet anges att det är tillåtet att precisera eller förtydliga uppgifter i den mån åtgärden inte resulterar i diskriminering.¹²⁹ I detta avseende är även generaladvokaten Lenz' förslag till avgörande belysande. Han förespråkar en semantisk tolkning enligt vilken ”precisera” innebär att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva eller definiera föremålet.¹³⁰ Termen ”komplettera” ska i sin tur förstås som ingivande av kompletterande uppgifter som inte har funnits tillgängliga.¹³¹ Gemensamt för precisering och komplettering menar Lenz är att tidigare fakta inte ersätts av nya, eftersom detta kan missgynna andra anbudsgivare.¹³² Såvitt jag kan se tycks även Lenz' förslag präglade EU-domstolens bedömning avseende tilläggen. Att förslaget inte kommer till uttryck i domen innebär dock att det

¹²⁶ Mål C-87/94, Wallonska bussarna, p 56-60.

¹²⁷ Mål C-87/94, Wallonska bussarna, p 8, med hänvisning till rådet och kommissionens gemensamma uttalande beträffande artikel 15 i direktiv 90/531/EEG (EGT nr L 297, s 48)

¹²⁸ Mål C-87/94, Wallonska bussarna, p 8, med hänvisning till rådet och kommissionens gemensamma uttalande beträffande artikel 15 i direktiv 90/531/EEG (EGT nr L 297, s 48)

¹²⁹ Mål C-87/94, Wallonska bussarna, p 8, med hänvisning till rådet och kommissionens gemensamma uttalande beträffande artikel 15 i direktiv 90/531/EEG (EGT nr L 297, s 48)

¹³⁰ Förslag till avgörande i mål C-87/94 av generaladvokat Lenz, p 37.

¹³¹ Förslag till avgörande i mål C-87/94 av generaladvokat Lenz, p 37.

¹³² Förslag till avgörande i mål C-87/94 av generaladvokat Lenz, p 37-38.

inte har motsvarande värde som rättskälla.¹³³ Likväl används det återkommande för att klargöra innebörden av ”förtydligande” och ”komplettering” enligt 4 kap 9 § LOU.¹³⁴

4.4 Mål C-599/10, Slovensko

4.4.1 Bakgrund

Slutsatserna i Wallonska bussarna har EU-domstolen bekräftat och vidareutvecklat i mål C-599/10, Slovensko. Fallet avsåg ett selektivt förfarande för upphandling av vägtulltjänster enligt ÄLOU-direktivet. Tvist uppstod sedan den upphandlande myndigheten beslutade att förkasta två bristfälliga anbud utan att dessförinnan begära åtgärdande av de anbudssökande. Som anledning till att förkasta anbuden anfördes att dessa var oklara och inte uppfyllde de tekniska specifikationerna i upphandlingsdokumenten.

Frågan som EU-domstolen följaktligen skulle ta ställning till var i vilken utsträckning en upphandlande myndighet får eller måste begära åtgärdande när den anser att ett anbud är oklart eller inte uppfyller kraven i upphandlingsdokumenten.¹³⁵

4.4.2 Ingen allmän skyldighet att begära åtgärdande av brister

Efter en inledande erinran om den principiella utgångspunkten att inlämnade anbud inte får ändras, konstaterade EU-domstolen att en skyldighet att begära åtgärdande av brister i handlingar varken kan härledas ur direktivet eller ur kraven på likabehandling och öppenhet.¹³⁶ Enligt EU-domstolen kunde de ifrågavarande anbudssökande inte kritisera att en sådan skyldighet saknades eftersom bristerna i deras inlämnade anbud endast berodde på att de brustit i sin omsorgsplikt, vilken samtliga leverantörer ska iaktta.¹³⁷

Denna ordning är enligt min mening en lämplig utgångspunkt. En annan ordning skulle försvaga incitamentet för anbudssökande och anbudsgivare att vara noggranna

¹³³ Jfr Hettne och Eriksson, EU-rättslig metod, s 117.

¹³⁴ Jfr Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s 302 och Forsell, Lexino 2.4.1.1, kommentaren till 4 kap 9 § LOU.

¹³⁵ Mål C-599/10, Slovensko, p 24. Den andra hänskjutna frågan var om anbuden var att anse som onormalt låga, vilken inte är relevant för förståelsen av rättsfallet eller uppsatsens frågeställning.

¹³⁶ Mål C-599/10, Slovensko, p 38.

¹³⁷ Mål C-599/10, Slovensko, p 38. Att upphandlande myndigheter inte har en allmän skyldighet att tillåta eller begära åtgärder framgår även av den fakultativa utformningen av 4 kap 9 § LOU (”får”).

vid utformningen av sina anbud. Det skulle även lägga en stor börda på upphandlande myndigheter att adressera brister som upptäcks i inlämnade anbud, vilket i sin tur skulle försena och fördyra upphandlingsprocesser. EU-domstolen lät vara osagt huruvida en skyldighet att begära att brister ska åtgärdas kan uppkomma på andra grunder eller under andra omständigheter än de som var för handen i målet.¹³⁸

4.4.3 Utrymmet för att begära åtgärdande av brister

Därefter avhandlades frågan om i vilken utsträckning en upphandlande myndighet får begära åtgärdande av ett anbud som den anser är oklart eller oförenligt med kraven i upphandlingsdokumenten. EU-domstolen konstaterar inledningsvis att principerna om likabehandling och öppenhet inte utgör något hinder mot att uppgifter i anbud undantagsvis rättas eller kompletteras på en specifik punkt.¹³⁹ Detta kunde bland annat vara tillåtet om det uppenbarligen krävs en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel.¹⁴⁰ Förutsättningen är att åtgärden inte resulterar i vad som i själva verket utgör nytt anbud.¹⁴¹

Härmed nyanserar EU-domstolen slutsatsen från de Wallonska bussarna. En åtgärd som ändrar ett anbud är alltså otillåten. Motsatsvis finns dock ett utrymme för att vidta åtgärder som inte anses ändra anbudet. Sett till de förutsättningar som EU-domstolen

¹³⁸ Härvid kan noteras att skyldighet att tillåta att brister i anbud åtgärdas har konstaterats föreligga i vissa undantagsfall med hänvisning till proportionalitetsprincipen. I mål T-211/02, Tideland Signal, ansåg Tribunalen att det ålåg den upphandlande myndigheten att söka klargörande avseende en oklar uppgift som med enkelhet kunde ha klarats upp, se p 46. Uppgiften ifråga framgick av omständigheterna i målet. På samma linje konstaterade Tribunalen i mål T-195/08, Antwerpse Bouwerken, att anbud som saknar en prisuppgift inte ska förkastas om det finns en enkel förklaring till utelämnandet och uppgiften på ett enkelt och säkert sätt kan härledas från ett pris som erbjudits för en annan post i den sammanfattande beräkningen, se p 57 och 77. Frågan om när en skyldighet att åtgärda anbud kan uppkomma har inte ställts på sin spets av EU-domstolen och rättsläget får därmed anses vara alltså oklart. Utifrån Tribunalens avgöranden och engelsk rättspraxis föreslår Arrowsmith att en dylik skyldighet kan tänkas uppkomma om följande förutsättningar är för handen. Ett misstag har begåtts av anbudsgivaren som står klart för såväl denne som för den upphandlande myndigheten. Det ska utifrån bristen ifråga klart kunna fastställas vilket det avsedda innehållet är. Slutligen får bristen inte avse anbudets konkurrenskraftighet ("merits"). Frågan om skyldigheten att begära åtgärdande av brister i inlämnade anbud är inte av direkt relevans för att besvara uppsatsens frågeställning och kommer därför inte att behandlas mer ingående i denna uppsats. För en mer ingående behandling i detta avseende, se istället Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 821 ff och Ågren, UrT 2018 nr 3 s 145-153.

¹³⁹ Mål C-599/10, Slovensko, p 40.

¹⁴⁰ Mål C-599/10, Slovensko, p 40.

¹⁴¹ Mål C-599/10, Slovensko, p 40.

ger vid handen, det vill säga uppenbara oklarheter eller fel i specifika delar, får det antas att det inte är ett vidsträckt utrymme som avses. En sådan uppfattning finner inte minst stöd i det gemensamma uttalandet av rådet och kommissionen samt Lenz' förslag till avgörande i Wallonska bussarna. Vad som dock bör noteras är att förutsättningarna som EU-domstolen uttrycker föregås av orden "bland annat". Denna öppna formulering indikerar att det inte uteslutande är oklarheter eller fel som uppenbara som får åtgärdas, utan att även brister som är mindre påtagliga kan tänkas vara tillåtna att rätta, förtydliga eller komplettera inom ramen för principerna om likabehandling och öppenhet.

4.4.4 Krav avseende begäran om åtgärd

För det fall en upphandlande myndighet väljer att ta sitt skönsrätt utrymme i anspråk för att begära åtgärdande av brister i ett anbud framhåller EU-domstolen att det finns ett antal krav som är förenade med denna möjlighet.

Det övergripande kravet som slås fast är att den upphandlande myndigheten ska behandla alla anbudsgivare på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte framstår som att den som ges möjlighet att åtgärda sitt anbud o tillbörligen särbehandlas.¹⁴² Detta innebär dels att myndigheten inte får begära att brister åtgärdas i ett anbud förrän efter att den har tagit del av samtliga inlämnade anbud; dels att myndigheten är att skyldig att erbjuda alla andra anbudsgivare i samma situation motsvarande möjligheter därtill, om det inte finns sakliga skäl för olikabehandling i detta avseende.¹⁴³

Dessa krav grundar sig tydligt i öppenhetsprincipen eftersom de säkerställer insyn och motverkar godtyckligt beteende vid åtgärdande av brister i anbud.¹⁴⁴ Likaså framgår innebörden av likabehandlingskravet såsom EU-domstolen preciserade det i *Fabricom*.¹⁴⁵ Med "samma situation" får förstås andra anbudsgivare som har lämnat in anbud med liknande med brister.¹⁴⁶ Vad närmare beträffar "sakliga skäl" för olikabehandling anger EU-domstolen att den i synnerhet åsyftar situationer där anbudet ska förkastas med

¹⁴² Mål C-599/10, Slovensko, p 41.

¹⁴³ Mål C-599/10, Slovensko, p 42-42.

¹⁴⁴ Jfr avsnitt 2.3.3 och där angivna rättsfall.

¹⁴⁵ Se de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, p 27. Jfr avsnitt 2.3.2.

¹⁴⁶ Jfr motsvarande tolkning i *Arrowsmith*, *The law of public and utilities procurement*, s 831.

hänsyn till andra omständigheter.¹⁴⁷ Sådana andra omständigheter lär bland annat föreligga när en anbudsgivare träffas av någon obligatorisk uteslutningsgrund.¹⁴⁸

Det avslutande kravet som EU-domstolen slår fast avseende begäran om åtgärd är att den ska omfatta samtliga punkter som den upphandlande myndigheten anser är oklara eller på annat sätt inte motsvarar upphandlingsdokumenten.¹⁴⁹

Förklaringen till att detta krav ställs upp får rimligtvis antas vara att en upphandlande myndighet inte ska kunna underlåta att anmärka på brister i ett anbud för att förkasta det och istället anta ett annat åtgärdat anbud, under anförande att samtliga leverantörer med brister i sina anbud har getts tillfälle att åtgärda dessa.¹⁵⁰ Kravet på att en begäran ska vara alltomfattande hindrar på så sätt upphandlande myndigheter från att använda möjligheten att adressera bristfälliga anbud för att kringgå kravet på likabehandling förefattande av ett tilldelningsbeslut.

4.5 Mål C-336/12, Manova

4.5.1 Bakgrund

I mål C-336/12, Manova preciserar EU-domstolen närmare vilka slags uppgifter som får rättas och kompletteras samt vilken betydelse upphandlingsdokumenten har avseende möjligheten därtill.¹⁵¹ Tvisten avsåg en upphandling av drift av studie- och yrkesvägledningscenter genom ett selektivt förfarande. För att kunna bedöma ekonomisk kapacitet krävde den upphandlande myndigheten i upphandlingsdokumenten att anbudssökande skulle ge in sina senaste årsbokslut. När anbudstiden löpte ut hade två sökande missat att inkomma med dessa handlingar, varpå myndigheten begärde komplettering. De två sökande rättade sig efter begäran och vann så småningom kontraktet för att ha lämnat de mest fördelaktiga anbuden.

¹⁴⁷ Mål C-599/10, Slovensko, p 43.

¹⁴⁸ Jfr 13 kap 1 § och 2 § 1 st LOU.

¹⁴⁹ Jfr målen C-599/10, Slovensko, p 44; C-336/12, Manova, p 35 och C-131/16, Archus och Gama, p 30.

¹⁵⁰ För en liknande uppfattning, se SOU 2018:44, s 300.

¹⁵¹ Jfr prop 2015/16:195, s 977. I doktrinen har rättsfallet kommenterats av bl.a. Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s 829, Rosen m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s 427 och Olsson, *ERT 2013 nr 4 s 873-878*.

Frågan som EU-domstolen hade att besvara var om likabehandlingsprincipen tillåter att en anbudssökande inkommer med handlingar som beskriver dennes situation, såsom offentliggjorda årsbokslut, om dessa skulle getts in enligt upphandlingsdokumenten och så inte skett före anbudstidens slut.

4.5.2 Uppgifter som objektivt kan kontrolleras och kravutformning

EU-domstolen hänvisade inledningsvis till de förutsättningar för att åtgärda bristfälliga handlingar som slogs fast i Slovensko och konstaterade att de också gör sig gällande beträffande handlingar som ska ges in under urvalsfasen i ett selektivt förfarande.¹⁵²

För att därefter besvara tolkningsfrågan framhåller EU-domstolen att upplysningar som framgår av sådana handlingar får rättas eller kompletteras i enskilda delar om begäran avser omständigheter eller upplysningar som det objektivt går att kontrollera att de förelåg innan fristen för att lämna in ansökan löpte ut, till exempel offentliggjorda årsbokslut.¹⁵³ Däremot, konstaterar EU-domstolen, försvinner denna möjlighet om den upphandlande myndigheten har angett i upphandlingsdokumenten att frånvaron av en handling eller upplysning ska medföra att sökanden utesluts från upphandlingen, eftersom myndigheten är skyldig att strängt följa de krav som den själv har fastställt.¹⁵⁴

Med detta avgörande klargörs således att rättelser och kompletteringar kan tillåtas om uppgifterna finns innan fristen för att lämna in ansökan eller anbud har löpt ut och detta går att kontrollera objektivt i efterhand. Detta innebär ett större utrymme för att tillåta respektive begära åtgärder än vad EU-domstolens tidigare praxis ger vid handen. Värt att notera dock är att de allmänna förutsättningarna och kraven, som följer av Wallonska bussarna och Slovensko, alltså ska uppfyllas respektive iakttas.

Avgörandet tydliggör även vikten av att upphandlande myndigheter är noggranna med hur de utformar upphandlingsdokumenten och följderna av att inte uppfylla kraven. Liksom EU-domstolen klargör, stänger den upphandlande myndigheten möjligheten att bevilja åtgärdande om den har angett att krav ska uppfyllas vid risk för uteslutning. Motsatsvis får emellertid den upphandlande myndigheten begära åtgärdande avseende

¹⁵² Mål C-336/12, Manova, p 31-38.

¹⁵³ Mål C-336/12, Manova, p 39.

¹⁵⁴ Mål C-336/12, Manova, p 40.

krav som inte måste uppfyllas vid risk för uteslutning eller förkastande av anbudet.¹⁵⁵ För att behålla ett skönsmässigt utrymme för att bedöma om brister ska få åtgärdas bör den upphandlande myndigheten således undvika att stadga uteslutning eller förkastande av anbud som följer av att inte uppfylla kraven.

4.6 Mål C-131/16, Archus och Gama

4.6.1 Bakgrund

Mål C-131/16, Archus och Gama, är ett av de senare avgörandena i EU-domstolens praxisutveckling. Målet gällde en upphandling inom försörjningssektorerna av ett kontrakt avseende digitalisering av handlingar. Enligt upphandlingsdokumenten var anbudsgivarna skyldiga att ge in provexemplar av digitaliserade handlingar, vilka skulle utarbetas enligt vissa angivna riktlinjer. Likaså var de skyldiga att ange tillvägagångssätt och kvalité avseende digitaliseringen. En anbudsgivare begärde att få ersätta sitt ingivna provexemplar med ett nytt provexemplar eftersom det, på grund av ett oavsiktligt misstag, inte uppfyllde specifikationerna i upphandlingsdokumenten. Den upphandlande myndigheten tillät kompletteringen och begärde i samband därmed information om metoden för mikrofilmning av provexemplaret och dess tekniska parametrar. Anbudet förkastades så småningom på grund av att det ansågs vara oförenligt med upphandlingsdokumenten. I överklagandeprocessen begärde den nationella domstolen svar på frågan om myndighetens begäran var tillåten enligt likabehandlingsprincipen.¹⁵⁶

4.6.2 Utrymmet för att åtgärda provexemplar

Med förankring i målen Slovensko och Manova konstateras inledningsvis att en anmodan från den upphandlande myndigheten till en anbudsgivare att lämna uppgifter och handlingar i princip inte får avse något annat än ett förtydligande eller en rättelse av ett uppenbart fel i anbudet.¹⁵⁷ Enligt EU-domstolen innebär detta att en begäran inte får innebära en allmän möjlighet att lämna uteblivna handlingar eller upplysningar som

¹⁵⁵ Denna tolkning finner bl.a. stöd i EU-domstolens uttalande i mål C-27/15, Pippo Pizzo, p 49-50. Se vidare, för en liknande tolkning av fallet, Ågren, UrT 2018 nr 3 s 148 och Olsson, ERT 2013 nr 4 s 877.

¹⁵⁶ Den andra tolkningsfrågan avsåg talerätten, vilket inte är av relevans för uppsatsens frågeställning.

¹⁵⁷ Mål C-131/16, Archus och Gama, p 27-33 och p 36.

krävdes enligt upphandlingsdokumenten, och inte heller leda till att handlingar lämnas med sådana ändringar som i själva verket utgör ett nytt anbud.¹⁵⁸ EU-domstolen tog inte ställning till huruvida det rörde sig om ett sådant uppenbart fel i anbudet som är tillåtet att rätta eller om anbudet olovligen hade ändrats. Detta överläts istället på den hänskjutande domstolen att pröva utifrån omständigheterna i målet.¹⁵⁹

Avgörandet klargör att de allmänna förutsättningarna och kraven vid åtgärdande av bristfälliga handlingar, som följer av Slovensko och Manova, gör sig gällande även inom försörjningssektorerna. Det klargörs även att provexemplar inbegrips bland de slags handlingar som kan få åtgärdas inom ramen för kraven på likabehandling och öppenhet.

Vad närmare beträffar åtgärder för att uppfylla krav enligt upphandlingsdokumenten, klargör EU-domstolen att det inte finns en allmän möjlighet att kompensera frånvaron av krävda handlingar eller upplysningar. Det till synes stora utrymmet för att åtgärda brister i kravhänseende, vilket motsatsvis kan utläsas av avgörandet Manova, snävas härmed in en aning. Förhållandet att det inte uttryckligen anges att en anbudsgivare utesluts eller att anbudet förkastas om kravet inte uppfylls, innebär inte att det står denne fritt att ge in obligatoriska handlingar eller upplysningar först efter att anbudstiden har löpt ut. En sådan ordning skulle innebära att kraven i upphandlingsdokumenten undermineras. Inte minst skulle det vara oförenligt med kravet på öppenhet, eftersom det kan finnas leverantörer som har avstått från att lämna anbud på grund av det till synes obligatoriska kravet. Möjligheten att åtgärda brister i kravhänseenden får därmed anses begränsad till bristfälliga uppgifter som har lämnats i tid och beträffande vilka de övriga förutsättningarna enligt Slovensko och Manova är uppfyllda.

4.6.3 En principiellt viktig, men förbisedd fråga

En fråga som omständigheterna i målet aktualiserar, men som EU-domstolen inte berör, är om den upphandlande myndighetens beslut att låta anbudsgivaren ersätta sitt bristfälliga provexemplar med ett nytt sådant var tillåtet.

I upphandlingsdokumenten ställdes krav på bland annat att ett provexemplar skulle inlämnas och att detta skulle uppfylla vissa angivna specifikationer. Detta krav skulle

¹⁵⁸ Mål C-131/16, Archus och Gama, p 36.

¹⁵⁹ Mål C-131/16, Archus och Gama, p 38.

förvisso inte uppfyllas vid äventyr av uteslutning. Inte heller kompenserade åtgärden som vidtogs för frånvaron av ett provexemplar som inte hade lämnats in inom fristen. Det var istället fråga om ett misstag som hänförde sig till uppgifter som var inlämnade inom den stadgade fristen.¹⁶⁰ Under sådana förhållanden har myndigheten, ljuset av vad EU-domstolen uttalade i *Manova*, inte varit skyldig att utesluta anbudsgivaren med hänvisning till att kraven i upphandlingsdokumenten strikt ska upprätthållas. Möjligheten att bevilja åtgärden får istället bedömas mot bakgrund av de allmänna förutsättningarna och kraven som slogs fast i *Slovensko*, varav det bland annat förutsätts att bristen ska anses vara uppenbar.

Den principiellt sett intressanta frågan som härmed aktualiseras är vilken betydelse det har för bedömningen, av huruvida en brist är uppenbar, att en brist adresseras av en anbudsgivare och inte av den upphandlande myndigheten. Denna fråga gör sig gällande dels i förhållande till dels bristen i provexemplaret som anbudsgivaren begärde att få byta ut, dels i förhållande till de övriga bristerna i anbudet som myndigheten uppmärksammade först då anbudsgivaren framförde sin begäran. EU-domstolen reder inte ut detta frågetecken utan konstaterar blott att det var anbudsgivaren som begärde att få lämna in ett nytt exemplar, varefter fokus uteslutande läggs på frågan om anbudets övriga brister var tillåtna att adressera.¹⁶¹

Förhållandet att EU-domstolen inte uttalar sig om huruvida bristerna var uppenbara får rimligtvis förstås mot bakgrund av att den skulle förse den nationella domstolen med de uppgifter om tolkningen av EU-rätten som behövdes för att avgöra tvisten.¹⁶² Det ankommer inte på EU-domstolen att i mål om förhandsavgörande uttala sig om hur nationella bestämmelser ska tolkas eller hur bakgrunden till tvisten vid den nationella domstolen ska bedömas, eftersom detta uteslutande är en uppgift för den nationella domstolen.¹⁶³ Enligt min mening är dock frågan om hur uppenbarhetsrekvisitet ska förstås av principiell karaktär, i synnerhet när bristerna framgår för den upphandlande

¹⁶⁰ Mål C-131/16, *Archus och Gama*, p 17

¹⁶¹ Mål C-131/16, *Archus och Gama*, p 35.

¹⁶² Se artikel 267 i FEUF om förhandsavgöranden samt målen C-112/00, *Schmidberger*, p 30; C-197/10, *Unión de Pagesos*, p 16 och C-307/10, *Patent Attorneys*, p 31.

¹⁶³ Se målen C-345/09, *van Delft*, p 114 samt C-378/07–C-380/07, *Angelidaki*, p 48. Jfr målen C-599/10, *Slovensko*, p 42-44; C-336/12, *Manova*, p 41; C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 31 och C-131/16, *Archus och Gama*, p 38.

myndigheten först i och med att anbudsgivaren gör den uppmärksammas därom. Denna fråga är inte desto mindre viktig för förståelsen av utrymmet för att åtgärda brister inom ramen för principerna om likabehandling och öppenhet. En upplysande behandling av denna fråga av EU-domstolen hade således varit önskvärd.

4.7 Sammanfattande analys och slutsatser

4.7.1 Inledande anmärkningar

EU-domstolens bedömning av vad principerna om likabehandling och öppenhet tillåter och kräver vid åtgärdande av bristfälliga handlingar är till övervägande del stringent genom praxisutvecklingen. Anvisningarna i Slovensko och Manova bildar vad som närmast är att likna vid en principiell mall som EU-domstolen alltjämt utgår från.¹⁶⁴

4.7.2 Utgångspunkt för bedömningen

Enligt vedertagen praxis från EU-domstolen syftar principerna om likabehandling och öppenhet till att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan anbudsgivare, vilket också är grundtanken bakom upphandlingsregelverket. Likabehandling och öppenhet utgör således inte ett mål i sig, utan principerna ska bedömas mot bakgrund av de målsättningar som eftersträvas med dem.

Härav följer att anbud i princip inte får ändras efter att de har lämnats in, varför den upphandlande myndigheten som utgångspunkt inte får begära åtgärdande av anbud som den anser är oklara eller oförenliga med kraven i upphandlingsdokumenten.¹⁶⁵ Liksom inledningsvis nämndes har EU-domstolen emellertid gjort klart att det finns ett visst utrymme, inom ramen för kraven på likabehandling och öppenhet, för upphandlande myndigheter att låta brister i inlämnade handlingar åtgärdas, utan att anbudet därigenom anses förändrat.

¹⁶⁴ Se målen C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, p 42-43; mål C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p 59-70 och C-131/16, *Archus och Gama*, p 27-39 samt C-523/16 och C-536/16, *MA.T.I. SUD*, p 50-52.

¹⁶⁵ Jfr målen C-87/94, *Wallonska bussarna*, p 56-60; C-599/10, *Slovensko*, p 36-37; C-336/12, *Manova*, p 31; C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, p 62 och C-131/16, *Archus och Gama*, p 27-28.

4.7.3 Förutsättningar och krav för att åtgärda bristfälliga anbud

Av EU-domstolens rättspraxis går det att utläsa att principerna om likabehandling och öppenhet inte hindrar rättelser, förtydliganden eller kompletteringar om följande förutsättningar och krav uppfylls respektive iakttas av den upphandlande myndigheten.

Den övergripande förutsättningen för att få åtgärda brister i inlämnade handlingar är att åtgärden som vidtas inte innebär en sådan betydande förändring av innehållet att anbudsgivaren ger in vad som i själva verket utgör ett nytt anbud.¹⁶⁶ Hur distinktionen ska göras, mellan en otillåten ändring av ett anbud och en tillåten åtgärd av en brist, har EU-domstolen inte angett uttömmande. Däremot har domstolen genomgående erinrat om ett antal situationer i vilka det i vart fall bör anses vara tillåtet att åtgärda brister i anbud efter anbudstiden, nämligen då det rör sig om rättelse eller komplettering på en specifik punkt eller i enskilda delar i de inlämnade handlingarna. Förutsättningen är att det är uppenbart att uppgifterna kräver en enkel förklaring eller för att det är nödvändigt för att undanröja uppenbara materiella fel eller sakfel.¹⁶⁷ Vidare har EU-domstolen klargjort att brister kan få åtgärdas om uppgifterna som därigenom fastställs fanns innan anbudstidens slut och detta går att bekräfta i efterhand på ett sätt som är objektivt.¹⁶⁸

En ytterligare grundläggande förutsättning för att brister ska få åtgärdas är att det inte finns något hinder mot detta i upphandlingsdokumenten. Eftersom den upphandlande myndigheten är skyldig att följa de krav den själv har fastställt, får den inte bevilja åtgärder som kompenserar för frånvaron av handlingar eller upplysningar som krävs enligt upphandlingsdokumenten och som inte har lämnats inom utsatt anbudsfriest.¹⁶⁹ Inte heller får brister i inlämnade handlingar åtgärdas om dessa, enligt uttryckliga bestämmelser i upphandlingsdokumenten, ska leda till att anbudsgivaren utesluts eller att anbudet förkastas.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Se målen C-599/10, Slovensko, p 40 och 42-44; C-336/12, Manova p 36; C-324/14, Partner Apelski Dariusz, p 64; C-131/16, Archus och Gama, p 36-37 samt C-523/16 och C-536/16, MA.T.I. SUD, p 52.

¹⁶⁷ Jfr målen C-599/10, Slovensko, p 40; C-336/12, Manova, p 32; C-324/14, Partner Apelski Dariusz, p 63; C-131/16, Archus och Gama, p 29 samt C-523/16 och C-536/16, MA.T.I. SUD p 50 och 54.

¹⁶⁸ Mål C-336/12, Manova, p 39.

¹⁶⁹ Jfr målen C-496/99 P, Succhi di Frutta, p 115 och C-131/16, Archus och Gama, p 33 och 36 samt C-523/16 och C-536/16, MA.T.I. SUD, p 51.

¹⁷⁰ Jfr målen C-336/12, Manova, p 40; C-42/13, Cartiera dell'Adda, p 46; mål C-27/15, Pippo Pizzo, p 49; C-131/16, Archus och Gama, p 36 samt C-523/16 och C-536/16, MA.T.I. SUD, p 49 och 54.

Om en upphandlande myndighet bedömer att den ifrågavarande bristen är en sådan brist som får åtgärdas, i enlighet med de ovan beskrivna förutsättningarna, så finns det ett antal krav som den måste iaktta när den begär eller beviljar åtgärdande. Det centrala kravet härvid är den upphandlande myndigheten uppträder på ett sätt som är lojalt och likabehandlande i förhållande till samtliga anbudsgivare. Annars är risken överhängande för att den anses ha agerat otillbörligt, om inte i maskopi, genom att endast erbjuda en eller ett fåtal anbudsgivare möjligheten att åtgärda brister i sina inlämnade handlingar.¹⁷¹

Rent konkret innebär detta, för det första, att den upphandlande myndigheten inte får kontakta någon anbudsgivare för att begära rättelse, förtydligande eller komplettering förrän efter det att den har tagit del av samtliga anbud.¹⁷² För det andra, när samtliga anbud har öppnats och brister i ett inlämnat anbud ska adresseras, är den upphandlande myndigheten skyldig att skicka en motsvarande begäran på ett likvärdigt sätt till samtliga anbudsgivare som befinner sig i en liknande situation.¹⁷³ Slutligen ska den upphandlande myndighetens begäran inbegripa samtliga punkter som den upplever är oklara eller annars inte motsvarar kraven som stadgas i upphandlingsdokumenten.¹⁷⁴

¹⁷¹ Jfr målen C-599/10, Slovensko, p 41; C-336/12, Manova, p 37; C-324/14, Partner Apelski Dariusz, p 65 och C-131/16, Archus och Gama, p 32

¹⁷² Jfr målen C-599/10, Slovensko, p 42; C-336/12, Manova, p 34 och C-131/16, Archus och Gama, p 30.

¹⁷³ Jfr målen C-599/10, Slovensko, p 43; C-336/12, Manova, p 34 och C-131/16, Archus och Gama, p 30. Avsteg från detta krav får enligt EU-domstolen ske om det finns sakliga skäl för olikabehandling. Se mer om denna förutsättning i behandlingen av målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, p 27, i avsnitt 2.4.2.

¹⁷⁴ Jfr målen C-599/10, Slovensko, p 44; C-336/12, Manova, p 35 och C-131/16, Archus och Gama, p 30.

5 Bristfälliga handlingar i svensk rättspraxis

5.1 Inledning

Frågan om möjligheten att rätta, förtydliga eller komplettera har i HFD:s hittillsvarande rättspraxis behandlats styvmoderligt. Det finns i dagsläget endast två avgöranden i vilka HFD tar ställning till vad de allmänna principerna tillåter och kräver när ett bristfälligt anbud har lämnats in: mål nr 555-15 och nr 2691-15, vilka återges i HFD 2016 ref 37.¹⁷⁵ Desto mer omfattande kammarrättspraxis finns på området. I detta avsnitt utreds hur de svenska domstolarna har sett på möjligheten att åtgärda bristfälliga handlingar.

5.2 HFD 2016 ref 37

5.2.1 Bakgrund

Båda målen i HFD 2016 ref 37 avsåg i princip samma fråga: får en upphandlande myndighet bortse från att ett anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, eller är den skyldig att förkasta anbudet? I mål nr 555-15, Sodexo (I), förkastade den upphandlande myndigheten ett anbud som inte uppfyllde ett obligatoriskt krav. I mål nr 2691-15, VAMAS (II), valde den upphandlande myndigheten istället att godta ett anbud med bortseende från ett sådant krav.

I Sodexo (I) upphandlades drift av skolkök genom ett förenklat förfarande enligt ÄLOU. Ett anbud förkastades på grund av att det inte uppfyllde det obligatoriska kravet att uppgift om enkelomättat fett skulle lämnas i en näringsberäkning för en matsedel. Anbudsgivaren ansökte om överprövning och anförde att det var oproportionerligt att förkasta dennes anbud, särskilt eftersom andelen enkelomättat fett kunde räknas ut indirekt av mängden fleromättat respektive mättat fett. Den upphandlande myndigheten såg sig inte skyldig att räkna om anbudet för att uppfylla kravet. Ingen av under-

¹⁷⁵ Även HFD 2015 ref 63 kan noteras. I fallet konstaterade HFD att en förhandling i ett förhandlat förfarande hade genomförts på ett sätt som direkt eller indirekt gav information om det konkurrerande anbudet, vilket ansågs strida mot likabehandlingsprincipen. Eftersom avgörandet inte avser frågan om när rättelse, förtydligande eller komplettering av bristfälliga anbud är tillåtet, utan om hur förhandling får ske avseende kvalificerade anbud i förhandlade förfaranden, behandlas det inte vidare i denna uppsats.

instanserna ansåg att den upphandlande myndigheten hade agerat oproportionerligt genom att upprätthålla kravet och båda avslog därför ansökan.¹⁷⁶

VAMAS (II) gällde en upphandling av avfallshämtning i form av ett öppet förfarande enligt ÄLOU. En av de förlorande anbudsgivarna begärde överprövning och anförde att den vinnande anbudsgivaren inte hade lämnat en obligatorisk uppgift om ungefärlig årsomsättning i sin förteckning över liknande uppdrag. Båda underinstanserna avslog ansökan om överprövning med motiveringen att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet eftersom det framgick av den vinnande anbudsgivarens förteckning att den hade den nödvändiga kapaciteten och att det inte kunde anses snedvrida konkurrensen att avvika från det ifrågavarande kravet.¹⁷⁷

5.2.2 Möjligheten att åtgärda brister avseende obligatoriska krav

HFD:s bedömning är i princip densamma i de båda målen. I domskälen understryks den centrala rollen som upphandlingsdokumenten har för det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingsförfarandet. För att detta underlag ska kunna fylla sin funktion krävs det enligt HFD att den upphandlande myndigheten redan vid utformningen av dokumenten ser till att kraven som ställs är proportionerliga i förhållande till det som upphandlas på så sätt att de är adekvata, relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Potentiella anbudsgivare ska nämligen kunna förlita sig på att samtliga obligatoriska krav är så viktiga att de kommer att upprätthållas under hela förfarandet.¹⁷⁸

HFD klargjorde att upphandlande myndigheter som avser att avvika från obligatoriska krav måste bedöma denna möjlighet i ljuset av de allmänna principerna, huvudsakligen principen om likabehandling.¹⁷⁹ Innan anbudstiden har löpt ut är det i princip tillräckligt att informera samtliga leverantörer därom, både anbudsgivare och potentiella sådana. Om detta inte kan ske måste kravet upprätthållas eller så måste upphandlingen avbrytas och göras om. När en upphandlande myndighet överväger att avvika från ett

¹⁷⁶ HFD 2016 ref 37, Sodexo (I) s 1.

¹⁷⁷ HFD 2016 ref 37, VAMAS (II) s 8.

¹⁷⁸ HFD 2016 ref 37, Sodexo (I) s 5 och VAMAS (II) s 11.

¹⁷⁹ HFD 2016 ref 37, Sodexo (I) s 5 och VAMAS (II) s 11.

obligatoriskt krav efter anbudstidens slut, blir det istället en fråga om att förtydliga eller komplettera anbud. Om så inte kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning är det i princip omöjligt för den upphandlande myndigheten att godta det ifrågavarande anbudet.¹⁸⁰

Tillämpat på omständigheterna i fallen konstaterade HFD inledningsvis att kraven var proportionerliga i förhållande till respektive upphandlingsföremål.¹⁸¹ I Sodexo (I) ansåg HFD att den upphandlande myndigheten hade agerat rätt när den förkastade det bristfälliga anbudet. Det kunde inte anses ha utgjort en alltför betungande uppgift för anbudsgivaren att precisera uppgiften om fettmängden i anbudet eftersom de övriga anbudsgivarna hade uppfyllt detta krav. Det skulle således ha stridit mot likabehandlingskravet att godta anbudet, varför HFD slog fast att myndigheten gjorde rätt i att förkasta det.¹⁸² På motsvarande grund ansåg HFD i VAMAS (II) att den upphandlande myndigheten agerade i strid mot principen om likabehandling när den godtog anbudet utan att det innehöll den krävda uppgiften om ungefärlig årsomsättning. Det aktuella kravet hade gett potentiella anbudsgivare anledning att förutsätta att det skulle strikt upprätthållas och åtgärden hade därför skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför HFD beslöt att upphandlingen skulle göras om.¹⁸³

5.2.3 Avgörandets betydelse

I och med HFD 2016 ref 37 klargörs således att obligatoriska krav ska upprätthållas i princip undantagslöst under hela förfarandet. Motiveringen till detta är att anbudsgivare, såväl faktiska som potentiella, ska kunna lita på upphandlingsdokumenten när de utformar sina anbud eller avstår från att delta. Den upphandlande myndigheten bör således ge förenligheten mellan inlämnade anbud och obligatoriska krav en strikt tolkning i bemärkelsen att den bör vara varken extensiv eller restriktiv. Med en annan tolkning av obligatoriska krav än en strikt sådan finns risken för att innebörden avviker från vad den gemene anbudsgivaren har tolkat kravet som, vilket kan strida mot principerna om likabehandling och öppenhet.

¹⁸⁰ HFD 2016 ref 37, Sodexo (I) s 5 och VAMAS (II) s 11.

¹⁸¹ HFD 2016 ref 37, Sodexo (I) s 6 och VAMAS (II) s 12.

¹⁸² HFD 2016 ref 37, Sodexo (I) s 6.

¹⁸³ HFD 2016 ref 37, VAMAS (II) s 12.

För att avvika från ett obligatoriskt krav efter att anbudstiden har löpt ut krävs enligt HFD att så kan ske utan risk för konkurrensbegränsning eller särbehandling. Det får i dagens rättsliga kontext anses motsvaras av kravet på att åtgärden ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet enligt 4 kap 9 § LOU.

Liksom framgår av Sodexo (I) kan invändningar mot obligatoriska krav inte grunda sig på att en brist framstår som obetydlig och att det därför verkar långtgående att förkasta anbudet, när anledningen till att kravet har ställts är adekvat och relevant för att uppnå upphandlingens ändamål. Härav följer samtidigt att invändningar kan riktas mot att obligatoriska krav har ställts i avseenden som är inadekvata och irrelevanta för anskaffningen när det förefaller orimligt att strikt upprätthålla kravet. HFD uttalar sig inte om en sådan invändning kan göras gällande för att åtgärda en brist i ett anbud eller om förhållandet att ett obligatoriskt krav är oproportionerligt innebär att upphandlingen ska avbrytas och göras om med en reviderad kravuppsättning.

Sammantaget kan konstateras att både upphandlande myndigheter och anbudsgivare bör iaktta noggrannhet. Upphandlande myndigheter bör vara noggranna med vilka krav de anger som obligatoriska eftersom dessa i princip måste upprätthållas under hela förfarandet. Likaså bör anbudsgivarna säkerställa att deras anbudshandlingar innehåller samtliga obligatoriska uppgifter eftersom dessa inte får tillföras i efterhand.

5.3 Kammarrätterna

5.3.1 Inledande anmärkning

För att kartlägga den rikhaltiga floran av kammarrättspraxis som rör möjligheterna att rätta, förtydliga och komplettera inlämnade handlingar delas de olika avgörandena in i kategorier av brister som domstolarna har haft att bedöma.

5.3.2 Utelämnade uppgifter

Antalet handlingar och upplysningar som begärs in i upphandlingsdokumenten är ofta omfattande. Därför hör det inte till ovanligheterna att anbudsgivare missar att inkomma med uppgifter. Frågan är hur upphandlande myndigheter ska bedöma denna brist.

I mål nr 590–591-18 fann Kammarrätten i Sundsvall att likabehandlingskravet överträdde av den upphandlande myndigheten när den lät två anbudsgivare komplettera sina anbud efter anbudsöppnandet. Anbudsgivarna hade missat att lämna in obligatoriska uppgifter om värde för referensuppdrag respektive tidpunkt för referensobjekt. Kammarrätten ansåg att nya sakuppgifter hade tillkommit i och med kompletteringarna, varmed anbudet ändrats olovligt.¹⁸⁴

Vidare fann Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 1875-17 att den upphandlande myndigheten borde ha förkastat det antagna anbudet vid prövningen av kvalificeringskraven eftersom det saknade en obligatorisk uppgift om de angivna referensuppdragens omfattning. Genom att istället låta anbudsgivaren komplettera sitt anbud på den aktuella punkten hade myndigheten brutit mot likabehandlingskravet.¹⁸⁵

Ett obligatoriskt krav i upphandlingen som prövades i mål nr 1042-18 var att arbetsledaren som offererades för aktuella tjänsten skulle ha gått en viss kravkurs. Den vinnande anbudsgivaren hade lämnat in ett CV för att styrka kompetensen, men av detta gick det inte att utläsa att arbetsledaren hade klarat av kravkursen. På denna grund ansåg Kammarrätten i Göteborg att det obligatoriska kravet inte kunde anses vara uppfyllt och anbudet borde ha förkastats.¹⁸⁶

En restriktiv inställning till frånvaro av obligatoriska uppgifter framgår vidare av flera äldre rättsfall när uppgifter om underleverantörer, referensuppdrag, tidsplan och ansvarsförsäkring har utelämnats i inlämnade anbud.¹⁸⁷ Denna återhållsamhet nyanseras dock i och med ett par avgöranden som är mer välvilligt betonade.

¹⁸⁴ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 590–591-18, s 3. Såvitt avsåg kompletteringen med uppgift om värdet på lämnade referensuppdrag var ett kammarrättsråd skiljaktigt. Eftersom en förutsättning för att referensuppdragen skulle kunna åberopas var att de hade ett visst minimivärde, menade den skiljaktige att upptagandet av uppdragen skulle ses som att anbudsgivaren bekräftade att värdet översteg minimivärdet och att det därför rörde sig om ett tillåtet förtydligande av redan lämnade uppgifter snarare än en otillåten komplettering med nya sakuppgifter. Se s 5.

¹⁸⁵ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1875-17, s 3. Till saken hör vidare att inte heller anbudsgivaren som begärde överprövning av tilldelningsbeslutet uppfyllde samtliga obligatoriska krav, varför denne inte kunde anses ha lidit skada och överklagandet därmed avlogs. Se s 3 f.

¹⁸⁶ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1042-18, s 6.

¹⁸⁷ Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 270-07, nr 7714-08 och nr 6248-11; Kammarrätten i Stockholm, mål nr 236-07, nr 3378-08, nr 7138-10 och nr 1183-14 samt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2699-08, nr 802-12 och nr 1220-13.

I mål nr 2494-14 ansåg Kammarrätten i Göteborg att den upphandlande myndigheten fick begära komplettering av utelämnade uppgifter om en kontaktperson för ett redan beskrivet referensuppdrag. Enligt kammarrätten innebar informationen endast att de redan lämnade uppgifterna kompletterades och att anbudet därför inte ändrades i sak, även om kompletteringen i och för sig innebar att det tillkom en ny sakuppgift.¹⁸⁸

I mål nr 3574-17 konstaterade Kammarrätten i Jönköping att en upphandlande myndighet hade rätt att beakta ett svar från en leverantör med innebörden att denne uppfyllde ett obligatoriskt krav. I upphandlingsdokumenten stadgades att maskinerna som upphandlades skulle kunna tilläggsutrustas. Efter påpekande från en konkurrent tillfrågades den ledande leverantören om dennes maskiner uppfyllde detta krav, varpå denne svarade att maskinerna skulle modifieras för att uppfylla kravet. I upphandlingsdokumenten föreskrevs inte att anbudsgivare skulle redovisa vilka tekniska lösningar de avsåg att använda för att uppfylla kravet på tilläggsutrustning.¹⁸⁹ Med hänsyn härtill, och eftersom det inte framgick att kravet ifråga eller några andra obligatoriska krav inte var uppfyllda, fann kammarrätten att svaret utgjorde varken en otillåten komplettering eller ett otillåtet förtydligande.¹⁹⁰ Till en motsvarande slutsats kom vidare Kammarrätten i Göteborg i mål nr 6417-622-10.¹⁹¹

Dessa två avgöranden indikerar att utrymmet för att adressera frånvaron av uppgifter i inlämnade anbud i hög grad styrs av hur upphandlingsdokumenten är utformade. Förhållandet att en upphandlande myndighet behöver ytterligare upplysningar eller handlingar för att bekräfta att ett obligatoriskt krav är uppfyllt betyder inte nödvändigtvis att det strider mot likabehandlingskravet att tillåta eller begära förtydligande eller komplettering av anbudet. Genom att exempelvis ställa krav på vad som ska presteras och inte kräva redogörelse för hur så ska ske, kan myndigheter ha möjlighet att begära klargöranden utan att det innebär att sakuppgifter som förändrar anbudet tillkommer.

¹⁸⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2494-14, s 3 f.

¹⁸⁹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3574-17, s 4.

¹⁹⁰ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3574-17, s 4 f.

¹⁹¹ Upphandlingen avsåg trygghetstelefoner som skulle ha viss reservkapacitet. Den antagna leverantören angav ej hur kravet skulle uppfyllas. På myndighetens begäran förtydligades att telefonen skulle utrustas så att den uppfyllde kraven, men någon teknisk verifikation lämnades inte. Kammarrätten fann att det inte hade ställts krav anbudsgivare att tekniskt verifiera hur de obligatoriska kraven skulle uppfyllas och att myndigheten inte heller hade någon kontrollskyldighet avseende de lämnade uppgifternas riktighet när omständigheterna inte gav anledning att ifrågasätta detta. Se s 6 f.

Öppenhetskravet gör sig dock alltså gällande på så sätt att det klart och entydigt ska framgå av upphandlingsdokumenten vad det är som efterfrågas och myndigheten får heller inte föreskriva mer långtgående möjligheter att åtgärda brister än vad som följer av 4 kap 9 § LOU och EU-domstolens rättspraxis. Detta framgår av Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6350-16. I upphandlingen lät den upphandlande myndigheten en anbudsgivare komplettera sitt anbud efter att anbudstiden löpt ut. I upphandlingsdokumenten stadgades att anbudsgivare fick komplettera sina anbud om produkten inte ansågs likvärdig det som efterfrågades. Kammarrätten fann att myndigheten hade utlovat möjligheter till komplettering utan laga grund och att den därmed agerade i strid mot LOU genom att acceptera de nya uppgifterna.¹⁹² Avgörandet får antas ha spelat ut betydelsen av mål nr 665-11, vari Kammarrätten i Göteborg kom till den motsatta slutsatsen att upphandlingsdokumenten gav den upphandlande myndigheten utrymme för att hämta in utredning om anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella ställning, även om de inte uppfyllde det obligatoriska bevisningskravet i sina ursprungsanbud.¹⁹³

5.3.3 Avvikande uppgifter

En annan fråga är hur upphandlande myndigheter ska bedöma situationen då uppgifter har lämnats in för att uppfylla de obligatoriska kraven, men avviker från det som föreskrivs i upphandlingsdokumenten.

I mål nr 2896-16 instämde Kammarrätten i Jönköping med anbudsgivaren i frågan om ett obligatoriskt krav skulle anses uppfyllt eller inte. I upphandlingen förkastades ett anbud eftersom anbudsgivaren, som förvisso hade gett in alla obligatoriska uppgifter, hade förbisett det obligatoriska kravet att lämna uppgifterna på ”avsedd plats”. Svarens uppgifterna skulle enligt formkravet fyllas i fyra olika fritextrutor. Anbudsgivaren hade lämnat samtliga uppgifter i endast två av rutorna. Kammarrätten fann att ett strikt upprätthållande av ett obligatoriskt krav som kravet ifråga, som endast avser utformningen av anbudshandlingarna och som inte tillåter oväsentliga och bagatellartade misstag, vore oproportionerligt.¹⁹⁴ I bedömningen noterades att kravet gav utrymme för flera olika

¹⁹² Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6350-16, s 7.

¹⁹³ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 665-11, s 8.

¹⁹⁴ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2896-16, s 3.

tolkningar och att det var ett begränsat antal uppgifter som hade lämnats, vilka den upphandlande myndigheten inte behövde leta efter och heller inte kunde missförstå.¹⁹⁵ Syftet med kravet hade därmed inte förfelats. Med en välvillig tolkning ansågs anbudsgivaren ha uppfyllt samtliga krav, varför den upphandlande myndigheten agerade i strid mot likabehandlingsprincipen när den förkastade anbudet.¹⁹⁶ Värt att notera är att ett strikt upprätthållande av det obligatoriska kravet ansågs oproportionerligt och att följden därmed bestämdes till att anbudet skulle kvalificeras; inte till att upphandlingen skulle avbrytas och göras om.¹⁹⁷ Det faktum att formkravet kunde tolkas på flera olika sätt kunde nämligen, enligt kammarrättens mening, inte ha fått andra leverantörer att lämna felaktigt utformade anbud eller helt avstå från att lämna anbud.¹⁹⁸ Avgörandet klargör således att brister kan få läkas om kraven som ställts är oproportionerliga och detta inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Två andra kammarrättsavgöranden präglas av mer återhållsamhet. I dessa ansågs de inlämnade anbuden inte uppfylla samtliga obligatoriska krav. I mål nr 7715-17 ställdes krav på att visa innehav av kvalitetsledningssystem. Kravet kunde uppfyllas genom att lämna uppgift om referensuppdrag eller intyg om certifiering. Den antagna leverantören hade lämnat referenser på ett annat ställe än det anvisade, men till skillnad från i mål nr 2896-16, gick det inte att med enkelhet utläsa av anbudet vad som avsågs med uppgifterna. Inte heller godtogs leverantörens intyg, eftersom certifikatet hade utfärdats för dennes moderbolag.¹⁹⁹ Kammarrätten i Stockholm fann därför att myndigheten hade brutit mot likabehandlingskravet när den kvalificerade anbudet.²⁰⁰ På liknande grunder ansåg Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1887-18 att den upphandlande myndigheten inte fick utvärdera ett anbud till vilket anbudsgivaren inte hade bifogat en obligatorisk uppgift.²⁰¹ Istället för att bifoga den kvalitets- och miljöplan som uttryckligen krävdes

¹⁹⁵ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2896-16, s 3.

¹⁹⁶ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2896-16, s 3.

¹⁹⁷ Jfr diskussionen i anknytning till HFD 2016 ref 37 i avsnitt 5.2.3.

¹⁹⁸ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2896-16, s 3.

¹⁹⁹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7715-17, s 5. Jfr domskälen i Förvaltningsrätten i Uppsala, mål nr 3281-17, s 12 ff.

²⁰⁰ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7715-17, s 5 f.

²⁰¹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1887-18, s 3.

enligt upphandlingsdokumenten, hade anbudsgivaren gett in intyg på ISO-certifieringar i tron att dessa skulle vara fullgoda.²⁰²

5.3.4 Klargörande uppgifter

När anbud innehåller uppgifter som är oklara eller motsägelsefulla är frågan om och i vad mån en upphandlande myndighet får begära klargöranden av dessa uppgifter, utan att det resulterar i att de lämnade uppgifterna ersätts eller att nya sakuppgifter tillförs.

I mål nr 742–743-16 fann Kammarrätten i Sundsvall den upphandlande myndigheten hade rätt att begära förtydligande angående två anbudsgivande konsortiers kapacitet. Under upphandlingen ifrågasattes huruvida konsortierna förfogade över de nödvändiga resurserna hos företagen vars tekniska och yrkesmässiga kapacitet de hade åberopat. I en anbudsbilaga nämndes ett samarbetsavtal som indikerade att så var fallet, vilket myndigheten begärde och fick bekräftat före kontraktstilldelning. Kammarrätten instämde med förvaltningsrättens bedömning att förtydligandet, att de åberopade företagen enligt samarbetsavtalet åtog sig att ställa nödvändiga resurser till konsortiernas förfogande, inte kunde anses innebära att en ny sakuppgift tillförts upphandlingen.²⁰³ Istället var det fråga om en godtagbar konkretisering av redan lämnade uppgifter. På liknande grunder har förtydliganden ansetts vara tillåtet i följande äldre rättsfall.

I mål nr 2947-14 fann Kammarrätten i Jönköping att en anbudsgivare hade rätt att förtydliga sitt anbud såtillvida att den fick klargöra att platsen för uppdragets utförande ingick i det område som det inlämnade certifikatet uttryckte. Åtgärden var tillåten eftersom anbudet inte ändrades eller utvidgades därmed.²⁰⁴ I mål nr 7060-13 inhämtades ett förtydligande avseende innebörden av ett antal fotnoter, vilket Kammarrätten i Göteborg konstaterade var tillåtet eftersom det framgick att fotnoterna enbart utgjorde en ovidkommande upplysning.²⁰⁵ Kammarrätten i Sundsvall ansåg i mål nr 1227-12 att en komplettering via frågor och svar inte innebar att någon inlämnad uppgift byttes ut, utan att det istället rörde sig om en tillåten konkretisering av den ofullständiga och i viss

²⁰² Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1887-18, s 3.

²⁰³ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 742–743-16, s 3. Jfr domskälen i Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 648–649-16, s 6 f.

²⁰⁴ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2947-14, s 6.

²⁰⁵ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7060-13, s 5.

mån motsägelsefulla uppgiften i upphandlingsdokumenten.²⁰⁶ Kammarrätten i Sundsvall och Kammarrätten i Jönköping fann, i mål nr 2217-15 respektive mål nr 1871-13, att specificering av prisuppgifter var tillåtet eftersom anbudens totalpris inte ändrades och det sålunda inte fanns någon risk för konkurrensbegränsning.²⁰⁷

Samtidigt finns flera rättsfall i vilka förtydligande eller komplettering inte har ansetts vara tillåtet. I mål nr 766-17 ansåg Kammarrätten i Stockholm att den upphandlande myndigheten agerade korrekt när den förkastade ett anbud som innehöll motstridiga uppgifter.²⁰⁸ Leverantören hade kryssat i rutor i förfrågningsunderlaget för att intyga kravuppfyllelse, men bifogade egna villkor för leverans och betalning med annan ordning. På liknande grund har kammarrätterna i äldre avgöranden funnit att en anbudsgivares förtydligande inte kan avhjälpa förhållandet att den i sitt anbud har lämnat motstridiga uppgifter som innebär att obligatoriska krav kan anses vara uppfyllda.²⁰⁹ I mål nr 834-12 prövade Kammarrätten i Jönköping om förtydligandet av det antagna anbudet avseende en obligatorisk uppgift var tillåten enligt 9 kap 8 § ÄLOU. Domstolen ansåg att uppgiften inte var otydlig innan förtydligandet och att det heller inte fanns någon annan anledning som motiverade ett klagorand, varför det rörde sig om en otillåten ändring som inte borde ha beaktats vid anbudsprövningen.²¹⁰

5.3.5 Felaktiga uppgifter

En annan återkommande fråga är hur upphandlande myndigheten ska bedöma anbud som innehåller felaktiga uppgifter. Här bör än en gång erinras om premisen, att fel ska vara uppenbara för att få rättas, har tagits bort från lagtexten i och med 4 kap 9 § LOU.

Kammarrätten i Jönköping gav i mål nr 3133-17 sin syn på möjligheten att rätta felaktiga uppgifter under det nya lagrummet. I upphandlingen ställdes frågor i en ESPD-blankett. På frågan om anbudsgivaren förlitade sig på andra enheters kapacitet hade den vinnande leverantören svarat ja, men underlätit att skicka in den särskilda försäkran som

²⁰⁶ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1227-12, 10 f.

²⁰⁷ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2217-15, s 4 f och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1871-13, s 18.

²⁰⁸ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 766-17, s 5 f.

²⁰⁹ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6530-12 och nr 8441-08 samt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2147-11.

²¹⁰ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 834-12, s 7.

därmed krävdes för att bevisa att leverantören förfogade över resurserna. När den upphandlande myndigheten frågade leverantören om detta förhållande fick den veta att svaret skulle ändras till nej. Denna rättelse av lämnade uppgifter konstaterade kammarrätten utgjorde en förutsättning för att leverantörens anbud skulle uppfylla samtliga obligatoriska krav. Därmed hade leverantören fått en otillbörlig fördel i upphandlingen, varför myndigheten bröt mot likabehandlingsprincipen när den accepterade rättelsen.²¹¹ I domskälen nämns inget uppenbarhetsrekvisit, utan prövningen sker mot bakgrund av likabehandlingsprincipen och kraven som angetts i upphandlingsdokumenten. Detta ligger i linje med såväl bedömningarna i ovan behandlad kammarrättspraxis beträffande förtydliganden och kompletteringar som författningskommentaren till 4 kap 9 § LOU.

Mål nr 2557-11 avgjordes förvisso enligt 9 kap 8 § ÄLOU, men Kammarrätten i Stockholms bedömning i rättsfallet ger ändå viss ledning om vilka förutsättningarna är för att rätta fel. I upphandlingen begärde den upphandlande myndigheten förtydligande från en leverantör med avseende på ett antal delposter i dennes anbud, vilka inte stämde överens med anbudspriset. Det rörde sig om en felsummering som rättades till, utan att det totala anbudspriset ändrades. Kammarrätten slog fast att rättelsen sålunda hade skett utan att nya sakuppgifter tillfördes anbudet och därmed även utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.²¹²

5.3.6 Uppgifter hos tredje part

En inte alltför främmande situation är att uppgifter som fordras in enligt upphandlingsdokumenten finns hos någon annan än anbudsgivaren.

När anbud saknar myndighetsuppgifter har kammarrätterna vid flera tillfällen tillåtit komplettering på grunden att sådana uppgifter inte anses påverka anbudets innehåll. Förutsättningen för att så ska få ske är att uppgiften finns hos myndigheten innan fristen för att lämna anbud löpt ut och att alla anbudsgivare i samma situation ges motsvarande möjligheter. Till exempel har anbudsgivare fått komplettera med uppgifter om trafik-tillstånd från Riksskatteverket och registreringsbevis från Bolagsverket.²¹³ Såvitt avser

²¹¹ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3133-17, s 3.

²¹² Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2557-11, s 3.

²¹³ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2379-03 och mål nr 3979-05 samt Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7217-08. Dagens motsvarighet till Riksskatteverket är Skatteverket.

uppgifter som finns hos en tredje part som inte är en myndighet, lär i allmänhet en sedvanlig bedömning av möjligheten att åtgärda inlämnade handlingar vara påkallad.

Kammarrätterna har vidare slagit fast att likabehandlingsprincipen utgör ett hinder mot att upphandlande myndigheter självmant inhämtar uppgifter från tredje part. Detta gäller oavsett om dessa finns hos en myndighet eller en privat aktör. Detta konstaterade Kammarrätten i Göteborg i mål nr 3001-03 sedan den upphandlande myndigheten på eget initiativ inhämtat en blankett med uppgifter från Riksskatteverket.²¹⁴ På motsvarande sätt ansåg Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 492-08 att den upphandlande myndigheten bröt mot på likabehandlingskravet när den, istället för att begära komplettering av anbudsgivaren, vände sig direkt till dennes försäkringsgivare för att åtgärda bristen i anbudet.²¹⁵ Upphandlande myndigheters befogenheter är alltså begränsade till att tillåta eller begära att anbudsgivaren själv åtgärdar sina bristfälliga handlingar, liksom vad som följer av 4 kap 9 § LOU.

5.4 Sammanfattande analys och slutsatser

5.4.1 Inledande anmärkningar

Allmänt får sägas att den svenska rättstillämparen ser restriktivt på möjligheterna att rätta, förtydliga och komplettera brister i inlämnade handlingar. Detta gäller såväl före HFD 2016 ref 37 som därefter. Fallen i vilka upphandlande myndigheter ansetts tillåtna att acceptera eller låta åtgärda bristfälliga anbud har särskilda förutsättningar förelegat. Utrymmet för att åtgärda brister enligt 4 kap 9 § LOU förefaller därmed begränsat.

5.4.2 Utgångspunkt för bedömningen

Det som har framkommit i detta avsnitt utvisar att de svenska domstolarnas bedömning inte skiljer sig åt beroende på vilken åtgärd som en brist aktualiserar. Den gemensamma förutsättningen för rättelser, förtydliganden och kompletteringar av brister är att anbudsgivare behandlas lika och att det sker på ett sätt som är öppet. Detta gäller i vart fall

²¹⁴ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3001-03, s 3.

²¹⁵ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 492-08, s 4 f.

sedan revideringen av 4 kap 9 § LOU, varmed kravet på att fel ska vara uppenbara för att få rättas togs bort och ersattes av hänvisningen till nämnda principer.²¹⁶

När domstolarna har haft att bedöma vad som är förenligt respektive oförenligt med principerna om likabehandling och öppenhet utgår de ifrån upphandlingsdokumenten. Utgångspunkten motiveras av att det är informationen i detta underlag, om föremålet för upphandlingen och villkoren för deltagande, som anbudsgivare lägger till grund för sitt beslut om att konkurrera om kontraktet eller avstå från att lämna anbud.²¹⁷ Leverantörer ska kunna lita på att det som anges i upphandlingsdokumenten också gäller i praktiken.

5.4.3 Fallen i vilka bristfälliga anbud ska förkastas

Domstolarnas bedömning har varit återhållsam när anbud uppvisar brister i avseenden som anbudsgivare enligt upphandlingsdokumenten ska rätta sig efter. Den allmänna inställningen synes vara att konkurrensen begränsas och att anbudsgivare särbehandlas om upphandlande myndigheter avviker från krav, som de har åtagit sig att upprätthålla, genom att acceptera eller låta åtgärda bristfälliga anbud. De aktuella avgörandena kan med fördel avhandlas i form av två olika typfall.

Det ena typfallet är när det är först genom åtgärden avseende de oklara, felaktiga, motstridiga eller utelämnade uppgifterna som anbudet uppfyller de ställda kraven. I dessa fall har kammarrätterna så gott som kategoriskt avvisat möjligheten för upphandlande myndigheter att tillåta eller begära brister åtgärdas.²¹⁸ Grunden för denna stränga praxis är att åtgärder som syftar till att uppfylla obligatoriska krav innebär ett avvikande från upphandlingsdokumentens tvingande föreskrifter. Inte sällan ändras därmed också det inlämnade anbudet i sak, vilket är otillåtet efter att anbudstiden har löpt ut. Beträffande obligatoriska uppgifter har det vidare gjorts klart att upphandlande myndigheter inte kan utvidga sina befogenheter genom stadganden i upphandlingsdokumenten som saknar rättslig grund i de auktoritativa rättskällorna.²¹⁹

²¹⁶ Se avsnitt 5.3.5 om Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3133-17.

²¹⁷ Se avsnitt 5.2.2.

²¹⁸ Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 270-07, nr 7714-08, nr 6248-11, nr 6350-16 och nr 1042-18; Kammarrätten i Jönköping, mål nr 834-12 och nr 3133-17; Kammarrätten i Stockholm, mål nr 236-07, nr 3378-08, nr 8441-08, nr 7138-10, nr 6530-12, nr 1183-14 och nr 766-17 samt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2699-08, nr 2147-11, nr 802-12, nr 1220-13, nr 1875-17 och nr 590-591-18.

²¹⁹ Se avsnitt 5.3.2 om Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6350-16.

Det andra typfallet är när inlämnade anbud inte uppfyller samtliga krav enligt upphandlingsdokumenten och bristerna inte har åtgärdats. Detta typfall åskådliggörs bäst av HFD 2016 ref 37 i vilket domstolen ansåg att den upphandlande myndigheten handlade rätt när den förkastade ett anbud som inte uppfyllde de ställda kraven och felaktigt när den godtog ett anbud med bortseende från dessa krav.²²⁰ I detta typfall ändras således inte det inlämnade anbudet, men förhållandet att det inte uppfyller samtliga krav gör att det alltjämt anses oförenligt med kraven på likabehandling och öppenhet att acceptera bristerna, eftersom den upphandlande myndigheten därmed avviker från upphandlingsdokumenten.

Den principiella regel som kommer till uttryck, att obligatoriska krav är obevekliga, är en sanning med modifikation. För ett strikt upprätthållande måste obligatoriska krav vara proportionerliga såtillvida att de på ett adekvat och relevant sätt bidrar till att syftet med upphandlingen uppnås. Om så inte är fallet och detta kan antas ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede måste upphandlingen avbrytas och göras om. När oproportionerliga krav inte tycks ha påverkat konkurrensen i upphandlingen har brister i inlämnade handlingar under särskilda förutsättningar kunnat godtas. Detta synes i allmänhet förutsätta att alla obligatoriska uppgifter har lämnats inom utsatt anbudstid och att bristen grundar sig i ett oväsentligt och bagatellartat misstag beträffande vilket det inte finns något utrymme för missförstånd.²²¹

5.4.4 Fallen i vilka bristfälliga anbud får åtgärdas

Under vilka förutsättningar har då den svenska rättstillämparen ansett att rättelser, förtydliganden och kompletteringar enligt 4 kap 9 § LOU är förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet? Liksom det har ansetts otillåtet att åtgärda bristfälliga handlingar när uppgifterna som tillförs ändrar det inlämnade anbudet i sak eller annars innebär ett avvikande från upphandlingsdokumenten, har åtgärder av brister medgivits när detta inte anses leda till att vad som i själva verket är ett nytt anbud och åtgärdande i det aktuella avseendet inte hindras av upphandlingsdokumenten. Sett till vad som har framkommit kan två typfall skönjas.

²²⁰ Se analysen av HFD 2016 ref 37 i avsnitt 5.2.

²²¹ Se analysen i avsnitt 5.3.3 av de olika förutsättningarna och därmed motsatta utgångarna i Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2896-16 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7715-17.

Det ena typfallet är när uppgifterna som tillförs anbudet genom rättelse, förtydligande eller komplettering bekräftar, preciserar eller konkretiserar uppgifter som har lämnats innan anbudstiden löpt ut.²²² I dessa fall har åtgärder ansetts tillåtna eftersom anbudet inte tillförs uppgifter som innebär att krav som dessförinnan inte var uppfyllda uppfylls eller att anbudet därmed får mer konkurrenskraft, till exempel genom att uppgifterna som lämnas sänker det totala anbudspriset.²²³ Av central betydelse för denna möjlighet är hur kraven i upphandlingsdokumenten är formulerade. När kraven avser resultat och inte tillvägagångssätt har upphandlande myndigheter fått låta anbudsgivare lämna förtydligande och kompletterande uppgifter i det senare avseendet.²²⁴

Det andra typfallet är när uppgifterna som tillförs inte anses ändra anbudet på grund av källan till uppgiften och handlingen som sådan. Härmed avses fallen i vilka anbudsgivare har missat att lämna efterfrågade myndighetsuppgifter.²²⁵ Förutsättningarna som framhålls för att få komplettera i dessa fall är att uppgifterna ska ha funnits hos den behöriga myndigheten innan anbudstiden löpt ut samt att alla anbudsgivare i en liknande situation ska ges motsvarande möjligheter. På så vis gör sig kraven på likabehandling och öppenhet alltjämt gällande såtillvida att upphandlande myndigheter inte ska kunna ge en anbudsgivare mer tid att färdigställa sitt anbud eller snedvrیدا konkurrensen genom att endast erbjuda vissa anbudsgivare möjlighet därtill.

²²² Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417–622-10, nr 7060-13, nr 2494-14; Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1871-13, nr 2947-14 och nr 3574-17; Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2557-11 samt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1227-12, nr 2217-15 och nr 742–743-16.

²²³ Se avsnitten 5.3.4-5.3.5 om Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2557-11; Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1871-13 samt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2217-15.

²²⁴ Se avsnitt 5.3.2 om Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6417–622-10 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3574-17.

²²⁵ Se avsnitt 5.3.6 om Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2379-03 och mål nr 3979-05 samt Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7217-08.

6 Utrymmet för att åtgärda bristfälliga handlingar

6.1 Inledning

Syftet med denna uppsats är att utröna när det är tillåtet respektive otillåtet att åtgärda bristfälliga handlingar efter att anbudstiden har löpt ut. För att uppnå detta syfte ställdes frågan om när rättelse, förtydligande eller komplettering är förenligt med principerna om likabehandling och öppenhet enligt 4 kap 9 § LOU. Denna fråga har utretts med avseende på vad som följer av lagtexten och förarbetena samt EU-domstolens och de svenska domstolarnas rättspraxis. I detta kapitel förs de olika analysavsnitten samman för att slutligt besvara frågeställningen. Mot bakgrund härav förs även en avslutande diskussion om rättslägets ändamålsenlighet.

6.2 När är det tillåtet att åtgärda bristfälliga handlingar?

6.2.1 Rättskällornas inbördes förhållande

Inställningen till bristfälliga handlingar i de behandlande rättskällorna stämmer i flera avseenden överens, men det finns även viss diskrepans. Innan en mer ingående analys av vad som utgör gällande rätt är det därför motiverat att kort påminna om rättskällornas inbördes förhållande.²²⁶

Med hänvisningen i 4 kap 9 § LOU, till principerna om likabehandling och öppenhet, har lagstiftaren gjort den svenska rättstillämpningen avhängig principernas innebörd såsom dessa uttolkas av EU-domstolen. Anvisningarna som EU-domstolen lämnar i sina mål om förhandsavgöranden är av principiell karaktär, varför det ankommer på de svenska domstolarna att omsätta principerna i praktiken. Detta ska ske i enlighet med EU-domstolens principiella anvisningar och på grundval av omständigheterna i det enskilda fallet, varvid förutsättningarna för att åtgärda brister närmare preciseras.

²²⁶ Rättskällornas inbördes förhållande behandlas även i avsnitten 2.2, 2.4.1 och 4.6.3.

6.2.2 Betydelsen av upphandlingsdokumentens utformning

Utformningen av upphandlingsdokumenten har stor betydelse för frågan om en brist kan åtgärdas utan att det strider mot kraven på likabehandling och öppenhet. I detta avsnitt analyseras på vilket sätt upphandlingsdokumenten sätter ramen för vilka brister som får åtgärdas enligt 4 kap 9 § LOU.

Gemensamt för prövningen i såväl EU-domstolen som i HFD och kammarrätterna är att innehållet i upphandlingsdokumenten tjänar som utgångspunkt för prövningen av möjligheten att åtgärda bristfälliga handlingar.²²⁷ Detta faller sig naturligt eftersom det är utifrån detta underlag som leverantörer beslutar sig för att lämna anbud eller inte. På grund av upphandlingsdokumentens centrala roll för det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen är myndigheten skyldig att upprätthålla alla förutsättningar och krav som den däri har åtagit sig att följa. Den upphandlande myndigheten agerar således i strid mot kraven på likabehandling och öppenhet om den låter åtgärda eller acceptera brister och därmed avviker från föreskrifter i upphandlingsdokumenten som leverantörer har förhållit sig till, när de utformade sina anbud eller bestämde sig för att inte konkurrera om kontraktet.

Från huvudregeln kan dock göras avsteg. Det är möjligt att invända mot obligatoriska krav som saknar adekvat och relevant koppling till ändamålet med upphandlingen när ett strikt upprätthållande framstår som oproportionerligt.²²⁸ Om ett visst antal förutsättningar är uppfyllda tycks en sådan invändning också kunna åtgärda bristen ifråga.²²⁹ Dessa förutsättningar kan återges enligt följande. För det första får det inadekvata och irrelevanta kravet inte antas ha påverkat konkurrensen, såtillvida att leverantörer har anpassat sina anbud därefter eller har avstått från att lämna anbud. Om så kan tänkas vara fallet måste upphandlingen avbrytas och göras om. För det andra ska bristen i anbudet bero på ett oväsentligt och bagatellartat misstag, som inte ger utrymme för

²²⁷ Se avsnitten 4.7.2 och 5.4.2. Detta gäller dock under förutsättning att upprätthållande av föreskrifterna i upphandlingsdokumenten inte innebär att rättsreglerna som har slagits fast i de auktoritativa rättskällorna kringgås. Se mer härom i avsnitten 5.3.2 och 5.4.3 beträffande Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6350-16.

²²⁸ Se HFD 2016 ref 37 och Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2896-16 i avsnitten 5.2, 5.3.3 och 5.4.3.

²²⁹ Se analysen av Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2896-16 i avsnitten 5.3.3 och 5.4.3.

missförstånd och inte förfelar syftet med att kravet ställdes.²³⁰ Slutligen ska kravet ge utrymme för olika tolkningar. Det sistnämnda lär motiveras av att anbudsgivaren inte ska ha klart försummat sin omsorgsplikt.²³¹ Om samtliga förutsättningar är uppfyllda synes det vara möjligt att avvika från det obligatoriska kravet, utan att upphandlingen måste göras om och utan att detta strider mot kraven på likabehandling eller öppenhet.

Slutsatsen är att ramen som följer av upphandlingsdokumenten har stor betydelse för möjligheten att åtgärda bristfälliga handlingar enligt 4 kap 9 § LOU. Brister som inte kan rättas, förtydligas eller kompletteras utan att den upphandlande myndigheten därmed avviker från obligatoriska krav, som är adekvata och relevanta, får varken åtgärdas eller accepteras. Sådana krav ska strikt upprätthållas under hela upphandlingen.

6.2.3 Betydelsen av vilken åtgärd som vidtas

I 4 kap 9 § LOU anges tre olika slags åtgärder: rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar. Ett relevant led i besvarandet av frågeställningen är att analysera om möjligheterna för att åtgärda brister skiljer sig åt beroende på vilken åtgärd det är som vidtas eller om motsvarande förutsättningar gäller oavsett åtgärdsslag?

I den äldre regleringen, 9 kap 8 § ÄLOU, gjordes skillnad på å ena sidan rättelser av fel och å andra sidan förtydliganden och kompletteringar. Fel skulle vara uppenbara för att få åtgärdas, medan förtydliganden eller kompletteringar var tillåtet om det kunde ske utan risk för konkurrensbegränsning eller särbehandling. Det rörde sig således om två olika grunder för att bedöma om brister i handlingar fick åtgärdas, varav bedömningen av fel blev mer restriktiv på grund av uppenbarhetskravet.²³²

Genom anpassningen till LOU-direktivet har dessa skilda bedömningsgrunder ersatts av en gemensam i 4 kap 9 § LOU: principerna om likabehandling och öppenhet. Svensk rättspraxis avseende rättelser enligt den nya regleringen är fortfarande knapphändig.²³³

²³⁰ I rättsfallet rörde det sig om ett formkrav, vars syfte inte förfelades eftersom det med enkelhet kunde utläsas vad som avsågs med de lämnade uppgifterna. Det motsatta var fallet i Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7715-17. Se mer ingående i avsnitt 5.3.3.

²³¹ I kammarrättsavgörandet nämns ingen omsorgsplikt. Iakttagande av densamma synes dock förutsättas och kan härledas ur bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-599/10, Slovensko. Se vidare avsnitt 4.4.2.

²³² Se kommentarer till 9 kap 8 § ÄLOU av Rosen m.fl., Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, s 425 ff och Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s 300 ff. Härav framgår att olika förutsättningar gällde för rättelse av fel respektive förtydligande och komplettering. Se även avsnitten 3.2-3.5.

²³³ Se vidare avsnitt 5.3.5.

Såvitt framkommit har dock hänvisningen till principerna resulterat i att bedömningen nu är oavhängig åtgärdsslag. Istället för att bedöma om fel är uppenbara, eller om förtydligande eller komplettering innebär risk för konkurrensbegränsning eller särbehandling, är det som numera avgör huruvida åtgärden ändrar anbudet i sak eller annars hindras av upphandlingsdokumenten.²³⁴ Detta innebär givetvis inte att det faktum att fel är uppenbara saknar betydelse för frågan om uppgiften får rättas.²³⁵ På motsvarande sätt måste det även fortsättningsvis anses otillåtet att förtydliga eller att komplettera anbud om konkurrensen begränsas eller om en anbudsgivare särbehandlas på ett sätt som är otillbörligt.²³⁶

Den sammantagna slutsatsen är att bedömningen enligt 4 kap 9 § LOU i princip är oberoende av vilken åtgärd som aktualiseras och hur den rubriceras. Avgörande är istället föreskrifterna i upphandlingsdokumenten och om ett åtgärdande av bristen leder till att anbudsgivaren ger in vad som faktiskt utgör ett nytt anbud. Åtgärderna som räknas upp i 4 kap 9 § LOU bör därmed ses som blott kategoriseringar av olika åtgärder, vilka i praktiken är delvis överlappande och ytterst svarar mot kraven på likabehandling och öppenhet såsom dessa fastställs i EU-domstolens rättspraxis.

6.2.4 Betydelsen av vilken brist som föreligger

Det står nu klart att frågan om när det är tillåtet att rätta, förtydliga eller komplettera handlingar enligt 4 kap 9 § LOU inte beror på vilken åtgärd som vidtas. Avgörande är istället vad som följer av upphandlingsdokumenten och därmed, ytterst, vilken brist det rör sig om. I detta avsnitt analyseras betydelsen av vilken brist det är som föreligger och hur detta påverkar möjligheten att åtgärda densamma.

Utgångspunkten som följer av kraven på likabehandling och öppenhet är som sagt att föreskrifterna i upphandlingsdokumenten ska upprätthållas, vilket innebär att anbud som huvudregel ska vara fullständiga när de lämnas in och att de inte får ändras i sak efter att anbudstiden har löpt ut. Brister som uppmärksammas efter denna tidpunkt får

²³⁴ Se mer ingående analys i avsnitten 6.2.2 och 6.2.4.

²³⁵ EU-domstolen har vid flera tillfällen uttalat att det inte strider mot kraven på likabehandling och öppenhet att åtgärda materiella fel eller sakfel som är uppenbara, se avsnitt 4.7.3. Se även avsnitt 6.2.4.

²³⁶ EU-domstolens erinrar genomgående om att principerna om likabehandling och öppenhet syftar till att främja utvecklingen av en sund och effektiv konkurrens mellan anbudsgivare. För olikabehandling av anbudsgivare i samma situation krävs sakliga skäl. Se mer ingående härom i avsnitten 2.4.2 och 4.7.2.

således åtgärdas endast om så kan ske utan att den upphandlande myndigheten därmed avviker från de bindande föreskrifterna i upphandlingsdokumenten.

Möjligheten att åtgärda handlingar är icke-existerande när blott förekomsten av en brist enligt uttryckliga bestämmelser i upphandlingsdokumenten ska leda till att anbudsgivaren utesluts eller att anbudet förkastas.²³⁷ Det är först om sådana stadganden inte har upprättats av den upphandlande myndigheten som det är relevant att bedöma om bristen är av sådant slag att den får åtgärdas.

Det har genomgående slagits fast att det är otillåtet att åtgärda eller acceptera brister när krävda upplysningar eller handlingar inte har lämnats inom den utsatta anbudstiden.²³⁸ Härav följer att det endast är tillåtet att åtgärda brister som hänför sig till uppgifter som har lämnats i tid och att det inte är möjligt att i efterhand tillföra anbudet uppgifter som enligt upphandlingsdokumenten är obligatoriska för kravuppfyllnad.

Det har vidare slagits fast att det inte är tillåtet att åtgärda brister när uppgifterna som tillförs är av sådant innehåll att anbudet blir att anse som ett nytt anbud.²³⁹

Uppgifter som inte har ansetts påverka anbudet i sak är uppgifter om förhållanden som förelåg innan anbudstiden löpte ut. Förutsättningen är att förekomsten av dessa kan bekräftas objektivt, till exempel offentliggjorda årsbokslut.²⁴⁰ I svensk rättspraxis har denna möjlighet använts för att låta anbud kompletteras med myndighetsuppgifter.²⁴¹ Det är oklart hur den svenska rättstillämparen ser på möjligheten att åtgärda brister med uppgifter som inte är knutna till en myndighet, men vilkas tidsenliga förekomst kan verifieras på ett sätt som är objektivt. Det bör noteras att möjligheten att åtgärda brister av detta slag alltså förutsätter att uppgifterna inte har efterfrågats såsom obligatoriska i upphandlingsdokumenten.²⁴²

Vilka är då förutsättningarna för att brister ska få åtgärdas med andra slags uppgifter, utan att anbudets innehåll därmed olovligen förändras? Vad EU-domstolens praxis ger vid handen är att det inte finns något hinder mot att åtgärda brister i enskilda delar,

²³⁷ Se analysen i avsnitten 4.5 och 4.7 med avseende på EU-domstolens dom i mål C-336/12, Manova.

²³⁸ Se avsnitten 4.7.3, 5.3.2 och 5.4.3.

²³⁹ Se avsnitten 3.2, 4.7.2-3 och 5.4.3.

²⁴⁰ Se analysen av mål C-336/12, Manova, i avsnitten 4.5 och 4.7.

²⁴¹ För en närmare behandling, se avsnitten 5.3.6 och 5.4.4.

²⁴² Se avsnitt 4.5 och 4.7. Se även vad som har konstaterats i avsnitt 6.2.2 samt ovan i innevarande avsnitt.

bland annat när det är uppenbart att uppgifterna kräver en enkel förklaring eller för att det är nödvändigt för att undanröja uppenbara fel.²⁴³ Det får vidare antas att bristen inte får avse tilldelningskriterierna på så sätt att åtgärdande skulle öka anbudets konkurrenskraft, genom ett lägre pris eller motsvarande som resulterar i ett förmånligare anbud.²⁴⁴

En liknande uppfattning uttrycks i förarbetena till 4 kap 9 § LOU och i den svenska rättstillämpningen, nämligen att det ska vara fråga om att precisera eller konkretisera redan lämnade uppgifter och inte om att ändra eller ersätta dem med uppgifter av annan innebörd.²⁴⁵ Anledningen till att ett uppenbarhetsrekvisit inte slås fast i de svenska rättskällorna får förstås mot bakgrund av att något sådant rekvisit varken anges i artikel 56.3 i LOU-direktivet eller strikt förutsätts enligt EU-domstolen. Det finns således inget självändamål i att tvunget tillämpa en snävare bedömning i svenska upphandlingar, särskilt inte med hänsyn till intresset av att underlätta deltagandet för mindre företag och att säkerställa bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få bättre valuta för offentliga medel.²⁴⁶ Dessa mål lär oftast svara bättre mot mer flexibla rättsregler.

Även om det inte finns något uttalat krav på att brister ska vara uppenbara för att få åtgärdas enligt 4 kap 9 § LOU, lär det i praktiken förutsättas ett visst mått av uppenbarhet. EU-domstolens exemplifiering av brister som är tillåtna att åtgärda inom ramen för kraven på likabehandling och öppenhet, uppenbara oklarheter eller fel, är visserligen inte uttömmande. Givet dessa exempel, och erinran om anbudsgivares omsorgsplikt vid utformande och lämnande av anbud, får EU-domstolen i vart fall anses anvisa om att utrymmet inte ska tolkas extensivt.

Slutsatsen lyder således enligt följande. För att en brist ska få åtgärdas enligt 4 kap 9 § LOU torde det förutsättas att den ska vara lätt att upptäcka. Bristen får för den delen inte vara väsentlig eller omfattande, såtillvida att ett åtgärdande av densamma resulterar i ett avvikande från upphandlingsdokumentens tvingande föreskrifter eller att anbudsgivaren annars ger in vad som faktiskt utgör ett nytt anbud. Härav följer att det endast är brister som är hänförliga till existerande uppgifter som får åtgärdas. Uppgifter som krävs enligt

²⁴³ För en mer utförlig behandling, se avsnitten 4.4.3 och 4.7.3.

²⁴⁴ Se vidare analys avsnitten 4.3.2-4.3.2 och avsnitt 4.7.2.

²⁴⁵ Se mer ingående härom i avsnitten 3.2-4, 5.3.4-5.3.5 och 5.4.4.

²⁴⁶ Målen med offentlig upphandling belyses i avsnitt 2.3. Se även avsnitt 3.3.

upphandlingsdokumenten, eller ökar anbudets konkurrenskraft, är i princip förbjudna att tillföra anbud efter att anbudstiden har löpt ut.

6.2.5 Betydelsen av tillvägagångssättet

När en brist är tillåten att åtgärda, i enlighet med de förutsättningar som har klargjorts ovan, finns slutligen ett antal krav som den upphandlande myndigheten måste iaktta när den adresserar bristen för att ett åtgärdande enligt 4 kap 9 § LOU ska anses förenligt med principerna om likabehandling och öppenhet.

Liksom det framgår av lagtexten i 4 kap 9 LOU är det upp till den upphandlande myndigheten att bestämma om den vill nyttja möjligheten till att låta anbudsgivare åtgärda sina bristfälliga handlingar. Kraven på likabehandling och öppenhet gäller alltså, varför upphandlande myndigheter ska förfara i enlighet därmed om de vill ta sitt skönsmässiga utrymme i anspråk för att låta åtgärda en brist.

Kraven som därmed uppställs, för att säkerställa likabehandling och öppenhet, lyder enligt följande.²⁴⁷ För det första måste den upphandlande myndigheten vänta med att låta brister i ett anbud åtgärdas tills den har tagit del av samtliga inlämnade anbud. För det andra måste myndigheten erbjuda motsvarande möjligheter till andra anbudsgivare i samma situation, såvida det inte finns sakliga skäl för olikabehandling. För det tredje krävs att alla begäranden om åtgärder ska vara heltäckande, i den meningen att dessa ska omfatta samtliga brister som behöver åtgärdas för att de kontaktade anbudsgivarna ska kunna konkurrera om kontraktet.

Kraven grundar sig ytterst i de primära målen med offentlig upphandling, nämligen att främja den fria rörligheten och en sund konkurrens på den inre marknaden.²⁴⁸ Genom att ställa krav på hur upphandlande myndigheter får gå tillväga när de låter åtgärda brister i inlämnade handlingar, motverkas godtyckliga och illojala beteenden som skulle kunna underminera detta rättsliga instituts funktion i upphandlingsregelverket.

²⁴⁷ Dessa krav på tillvägagångssätt följer av EU-domstolens rättspraxis. För en mer ingående analys av respektive krav, se avsnitten 4.4.4 och 4.7.3.

²⁴⁸ Se mer ingående om målen med offentlig upphandling i avsnitt 2.3.

6.3 Avslutande diskussion – rättslägets ändamålsenlighet

Syftet med denna uppsats har varit att bringa klarhet i när det är tillåtet med hänsyn till principerna om likabehandling och öppenhet att åtgärda brister i inlämnade handlingar enligt 4 kap 9 § LOU. Frågeställningen som har utretts och sedermera besvarats ställdes mot bakgrund av oklarheterna kring vilket utrymme som finns tillgängligt för rättelser, förtydliganden och kompletteringar samt det missnöje som har uttryckts gentemot den restriktiva tolkningen av paragrafen i rättspraxis. I detta avslutande avsnitt diskuteras rättsläget med avseende på dess ändamålsenlighet och vilka eventuella förändringar som kan anses önskvärda.

Offentlig upphandling är ett rättsområde som genomsyras av flera olika intressen. Regelverket syftar huvudsakligen till att främja fri rörlighet och en sund konkurrens. Likaså finns ett intresse av att öka marknadstillträdet för mindre företag och att gynna en hållbar utveckling. Härtill kommer det nationella intresset av att kontraktera de leverantörer som har lämnat bäst anbud, så att den upphandlande myndighetens behov tillgodoses med högsta möjliga kvalitet och till lägsta möjliga kostnad.

Det har redan konstaterats att dessa intressen kan visa sig svåra att förena, inte minst i situationen då konkurrenskraftiga anbud uppvisar brister.²⁴⁹ De unionsrättsliga kraven på likabehandling och öppenhet hindrar upphandlande myndigheter från att avvika från upphandlingsdokumenten för att låta bristerna åtgärdas, även om anbudet ifråga är ledande och att ett förkastande innebär att ett betydligt mindre förmånligt anbud måste antas istället. Det är ur dessa krav som den restriktiva rättstillämpningen har vuxit fram, liksom missnöjet som har uttryckts däremot.

Det avseende i rättsläget i vilket det kanske finns störst förbättringspotential är när anbudsgivare missar att lämna in en uppgift som krävs enligt upphandlingsdokumenten. HFD har i princip uteslutit möjligheten att åtgärda bristen. Det spelar till exempel ingen roll att avsaknaden avser enbart en uppgift om andelen fettsyra i en näringsberäkning, vilken indirekt kan räknas ut av de övriga uppgifterna och som med enkelhet kan kompletteras. Skälet som anges härför är att leverantörer ska kunna räkna med att kraven som ställs ska följas och att ett strikt upprätthållande därför är nödvändigt för likabehandling och öppenhet. Detta synsätt är förvisso praktiskt och främjar de inre

²⁴⁹ Se avsnitt 2.6 där problematiken som genomsyrar uppsatsens frågeställning belyses.

marknadsrelaterade målen med offentlig upphandling. Med hänsyn till det nationella intresset av att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat, skulle dock en önskan kunna framföras om en mer flexibel och förlåtande inställning. Detta skulle även underlätta deltagandet för mindre företag, vilkas resurser och erfarenheter av att lämna anbud ofta är begränsade. Det är trots allt näringsidkare som ska kontrakteras, vilka primärt ägnar sig åt att leverera varor, tjänster eller byggentreprenader som upphandlande myndigheter är i behov av. För dessa är nitisk utformning av anbud, i enlighet med invecklade föreskrifter i upphandlingsdokumenten, såväl tidskrävande som kostsamt. Att fela är mänskligt och misstag förekommer. En utelämnad och till synes obetydlig uppgift bör därför inte tvunget föranleda att anbud ska förkastas.

Såvitt jag ser det är en välvilligare inställning till uppgifter som begärs i upphandlingsdokumenten, men inte har inlämnats i tid, inte nödvändigtvis oförenlig med EU-rättens intressen. Uppgifter som i allmänhet har en avgörande inverkan på konkurrensen i den enskilda upphandlingen är uppgifter som påverkar tilldelningen, såsom pris och kvalitet. Att låta anbudsgivare inkomma med uppgifter av formell karaktär, som blott visar att ett förhållande i kravställt hänseende var uppfyllt inom anbudstiden, borde däremot i regel inte innebära ett sådant avvikande från upphandlingsdokumenten som kan begränsa konkurrensen. Den enda som skulle drabbas om sådana uppgifter vore tillåtna åtgärda är anbudsgivaren som den upphandlande myndigheten annars skulle bli tvungen att kontraktera, det vill säga den som har lämnat ett kravenligt men ur tilldelningssynpunkt mindre förmånligt anbud. Kraven på likabehandling och öppenhet borde anses uppfyllda om övriga anbudsgivare ges motsvarande möjligheter. Detta tillkommer inte bara inhemska leverantörer, utan samtliga leverantörer som har visat intresse för det aktuella kontraktet genom att lämna anbud. På så vis kan det nationella intresset av att behålla förmånliga anbud i upphandlingen förenas med de unionsrättsliga intressena av fri rörlighet och sund konkurrens.

För att i största mån undvika otillfredsställande resultat intill dess att det föreslagna synsättet eventuellt anammas av lagstiftaren eller rättstillämparen är det bästa rådet som kan lämnas till upphandlande myndigheter att skärskåda vilka delar i upphandlingsföremålet som verkligen är så väsentliga att det är nödvändigt att ställa obligatoriska krav härom.

Källförteckning

Offentligt tryck

Svenskt material

Prop 2015/16:195, Nytt regelverk om upphandling

Prop 2010/11:150, Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Prop 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

SOU 2018:44, Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

SOU 2011:73, På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen

Nationella upphandlingsstrategin, Regeringskansliet – Finansdepartementet

EU-rättsligt material

Meddelande från kommissionen den 3 mars 2010, Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig

Meddelande från kommissionen den 13 april 2011, Inre marknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet inre marknaden ”Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt”, KOM(2011) 206 slutlig

Meddelande från kommissionen den 3 oktober 2017, Offentlig upphandling i och utanför EU, KOM(2017) 572 slutlig

Kommissionens grönbok den 27 januari 2011, En modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig

Kommissionens faktablad den 22 november 2017, European Semester: Thematic fact-sheet - Public procurement 2017, [svensk version:] EU:s planeringstermin - Faktablad - Offentlig upphandling 2017, länk: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_sv.pdf, hämtad 2018-11-20

Kommissionens hemsida, Gällande regler om tröskelvärden, länk: http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/thresholds_en, hämtad 2018-11-10

Doktrin

Agell, Anders, Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen, SvJT 2002 s 243-260

Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement - regulation in the EU and UK - Volume 1, uppl 3, Sweet & Maxwell, London, 2014

Bernitz, Ulf, Europarätten, s 57-86, Carlsson, Mia; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Magnusson, Cecilia; Sjöberg, Peter Siepel; Warnling-Nerep, Wiweka och Vogel, Hans-Heinrich, Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder, uppl 14, Stockholm, 2017

Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, uppl 3, Jure, Stockholm, 2014

Forssell, Anna Ulfsdotter, Lexino (internet), kommentaren till 4 kap 9 § LOU, uppdaterad 2018-03-24, hämtad 2018-11-20

Graells, Albert Sanchez, Public procurement and the EU competition rules, uppl 2, Hart Publishing, Oxford, 2015

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red), EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, uppl 2, Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s 1-10

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, s 21-46, Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red), Juridisk metodlära, uppl 1, Studentlitteratur, Lund, 2013

Lambertz, Göran, Nyttig och onyttig rättsvetenskap, SvJT 2002 s 261-278

Lind, Johan, Rättsfallsanalyser – recension eller analys?, JT 1995–96 s 232-239

Lindahl, Toftegaard Eva, Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen, uppl 1, Studentlitteratur, Lund, 2018

Lindberg, Olle och Robertson, Viktor, JP Upphandlingsnet, kommentaren till 4 kap 9 § LOU, uppdaterad 2018-06-29, hämtad 2018-11-20

Lundell, Eva-Lotta Löwstedt och Edström, Erik, Stora ambitioner – men knappast några förbättringar för småföretagen, UrT 2016 nr 4 s 382-392

Nord, Eskil, Karnov (internet), kommentaren till 4 kap 9 § LOU, hämtad 2018-11-20

Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s 105-145

Olsson, Erik, En slarvers försvarstal, ERT 2013 nr 4 s 873-878

Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, uppl 4, Jure Förlag, Stockholm, 2017

Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror, SvJT 2005 s 249-272

Reichel, Jane, EU-rättslig metod, s 109-140, Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red), Juridisk metodlära, uppl 1, Studentlitteratur, Lund, 2013

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik och Piper, Catharina, Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, uppl 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015

Sandgren, Clas, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, uppl 3, Norstedts juridik, Stockholm, 2015

Sundstrand, Andrea, Ett bestämt gränsöverskridande intresse, UrT 2018 nr 2 s 83-87

Ågren, Robert, Skyldighet att begära klargöranden?, UrT 2018 nr 3 s 145-153

Övriga källor

Domstolsstatistik 2017, Domstolsverket, <http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/Avgoranden/Domar-och-beslut/2017/Offentlig-upphandling/>

Konkurrensverkets rapport den 17 april 2018, dnr 768/2018, Procurement Monitoring report 2018 – Sveriges rapport enligt EU:s upphandlingsdirektiv

Moldén, Robert, Projektbeskrivning för forskningsprojektet ”Den nya konkurrensprincipen i 2014 års upphandlingsdirektiv och 2017 års nya upphandlingslagar”, tillgänglig via: http://www.konkurrensverket.se/globalassets/forskning/projekt/2017/projektansokan2017_21_lars-henriksson.pdf

Upphandlingsmyndighetens vägledning för utformning av upphandlingsdokument, tillgänglig via: <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/Processen-for-LOU-upphandlingen/Utforma-upphandlingsdokument>, uppdaterad 2018-11-06, hämtad 2018-11-11

Rättspraxis

Högsta förvaltningsdomstolen

Referat

- RÅ 2010 ref 78
- HFD 2013 ref 31
- HFD 2015 ref 63
- HFD 2016 ref 37

Domar

- Dom av den 20 maj 2016, mål nr 555-15, Sodexo (I)
- Dom av den 20 maj 2016, mål nr 2691-15, VAMAS (II)
- Dom av den 19 oktober 2018, mål nr 3830-17

Kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborg

- Dom av den 22 augusti 2003, mål nr 3001-03
- Dom av den 18 juni 2007, mål nr 270-07
- Dom av den 30 januari 2009, mål nr 7217-08
- Dom av den 20 mars 2009, mål nr 7714-08
- Dom av den 10 maj 2011, mål nr 6248-11
- Dom av den 15 juli 2011, mål nr 6417–622-10
- Dom av den 7 oktober 2011, mål nr 665-11
- Dom av den 50 maj 2013, mål nr 7060-13
- Dom av den 26 september 2014, mål nr 2494-14
- Dom av den 17 december 2015, mål nr 2217-15
- Dom av den 14 mars 2017, mål nr 6350-16
- Dom av den 21 juni 2018, mål nr 1042-18

Kammarrätten i Jönköping

- Dom av den 24 juni 2003, mål nr 2379-03
- Dom av den 31 januari 2006, mål nr 3979-05
- Dom av den 8 juni 2012, mål nr 834-12
- Dom av den 5 juni 2015, mål nr 1871-13
- Dom av den 30 januari 2017, mål nr 2896-16
- Dom av den 17 juli 2017, mål nr 3574-17
- Dom av den 18 maj 2018, mål nr 3133-17
- Dom av den 17 oktober 2018, mål nr 1887-18

Kammarrätten i Stockholm

- Dom av den 5 april 2007, mål nr 236-07
- Dom av den 17 juni 2008, mål nr 3378-08

- Dom av den 9 april 2009, mål nr 8441-08
- Dom av den 24 maj 2011, mål nr 7138-10
- Dom av den 12 september 2011, mål nr 2557-11
- Dom av den 6 februari 2013, mål nr 6530-12
- Dom av den 30 april 2014, mål nr 1183-14
- Dom av den 27 juni 2017, mål nr 766-17
- Dom av den 16 maj 2018, mål nr 7715-17

Kammarrätten i Sundsvall

- Dom av den 26 maj 2008, mål nr 492-08
- Dom av den 18 november 2008, mål nr 2699-08
- Dom av den 7 december 2011, mål nr 2147-11
- Dom av den 14 juni 2012, mål nr 802-12
- Dom av den 25 september 2012, mål nr 1227-12
- Dom av den 1 juli 2013, mål nr 1220-13
- Dom av den 17 december 2015, mål nr 2217-15
- Dom av den 1 juli 2016, mål nr 742–743-16
- Dom av den 19 december 2017, mål nr 1875-17
- Dom av den 8 juni 2018, mål nr 590–591-18

EU-domstolen

- Dom av den 5 februari 1963, C-26/62, van Gend & Loos, EU:C:1963:1
- Dom av den 15 juli 1964, C-6/64, Costa/E.N.E.L., EU:C:1964:66
- Dom av den 29 oktober 1980, C-22/80, Boussac, EU:C:1980:251
- Dom av den 6 oktober 1982, C-283/81, CILFIT, EU:C:1982:335
- Dom av den 10 april 1984, C-14/83, von Colson, EU:C:1984:153
- Dom av den 20 september 1988, C-31/87, Gebroeders, EU:C:1988:422
- Dom av den 5 december 1989, C-3/88, Kommissionen/Italien, EU:C:1989:606
- Dom av den 17 juli 1997, C-28/95, Leur-Bloem, EU:C:1997:369
- Dom av den 5 oktober 2005, C-337/98, Kommissionen/Frankrike, EU:C:2000:543
- Dom av den 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus, EU:C:2002:495
- Dom av den 25 april 1996, C-87/94, Wallonska bussarna, EU:C:1996:161
- Dom av den 22 juni 1993, C-243/89, Storebælt, EU:C:1993:257
- Dom av den 24 september 1998, C-76/97, Tögel, EU:C:1998:432
- Dom av den 3 oktober 1998, C-380/98, University of Cambridge, EU:C:2000:529
- Dom av den 10 november 1998, C-360/96, BFI Holding, EU:C:1998:525
- Dom av den 7 december 2000, C-324/98, Telaustria, EU:C:2000:669
- Dom av den 18 oktober 2001, C-19/00, SIAC Construction, EU:C:2001:553
- Dom av den 3 december 2001, C-59/00, Vestergaard, EU:C:2001:654
- Dom av den 12 december 2002, C-470/99, Universale-Bau, EU:C:2002:746
- Dom av den 12 juni 2003, C-112/00, Schmidberger, EU:C:2003:333
- Dom av den 6 november 2003, C-243/01, Gambelli, EU:C:2003:597
- Dom av den 12 februari 2004, C-218/01, Henkel, EU:C:2004:88
- Dom av den 29 april 2004, C-496/99 P, Succhi di Frutta, EU:C:2004:236

- Dom av den 14 december 2004, C-434/02, Arnold André, EU:C:2004:800
- Dom av den 14 december 2004, C-210/03, Swedish Match, EU:C:2004:802
- Dom av den 11 januari 2005, C-26/03, Stadt Halle, EU:C:2005:5
- Dom av den 3 mars 2005, C-21/03 och C-34/03, Fabricom, EU:C:2005:127
- Dom av den 27 oktober 2005, C-234/03, Contse, EU:C:2005:644
- Dom av den 15 september 2011, C-197/10, Unió de Pagesos, EU:C:2011:590
- Dom av den 19 juni 2012, C-307/10, Patent Attorneys, EU:C:2012:361
- Dom av den 24 maj 2016, C-396/14, MT Højgaard, EU:C:2016:347
- Dom av den 10 oktober 2013, C-336/12, Manova, EU:C:2016:214
- Dom av den 16 december 2008, C-213/07, Michaniki, EU:C:2008:731
- Dom av den 23 april 2009, C-378/07–C-380/07, Angelidaki, EU:C:2009:250
- Dom av den 14 oktober 2010, C-345/09, van Delft, EU:C:2010:610
- Dom av den 18 november 2010, C-226/09, Kommissionen/Irland, EU:C:2010:697
- Dom av den 29 mars 2012, C-599/10, Slovensko, EU:C:2012:191
- Dom av den 5 december 2013, C-561/12, Nordecon, EU:C:2013:793
- Dom av den 6 november 2014, C-42/13, Cartiera dell'Adda, EU:C:2014:2345
- Dom av den 7 april 2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz, EU:C:2016:214
- Dom av den 2 juni 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, EU:C:2016:404
- Dom av den 14 juli 2016, C-6/15, Dimarso, EU:C:2016:555
- Dom av den 11 maj 2017, C-131/16, Archus och Gama, EU:C:2017:358
- Dom av den 8 februari 2018, C-144/17, Agenzia, EU:C:2018:78
- Dom av den 28 februari 2018, C-523/16 och C-536/16, MA.T.I. SUD, EU:C:2018:122

Tribunalen

- Dom av den 27 september 2002, T-211/02, Tideland Signal, EU:T:2002:232
- Dom av den 10 december 2009, T-195/08, Antwerpse Bouwerken, EU:T:2009:491