
Daniel Wendelsson

Några processfrågor i upphandlingsmål i
Högsta förvaltningsdomstolen

2018 nr 4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Några processfrågor i upphandlingsmål i Högsta förvaltningsdomstolen

Daniel Wendelsson*

1. Inledning

Processrättsliga frågor har under många år haft en framskjuten plats i Högsta förvaltningsdomstolens prejudikatbildning på upphandlingsområdet.¹ Det stora antalet upphandlingsmål i svenska förvaltningsdomstolar ger fortfarande upphov till nya processfrågor som behöver klargöras.

Denna artikel inleds med en kortare genomgång av avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen i upphandlingsmål de senaste tre åren (från hösten 2015 till september 2018) som innehåller ställningstaganden i processfrågor. I artikelns andra del ”recenseras” tre av avgörandena där det enligt min uppfattning finns anledning att vara kritisk till domstolens slutsatser eller motiveringar.²

2. Sammanfattning av Högsta förvaltningsdomstolens praxis

I HFD 2015 ref. 55 fann Högsta förvaltningsdomstolen att förvaltningsdomstols utredningsansvar i upphandlingsmål innebär att domstolen kan vara skyldig att med tillämpning av 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) begära in uppgifter från den upphandlande myndigheten. I det aktuella målet hade den sökande leverantören utan framgång hos den upphandlande myndigheten begärt att få del av uppgifter som denne önskade återropa till stöd för sin ansökan om överprövning och underinstanserna i överprövningsmålet hade vägrat att inhämta uppgifterna.

Högsta förvaltningsdomstolen fann i HFD 2016 ref. 3 I-II, med hänvisning till såväl EU-domstolens dom *SAG ELV Slovensko* som till bevissäkringsprincipen, att det är anbudsgivaren som har bevisbördan för att dennes anbud med onormalt

* Advokat och specialist vid Advokatfirman Vinge.

¹ Jfr Sundstrand, Andrea, Talerätt för vinnande leverantör – valfritt för domstolen?, ERT 2014 s. 289.

² I de avgöranden som behandlas i denna artikel har olika lydelse av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) tillämpats men frågorna som behandlats återspeglar det rättsläge som gäller enligt de nu gällande upphandlingslagarna. Det kan också noteras att processfrågorna i vissa av avgörandena är den huvudsakliga prejudikatfrågan och i andra mål endast en delfråga eller ett resultat av Högsta förvaltningsdomstolens handläggningsåtgärder.

lågt pris är allvarligt menat och därför inte ska förkastas genom tillämpning av bestämmelserna om onormalt låga anbud i LOU.³

Högsta förvaltningsdomstolen beslutade i HFD 2016 ref. 37 (II) att en upphandling skulle göras om. Den upphandlande myndighetens åtgärd att anta ett anbud som inte uppfyllde de obligatoriska kraven fick enligt domstolen anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

I HFD 2016 ref. 79 fann Högsta förvaltningsdomstolen att när en upphandlande myndighets beslut att avbryta en upphandling är föremål för prövning i domstol, ska ett samtidigt pågående mål om överprövning av själva upphandlingen inte skrivas av. Rätten ska istället invänta att frågan om överprövning av avbrytandebeslutet avgjorts slutligt. Först därefter kan domstolen ta ställning till om den sökande leverantörens talan har förfallit eller om denne fortfarande har ett intresse av att få sin ansökan prövad.

Under Högsta förvaltningsdomstolens handläggning av ett mål om överprövning av avtals giltighet, som kom att refereras i HFD 2016 ref. 85, lät domstolen den leverantör som ingått det ifrågasatta avtalet med den upphandlande myndigheten träda in som part i målet och yttra sig.

Högsta förvaltningsdomstolen fann i HFD 2017 ref. 45 att en upphandlande myndighet inte har rätt att överklaga ett domstolsavgörande enbart av det skälet att avgörandets motivering medför att en process om upphandlingsskadeavgift ska initieras.

Högsta förvaltningsdomstolen prövade i HFD 2017 ref. 60 bestämmelsen om interimistiska beslut i LOU, som har kompletterats genom en lagändring år 2016. Domstolen fann att den skada och de olägenheter som ett fortsatt stoppat avtalsingående medförde för den upphandlande myndigheten i det aktuella målet – som hade sakprövats i förvaltningsrätten och kammarrätten, och därefter fått prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen – bedömdes vara större än skadan för leverantören av att beslutet upphävdes innan målet hade avgjorts i sak.

I HFD 2017 ref. 62 fann Högsta förvaltningsdomstolen att en leverantör har rätt att få en upphandling överprövad endast om denne har eller har haft ett intresse att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Den sökande leverantören uppgav sig inte ha något intresse att tilldelas det aktuella ramavtalet, men ansåg sig lida skada på grund av att ramavtalets löptid om sju år var för lång. Detta ansågs av Högsta förvaltningsdomstolen inte vara tillräckligt för att leverantören skulle ha talerätt.

I HFD 2017 ref. 66 gjorde Högsta förvaltningsdomstolen uttalanden med innebörd att upphandlande myndigheters sedan tidigare gällande bevisbörda i fråga om undantag från annonseringsskyldigheten i LOU sannolikt gäller också i mål om upphandlingsskadeavgift.

³ Dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012:191.

Förvaltningsdomstols utredningsansvar behandlades på nytt i HFD 2018 ref. 28. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade sig – utan att nämna HFD 2015 ref. 55 – om situationen när en domstol har inhämtat uppgifter som omfattas av sekretess och som den ena parten därför inte fått del av. I den situationen ska domstolens granskning av uppgifterna begränsas utifrån de skäl som medfört att handlingarna hämtades in. Om det framkommer några andra brister i upphandlingen i samband med granskningen av handlingarna ska de inte beaktas av domstolen.

I Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 3 maj 2018 (mål nr 502-18) uttalade sig domstolen om en tredjemansleverantörs talerätt i offentlig upphandling. Domstolen menade att en tredjemansleverantör inte har rätt att överklaga en dom i vilken kammarrätten prövat och i domskälen kommit fram till att leverantörens anbud rätteligen borde ha förkastats av den upphandlande myndigheten, men i domslutet endast förordnat om rättelse utan angivande av hur rättelsen ska ske.

3. Kommentarer till tre avgöranden

3.1 Rätten att ansöka om överprövning (HFD 2017 ref. 62)

Enligt 20 kap. 4 § LOU har en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada rätt att ansöka om överprövning av en upphandling och giltigheten av ett avtal. I svensk rätt har lagstiftaren valt att skilja mellan detta rekvisit för *talerätt* och *rekvisitet för skada* som krävs för att domstol ska besluta om ingripande i en upphandling enligt 20 kap. 6 § LOU. Högsta förvaltningsdomstolen har i ett tidigare rättsfall, HFD 2013 ref. 53, uttryckt skillnaden enligt följande:

”Bestämmelsen i 16 kap. 4 § LOU reglerar talerätten. Vad beträffar denna är det sökandens egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant. I 16 kap. 6 § regleras förutsättningarna för domstol att ingripa mot upphandlingen med stöd av vad som anförts i ansökningen. För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.”⁴

I det rättsmedelsdirektiv (89/665/EEG) som ligger till grund för överprövningsbestämmelserna i LOU görs dock ingen åtskillnad mellan talerätten och skaderekvisitet. Rekvisitet för talerätt enligt direktivet motsvarar istället närmast skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU.⁵

⁴ Bestämmelserna i 16 kap. i 2007 års LOU återfinns numera i 20 kap. LOU.

⁵ Se för denna fråga bl.a. Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure, 2012, s. 101-104.

I det aktuella målet, HFD 2017 ref. 62, som avsåg en ramavtalsupphandling, hade den sökande leverantören inte lämnat anbud. Att leverantören inte lämnat anbud är inte en omständighet som i sig gör att sökanden därmed skulle sakna rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen.⁶ Den sökande leverantören anförde uttryckligen att denne inte var intresserad av att tilldelas det aktuella ramavtalet i upphandlingen. Istället ansåg sig leverantören lida skada på grund av att ramavtalsperiodens längd om maximalt sju år gjorde att bolaget stängdes ute från möjligheten att lämna anbud i en ny upphandling under längre tid än fyra år. Fyra år är enligt 7 kap. 2 § LOU den maximala löptiden för ett ramavtal, om inte särskilda skäl föreligger.

Frågan som Högsta förvaltningsdomstolen hade att pröva var om detta var tillräckligt för att leverantören skulle ha rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen anförde bl.a. följande.

”Enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet krävs att det ska finnas ett prövningsförfarande åtminstone för den som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Regleringen av talerätten i 16 kap. 4 § LOU skiljer sig från direktivet genom att det i lagtexten inte finns något uttryckligt krav på att den som ansöker om överprövning ska ha eller ha haft intresse av att få ingå det aktuella upphandlingsavtalet.

Av förarbetena till bestämmelsen om talerätt framgår att avsikten var att den skulle motsvara artikel 1.3 i direktivet och att ordet leverantör valdes i stället för anbudsgivare och anbudssökande för att omfatta också den som velat vara med i en upphandling, men inte kunnat delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt (Ds 1992:62 s. 94 och prop. 1992/93:88 s. 101 och 139). Det finns därför anledning att tolka bestämmelsen i ljuset av direktivets krav på att en leverantör ska ha haft intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen för att ha talerätt.

[...] Högsta förvaltningsdomstolen finner mot denna bakgrund att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling.”

Trots att bestämmelsen i 20 kap. 4 § LOU – och motsvarande bestämmelser i såväl 1992 som 2007 års LOU – uttryckligen innehåller lokutionen ”*anser sig*”,

⁶ Leverantören kan t.ex. anse att det finns krav i upphandlingen som är diskriminerande eller oproportionerliga och därmed oförenliga med LOU. En ansökan om överprövning i vilken utformningen av upphandlingen ifrågasätts ska då prövas av domstolarna, se bl.a. dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 40.

valde Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2017 ref. 62 en annan väg än vad som följer av lagtexten och av HFD 2013 ref. 53.

Det framstår som klart att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2017 ref. 62 haft som ambition att tolka talerätsbestämmelsen i LOU i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i rättsmedelsdirektivet, trots att lagtexten i LOU och HFD 2013 ref. 53 avviker från direktivet till förmån för sökande leverantör i och med formuleringen ”anser sig”.⁷

HFD 2017 ref. 62 är svårförenlig med lagtextens ordalydelse och tidigare praxis. Därutöver riskerar avgörandet att bakvägen införa ett slags ”skaderekvisit” även i de mål om överprövning där något sådant rekvisit enligt LOU inte gäller för att kunna få bifall till ansökan. Så är fallet i mål om ogiltighet av avtal på grund av otillåten direktupphandling enligt 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Enligt min mening borde Högsta förvaltningsdomstolen hanterat frågan i målet genom en tillämpning av skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU istället för som en talerätsfråga.

3.2 Upphandlande myndighets rätt att överklaga en dom vars skäl leder till att en ansökan om upphandlingsskadeavgift ska göras (HFD 2017 ref. 45 samt mål nr 6525-15)

Enligt 21 kap. 2 § LOU ska Konkurrensverket ansöka om upphandlingsskadeavgift om en förvaltningsdomstol, i ett avgörande som fått laga kraft, har beslutat att ett avtal, som egentligen borde ogiltigförklaras, ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Motsvarande skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift gäller om en förvaltningsdomstol i ett lagakraftvunnet avgörande fastställt att en upphandlande myndighet har brutit mot bestämmelserna om avtalsspärr men ändå funnit att avtalet inte ska förklaras ogiltigt (för att upphandlingen i övrigt inte genomförts i strid med LOU eller för att skaderekvisitet inte är uppfyllt).

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2014 ref. 49 funnit att det, för att en upphandlingsskadeavgift efter en obligatorisk ansökan ska kunna dömas ut, inte krävs att förvaltningsdomstolen i den underliggande domen har fastställt i domslutet att någon av de två situationer som föranleder upphandlingsskadeavgift föreligger. Det räcker istället att detta framgår av domskälen. Därutöver fann Högsta förvaltningsdomstolen att någon överprövning av den underliggande domen i ogiltighetsmålet inte ska göras i sådana mål om upphandlingsskadeavgift. En upphandlande myndighet kan således inte i det efterföljande målet om obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift (återigen) få prövat om myndighetens

⁷ Ett förbigående av formuleringen ”anser sig” och sammanblandning av rekvisitet för talerätt med skaderekvisitet gjordes redan i förarbetena till 1992 års LOU, se prop. 1992/93:88 s. 101. Regeringen anförde i kommentaren till talerätsbestämmelsen att ”[d]en som är berättigad att påtala ett missförhållande är den som antingen lidit skada eller som kan komma att lida skada”.

agerande utgjort en överträdelse av LOU. Denna fråga skulle istället ha hanterats inom ramen för ogiltighetsmålet.⁸

Den fråga som uppkom i HFD 2017 ref. 45 var en naturlig följd av slutsatserna i HFD 2014 ref. 49. Här var frågan om en upphandlande myndighet har rätt att överklaga en dom från förvaltningsrätten på grund av att det i domskälen uttalats att avtals slutits i strid med LOU, men avtalet ändå fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.⁹ I HFD 2017 ref. 45 sammanfattade Högsta förvaltningsdomstolen tidigare praxis i fråga om möjligheterna att överklaga ett domstolsbesluts motivering enligt följande:

”Det är en etablerad rättslig princip att ett domstolsavgörande normalt inte kan överklagas utan att den som klagat yrkar ändring av själva avgörandet. Domskälen som sådana kan således som utgångspunkt inte överklagas, se t.ex. RÅ 1990 not. 45 och RÅ 2006 ref. 21. I det sistnämnda rättsfallet uttalade Högsta förvaltningsdomstolen dock att i sådana sällsynta undantagsfall då motiveringen har självständiga rättsverkningar kan ett överklagande avse enbart denna. Att domstolen öppnade för en sådan möjlighet får anses ha sin grund i den generella hållningen inom förvaltningsprocessen att överklagandeinstitutet ytterst syftar till att ge enskilda rättsskydd när ett beslut har faktiska verkningar av viss betydelse för dem (se t.ex. RÅ 82 2:76, RÅ 1996 ref. 43 och RÅ 2007 ref. 7).”

Högsta förvaltningsdomstolen fann i HFD 2017 ref. 45 att en upphandlande myndighet inte har rätt att överklaga ett avgörande där beslutsmotiveringen medför att en process om upphandlingsskadeavgift ska initieras. Enligt domstolen sänkades skäl att utsträcka det skydd för enskilda som har motiverat att domskäl undantagsvis får överklagas till att avse också upphandlande myndigheter. Det har ingen betydelse för klagorätten att beslutsmotiveringen i ett sådant avgörande får självständiga rättsverkningar i och med att en obligatorisk

⁸ Det ska poängteras att de principer som följer av HFD 2014 ref. 49 rörande den underliggande domens rättskraft endast omfattar mål vid obligatoriska ansökningar om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 2 § första stycket LOU. I mål om upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 2 § andra stycket LOU efter en fakultativ ansökan vinner en tidigare dom – i de fall samma fråga dessförinnan har prövats i ett mål om överprövning – inte rättskraft. Istället kan alla frågor av betydelse för om upphandlingsskadeavgift ska påföras prövas på nytt. Det följer också av att själva rekvisiten för upphandlingsskadeavgift i de två obligatoriska fallen är att en förvaltningsdomstol i avgörande som fått laga kraft beslutat på visst sätt (21 kap. 1 § 1-2 LOU). Rekvisiten för att döma ut avgift efter en fakultativ ansökan tar istället sikte på en materiell överträdelse av LOU (21 kap. 1 § 3 LOU).

⁹ Motsvarande fråga uppkom i Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 7 juli 2017 i mål nr 6525-15. Den enda skillnaden var att det där var fråga om en i domskälen konstaterad överträdelse av bestämmelserna om avtalsspär som inte ledde till att avtalet skulle ogiltigförklaras (vilket som ovan angetts också leder till en ansökan om upphandlingsskadeavgift).

ansökan om upphandlingsskadeavgift ska initieras och avgörandet har negativ rättskraft i fråga om att avtalet slutits i strid med LOU.

En fråga som infinner sig med anledning av domstolens avgörande är om den upphandlande myndigheten får överklaga en dom där det – i motsats till vad som gällde i HFD 2017 ref. 45 – har fastställts i domslutet i den underliggande domen att avtalet får bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset, alternativt att avtalet får bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Det är enligt min uppfattning en svaghet att avgörandet inte besvarar den frågan.

En ytterligare fråga är om det verkligen är lämpligt att förvaltningsdomstolarna utformar sina domslut i avgöranden som leder till en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift på det sätt som förvaltningsrätten hade gjort i HFD 2017 ref. 45. Här angavs i domslutet att ”förvaltningsrätten avslår ansökan” och de slutsatser som medförde att en ansökan om upphandlingsskadeavgift skulle initieras angavs endast i domskälen. Det saknas ett vägledande uttalande från Högsta förvaltningsdomstolen i den frågan, vilket domstolen hade möjlighet att göra i såväl HFD 2014 ref. 49 som i HFD 2017 ref. 45 men i båda fallen avstod ifrån. Det förefaller i dag vara upp till rättens fria skön att utforma domslutet antingen på ett sätt som tydligt avskär rätten för den upphandlande myndigheten att överklaga domen, eller istället på ett sätt som (möjligen) ger myndigheten rätt att överklaga domen.¹⁰

I sammanhanget kan det argumenteras för att ordalydelsen i 20 kap. 14 § LOU (*”Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningar för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.”*) faktiskt anvisar en skyldighet för domstolarna att ”besluta”, dvs. att ange i domslutet, att avtalet får bestå.¹¹ I ett annat fall, som inte rörde offentlig upphandling, HFD 2016 ref. 48, fann Högsta förvaltningsdomstolen att en förvaltningsdomstol efter en sakprövning i ett så kallat ”desert mål” (dvs. mål där saken har förfallit men en part alltjämt har ett berättigat intresse att domstolen prövar sakfrågan) bör skilja målet ifrån sig genom ett avgörande (domslut) som avspeglar det ställningstagande som domstolen har gjort i sakfrågan. Det är enligt min mening inte orimligt att det borde gälla en liknande skyldighet hos domstolarna även i fråga om avgöranden som leder till en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift. Under alla omständigheter finns inget som hindrar att domstolarna i dessa fall tydligt anger i domslutet att avtalet får bestå.

¹⁰ Motsvarande valfrihet med avgörande påverkan på klagorätten gäller dessvärre också i fråga om tredjemansinträde efter Högsta förvaltningsdomstolens beslut av den 3 maj 2018 i mål nr 502-18.

¹¹ Jfr Asplund m.fl., s. 318-319. Detsamma kan dock inte sägas i det andra fallet som leder till en obligatorisk ansökan om upphandlingsskadeavgift, dvs. när myndigheten har överträtt bestämmelserna om avtalsspärr men avtalet ändå inte förklaras ogiltigt.

3.3 Rättens val av åtgärd när ett antaget anbud inte uppfyllt obligatoriska krav i upphandlingen (HFD 2016 ref. 37 II)

Det har sedan länge stått klart vad som gäller om en domstol finner att en ansökan om överprövning ska bifallas och den upphandlande myndighetens fel har skett i tiden efter att fristen för att lämna anbud löpt ut. Då är det tillräckligt för domstolen att besluta om rättelse, istället för att besluta att upphandlingen ska göras om. Anledningen till denna ordning är att de åtgärder som vidtas i tiden efter att anbud ska ha lämnats in inte kan påverka leverantörers beslut att delta i upphandlingen eller hur anbudsgivare väljer att utforma sina anbud. Därmed kan dessa fel i princip alltid åtgärdas genom rättelse.¹²

I RÅ 2005 ref. 47 fann domstolen att en upphandlande enhets underlåtenhet att göra en individuell bedömning av en anbudsgivares ekonomiska förhållanden innan anbudet förkastades, skulle åtgärdas genom en rättelse. Högsta förvaltningsdomstolen motiverade valet av åtgärd enligt följande:

”Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud skall göras. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas.”

I HFD 2016 ref. 37 II beslutade dock Högsta förvaltningsdomstolen att upphandlingen skulle göras om. I den aktuella upphandlingen fanns i förfrågningsunderlaget ett obligatoriskt krav att anbud skulle innehålla uppgift om bl.a. ungefärlig årsomsättning för de viktigaste liknande uppdragen under de tre senaste åren. Syftet med kravet var att den upphandlande myndigheten skulle kunna bedöma leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Vinnande anbudsgivare valde att inte lämna in uppgiften om ungefärlig omsättning, utan angav att uppgiften kunde redovisas om så önskades. Den upphandlande myndigheten accepterade trots det anbudet och anförde under överprövningsprocessen att den aktuella uppgiften inte fyllde någon funktion.

Högsta förvaltningsdomstolen fann att den upphandlande myndighetens åtgärd att godta det aktuella anbudet inte var förenlig med likabehandlingsprincipen. Då åtgärden enligt Högsta förvaltningsdomstolen kunde anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede skulle upphandlingen göras om. Högsta förvaltningsdomstolen motiverade inte på vilket sätt en felaktighet som skett i tiden efter att anbudsfristen hade löpt ut kunde anses påverka det konkurrensuppsökande skedet.

Högsta förvaltningsdomstolens beslut i HFD 2016 ref. 37 II är svårförenligt

¹² Jfr Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Norstedts Juridik, 2015, s. 685-686 och 703-704 samt Asplund m.fl., s. 189 och 215-219.

med RÅ 2005 ref. 47 och har skapat en oklarhet i en fråga som tidigare sannolikt hos de allra flesta ansågs klarlagd och som, mig veterligen, utan större svårigheter behandlats konsistent av förvaltningsrätter och kammarrätter.¹³ Det behöver knappast påpekas att frågan om domstolens val av åtgärd kan vara av mycket stor praktisk och ekonomisk betydelse. Det finns starka skäl för en ordning där domstolsingripanden i upphandlingar inte blir onödigt långtgående. Det är också viktigt att parterna och andra intressenter i offentliga upphandlingar på förhand kan göra rimliga prognoser av vilken åtgärd som kommer att beslutas av domstolarna om ett ingripande blir aktuellt.¹⁴

Om det efter en dom om rättelse skulle visa sig att den upphandlande myndigheten inte vill upprätthålla det aktuella kravet i upphandlingen, får myndigheten använda sig av möjligheten att avbryta upphandlingen. Det är dock en fråga för den upphandlande myndigheten som domstolen vid valet av åtgärd inte har anledning att blanda sig i, särskilt mot bakgrund av att officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål (se bl.a. RÅ 2009 ref. 69, HFD 2015 ref. 55 och HFD 2018 ref. 28). Det är svårt att inte vara kritisk mot Högsta förvaltningsdomstolens val av ingripandeåtgärd i HFD 2016 ref. 37 II.

4 Avslutande kommentar

Utifrån en praktikers perspektiv kan vikten av bra och tydliga prejudikat inom upphandlingsrätten inte nog understrykas. Majoriteten av Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden på upphandlingsområdet ger också enligt mig välavvägd och tydlig vägledning i praktiskt relevanta frågor. En ”felaktig” utgång i det konkreta målet behöver i princip inte heller betyda att avgörandets värde som prejudikat försämras. Om utgången i målet däremot inte är konsistent med tidigare praxis eller är en följd av en motivering som är alltför in casu-betonad eller inte framstår som övertygande, riskerar prejudikatvärdet, dvs. tillämpbarheten och den praktiska nyttan av domen i efterföljande upphandlingar och överprövningsprocesser, att minska. Det finns enligt min mening en risk att så är fallet med HFD 2017 ref. 62, HFD 2017 ref. 45 (och mål nr 6525-15) samt domstolens val av ingripandeåtgärd i HFD 2016 ref. 37 II.

¹³ Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms domar av den 26 september 2016 (mål nr 3158-16 och mål nr 3160-16) där rätten beslutade att upphandlingen ska göras om. Kammarrätten i Göteborg har däremot i flera olika avgöranden fortsatt på den tidigare gällande linjen och beslutat om rättelse, se dom av den 15 juni 2016 (mål nr 5515--5516-16) och dom av den 21 oktober 2016 (mål nr 2005-16). Kammarrätten i Jönköping har dom av den 27 juni 2016 (mål nr 3262-15) likaså beslutat om rättelse. I samtliga dessa avgöranden har kammarrätterna funnit att vinnande leverantörs anbud brast i uppfyllelse av obligatoriska krav.

¹⁴ De enda gånger ett fel som begåtts efter att anbudsfriheten löpt ut kan motivera att upphandlingen ska göras om är om det därefter inte återstår några kvalificerade anbud att anta i upphandlingen, men i sådana fall motiveras rättsens val av åtgärd inte av vilket skede i förfarandet felet begåtts.