

---

**Februari 2012**

## Offentlig upphandling – så har de nya bestämmelserna om ogiltighet tillämpats i praktiken

---

*Den 15 juli 2010 infördes bestämmelser i den svenska upphandlingslagstiftningen om ogiltighet av vissa avtal som tillkommit på olaglig väg. I denna artikel sammanfattar vi den rättspraxis som hittills utvecklats på området.*

Den 15 juli 2010 infördes regler om ogiltighet av avtal vid vissa överträdelser av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("LOU"). Reglerna innebär i korthet att avtal som ingåtts utan annonserad upphandling i fall då annonseringsskyldighet förelegat, så kallad otillåten direktupphandling, eller som ingåtts i strid med något av lagens tillfälliga förbud mot att ingå avtal, exempelvis den avtalsspärr som myndigheter ska iaktta från det att upplysningar om tilldelningsbeslutet skickats ut till dess att avtal kan tecknas, ska kunna förklaras ogiltiga av allmän förvaltningsdomstol. Dessutom kan i vissa fall avtal som tilldelats i en förnyad konkurrensutsättning ogiltigförklaras, om tilldelningen skett i strid med LOU. Ogiltighetspåföljden, som förvaltningsdomstolarna kan besluta om efter ansökan från en förfördelad leverantör, kan få allvariga konsekvenser för avtalsparterna. Ogiltigheten innebär nämligen att alla prestationer som genomförts i enlighet med det ogiltigförklarade avtalet ska återgå, och att förmögenhetsförhållandena mellan avtalsparterna ska återställas som om avtalet aldrig hade ingåtts.

Sedan reglerna om ogiltighet trädde i kraft den 15 juli 2010 har ett 50-tal fall prövats av förvaltningsrätterna, och ungefär hälften av de avtal som prövats har ogiltigförklarats. Omkring 15 av förvaltningsrätternas avgöranden överklagats till kammarrätterna. Högsta förvaltningsdomstolen har dock ännu inte meddelat prövningstillstånd i något mål om överprövning av ett avtals giltighet.

I de fall där kammarrätterna har tagit ställning till frågan om ogiltighet kan konstateras att det är få fall där bedömningen blivit att avtalet inte ska ogiltigförklaras. Som exempel kan nämnas ett fall där beräkningen av kontraktets värde innebar att kontraktets värde inte översteg direktupphandlingsgränsen (Kammarrättens i Stockholm dom den 22 juli 2011 i mål nr 3103-11). Ett annat exempel rör en kontraktstilldelning som omfattades av ett tidigare upphandlat kontrakt (Kammarrättens i Jönköping dom den 30 november 2011 i mål nr 2852-11). Ytterligare ett exempel är ett fall där frågan var om det skett en väsentlig ändring ett befintligt avtal, men där domstolen kom fram till att en väsentlig ändring inte skett och avtalet därför inte ogiltigförklarades (Kammarrättens i Göteborg dom den 2 december 2011 i mål nr 5755-11).

Av de fall där kammarrätterna har ogiltigförklarat avtal är följande avgöranden av särskilt intresse. Kammarrätten i Sundsvall ogiltigförklarade den 1 juni 2011 i mål nr 2838-10 ett avtal som ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. Den upphandlande myndigheten hade inte lämnat tillräckliga skäl i tilldelningsbeslutet, och någon

---

---

**Februari 2012**  
**Offentlig upphandling – så har de nya bestämmelserna om ogiltighet tillämpats i praktiken**

avtalsspärr hade därför inte börjat löpa. Det avtal som tecknats ogiltigförklarades därför. Vad gäller beräkningen av ett kontrakts värde har Kammarrätten i Stockholm den 15 juni 2011 i mål nr 3056-11 ogiltigförklarat ett avtal då avtalets värde översteg gränsen för direktupphandling. Avtalets förlängningsklausul hade inte använts då den upphandlande myndigheten sagt upp avtalet innan förlängningsklausulen börjat gälla. Värdet av kontraktet skulle trots det beräknas inklusive förlängningsklausuler, vilket innebar att kontraktets värde översteg gränsen för direktupphandling, och att avtalet därför tillkommit på olaglig väg och skulle ogiltigförklaras.

Kammarrätten i Stockholm har i en dom den 9 november 2011 i mål nr 7089-10 tagit ställning till frågan om ogiltighet i ett mål rörande de så kallade Teckal-kriterierna, dvs. de kriterier som måste vara uppfyllda för att en myndighet utan föregående upphandling ska få tilldela kontrakt till ett hel- eller delägt dotterbolag. Kammarrätten fann att Teckal-kriterierna i det aktuella fallet inte var uppfyllda. Avtalet skulle därmed ha föregåtts av upphandling i enlighet med LOU och avtalet ogiltigförklarades därför.

Trots att ett avtal egentligen ska ogiltigförklaras kan domstolen i vissa fall besluta att avtalet ska få bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 5 september 2011 i mål nr 3579-11 bedömt att transport och förvaringstjänster för djur inte var ett sådant tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverade att avtalet skulle få bestå. Avtalet ogiltigförklarades därför.



Erik Olsson, Associate

Däremot har behovet av försörjning av hörapparater till personer med hörselnedsättning bedömts utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Av Kammarrättens i Jönköping dom den 18 november 2011 i mål nr 1587-1590-11 följer att tillhandahållandet av hörapparater är av stor vikt för patienter samt att det är en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla hörapparater. Det aktuella avtalet fick därför bestå trots att rekvisiten för ogiltighet var uppfyllda. Även avtal för färdtjänst och sjukresor har, då avtalet påverkar människors liv och hälsa, fått bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, se beträffande denna fråga Kammarrättens i Göteborg dom den 2 december 2011 i mål nr 5819-11.



Ingrid Sandstedt, Associate

Av intresse är även Kammarrättens i Stockholm dom den 24 oktober 2011 i mål nr 2733-11 där kammarrätten konstaterade att reglerna gällande ogiltighet har direkt effekt på så sätt att de gäller även om upphandlingen påbörjats före den 15 juli 2010. Medlemsstaterna skulle ha implementerat det aktuella EU-direktivet redan den 20 december 2009, och reglerna om ogiltighet är därför enligt kammarrätten tillämpliga på upphandlingar som påbörjats efter den 20 december 2009.

Baserat på den rättspraxis som utvecklats på området kan sammanfattningsvis konstateras dels att det hittills varit relativt lätt för de leverantörer som ansökt om överprövning att övertyga domstolarna om att de överprövade avtalen ska ogiltigförklaras, dels att det, om förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, hittills varit förhållandevis svårt för de upphandlande myndigheterna att få gehör för att avtalen ska bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Domstolarna har hittills gjort en relativt sträng bedömning, och det är endast i undantagsfall som avtal har fått bestå när de formella förutsättningarna för ogiltighet har varit uppfyllda.