



Jon Kihlman | Advokat, jur. dr | Gärde Wesslau Advokatbyrå

## Leverantörerna – LOU:s kontrollanter

I ledaren i AnbudsJournalen nr 14-15 refereras bl.a. ett uttalande av Kommun- och finansmarknadsministern Sven-Erik Österberg, där han i anslutning till det tilläggsdirektivt regeringen lämnat till Upphandlingsutredningen säger sig vara besvärad över antalet överprövningar i upphandlingsärenden.

Det skall han inte vara, åtminstone inte så länge hans bekymmer är att överprövningar sker. Bekymrad bör han däremot vara över att leverantörerna i så stor utsträckning som sker anser sig ha anledning att begära överprövning eller kräva skadestånd, eftersom det knappast skulle ske utan goda skäl.

Det enda skäl som rimligen kan finnas är att upphandlingar i alltför stor utsträckning sker på ett sätt som åtminstone ger utrymme för uppfattningen att de strider mot LOU.



Möjligheten att begära överprövning och rätten till skadestånd vid lagstridiga upphandlingar fyller väsentliga funktioner i LOU:s system. Att leverantörer begär överprövning av upphandlingar eller kräver skadestånd är därför bara tecken på att systemet fungerar och att leverantörer tar sin av lagstiftaren tilldelade roll på allvar: Rollen som kontrollant.



Före LOU fanns ingen motsvarande kontrollfunktion. Upphandlande enheter hade i princip samma avtalsfrihet som privata rättssubjekt. Upphandlande enheter antogs genomföra upphandling-

ar på bästa möjliga sätt, innefattande inte minst att de utnyttjade de konkurrensmöjligheter som stod till buds.

Kontrollen av att så skedde var emellertid enbart intern. Med LOU ändrades detta: Lagstiftaren "outsourcade" kontrollfunktionen till leverantörerna. De verktyg lagstiftaren har ställt till kontrollanternas förfogande är dels möjligheten att begära överprövning, dels rätten till skadestånd.

Möjligheten att vinna i "rond 2" eller erhålla skadestånd är förmodligen nödvändiga morötter för att leverantörerna skall vilja utöva sin kontrollfunktion.



Kontrollens ändamål är samhällsekonomiskt. Det är samhällsekonomiskt lönsamt att om möjligt säkerställa att offentliga upphandlande enheter agerar affärsmässigt. Som en närmast nödvändig konsekvens av de lösningar som valts för att uppnå detta ändamål, kommer vissa offentliga upphandlingar att stoppas, medan andra endast får slutföras sedan rättelse har skett.

Om en upphandlande enhet ingår avtal trots att upphandlingen skett i strid mot LOU, kan den upphandlande enheten tvingas utge skadestånd till den leverantör som skulle ha vunnit upphandlingen om den skett i enlighet med LOU.



Här kan anmärkas att möjligheten till överprövning i första hand bör ses som ett skydd för upphandlande enheter. Om den inte funnits, skulle leverantörerna ha varit hänvisade till att kräva skadestånd. Domar i mål om överprövning

utgör därför antingen en spärr mot skadeståndstalan genom att det skadeståndsgrundande valet av "fel" leverantör förhindras, eller ett "förhandsbesked" som visserligen inte är bindande i en skadeståndsprocess, men som ändå torde ha en hämmande inverkan på leverantörers viljas att starta en sådan process.

Det innebär i sin tur att en upphandlande enhet som skyndar sig att ingå avtal för att slippa en överprövning, begår en stor dumhet, eftersom den frivilligt avstår från det skyddande filter som överprövningen innebär.



Att upphandlingar stoppas eller att skadestånd utgår är pris som enstaka offentliga aktörer får betala för att leverantörer skall fullfölja sin av lagstiftaren tilldelade viktiga samhällsfunktion: Att utöva en kontroll som syftar till att offentliga upphandlingar i allmänhet genomförs affärsmässigt.

Det är viktigt att detta övergripande goda ändamål inte glöms bort när man ondgör sig över att enstaka offentliga upphandlingar stoppas eller upphandlande enheter tvingas utge skadestånd.



Upphandlande enheter gör klokt i att inte i onödan utsätta sig för effekterna av kontrollen. Enklast sker detta genom att inte i onödan krångla till upphandlingar. Antalet onödiga och svårtolkade urvalskriterier borde vara ett större bekymmer för ministern än antalet överprövningsärenden.