



SVENSKT NÄRINGSLIV
SWEDISH ENTERPRISE

Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling

RAPPORT MED EN ANALYS AV HÖGSTA
FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS RÄTTSPRAXIS
AVSEENDE SKADEREKVISITET I ÖVER-
PRÖVNINGSMÅL I HFD 2022 REF 4 I OCH II

**ANDERS ASPLUND
COUNSEL PÅ ADVOKATFIRMAN
PER KARLSSON & CO (WWW.PKLAW.SE)**

Förord

Svenskt Näringsliv eftersträvar en offentlig upphandling som genomsyras av kunskap, fakta, dialog, effektivitet, rättssäkerhet, konkurrens, frånvaro av korruption och ömsesidigt förtroende.

Det svenska näringslivet präglas av små företag, hela 99,4 procent av företagen i Sverige är små, det vill säga har färre än 50 anställda. Den offentliga upphandlingen med dess omfattande administration är därför en stor utmaning för dessa företag. De krav som myndigheterna uppställer kan de flesta företag inte uppnå och det genomsnittliga antalet anbud i imponerar inte. Hur parterna ska kunna mötas i den goda affären är ett återkommande dilemma. Myndigheten fastställer alla villkor, företaget har att avstå från att lämna anbud eller acceptera villkoren. Relationen mellan parterna är inte jämbördig från början, och det har heller inte underlättats genom de två domar som kom från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) om den s.k. påtalandeskyldigheten, HFD 2022 ref 4 I och II.

I domarna slog HFD fast en princip som kommit att kallas påtalandeskyldigheten. HFD uttalade att en leverantör ska ha gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En leverantör som anser att uppgifter i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör enligt HFD därför redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl inte gör detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt.

HFD:s domar har fått stort genomslag. Har fel i det konkurrensuppsökande skedet inte påtalats av en leverantör under anbudstiden har ansökningarna mer eller mindre regelmässigt avslagits med hänvisning till att skaderekvisitet inte är uppfyllt. När det gäller påtalandeskyldighetens närmare innebörd och vilka krav den ställer på leverantörerna att vara aktiva under anbudsgivningen är underrättsdomarna motsägelsefulla. I många domar har mycket långtgående krav ställts på leverantörernas aktivitet. Det kan ifrågasättas om detta är förenligt med EU:s rättsmedelsdirektiv.

Svenskt Näringsliv anser att frågan behöver belysas närmare och har därför gett tidigare chefsjuristen på Upphandlingsmyndigheten, Anders Asplund, i uppdrag att göra en analys av skaderekvisitet och preklusionsreglerna i förhållande EU-rätten.

Svenskt Näringsliv delar författarens slutsatser och anser att det behövs lagändring, som förtydligar skaderekvisitet och frågor om preklusion i svensk rätt. Civilministern, Erik Slottner, har uttalat att han vill underlätta för mindre företag att delta i offentliga upphandlingar. Att lägga en så omfattande börda, som underrätterna lagt på de små företagen, ökar inte den offentliga upphandlingens legitimitet. En lagändring är därför nödvändig.

Svenskt Näringsliv anser också att svensk domstol bör inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen eftersom det råder oklarheter i hur rättsmedelsdirektivet ska tolkas i förhållande till skaderekvisitet. HD uttalade i ett mål från 2022 att det föreligger grovt rättegångsfel att inte inhämta förhandsavgörande när en sådan skyldighet föreligger.

Ett av målen med offentlig upphandling, är som ovan nämnts, rättssäkerhet. Genom underrätternas praxis har motsatsen åstadkommit.

Svenskt Näringsliv

Ellen Hausel Heldahl

Expert offentlig upphandling

Sammanfattning

1. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) meddelade i januari 2022 två domar i mål om överprövning av upphandling – HFD 2022 Ref 4 I och II – som fått mycket stor betydelse för hur skaderekvisitet ska tolkas och tillämpas. HFD slog nämligen fast en princip som kommit att kallas påtalandeskyldigheten, och som blivit mycket omdebatterad. I den här rapporten, som tagits fram på uppdrag av Svenskt Näringsliv, görs en djuplodande analys av denna rättspraxis och hur den kommit att tolkas och tillämpas av underrätter.
2. En övergripande slutsats i denna rapport är att preklusion enligt EU-domstolens praxis förutsätter lag eller annan rättslig ram och inte får utvecklas genom rättspraxis eftersom det inte möter kraven på rättssäkerhet. Av det får anses följa att inte heller skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU bör inskränkas genom praxis på ett långtgående sätt som avviker från bestämmelsens och lagens lydelse.
3. En viktig utgångspunkt är dock även att det av skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven får anses följa att skadelidande leverantörer i skäligen utsträckning bör agera skademinimerande. Det bör kunna åberopas och beaktas vid en ansökan om överprövning.
4. En annan viktig iakttagelse är att underrätter generellt har tillämpat skaderekvisitets praxis om påtalandeskyldighet på sätt som har likheter med den så kallade mellanväg som föreslogs av Överprövningsutredningen men som inte ledde till lagstiftning. Tillämpning får i praktiken anses ha preklusionsliknande drag.
5. När det gäller konsekvenser för leverantörer är det oklart rättsläget och den extensiva tolkning av påtalandeskyldigheten som utvecklats hos underrätter problematisk på flera sätt. Det är till förfång för små och medelstora leverantörer samt utländska leverantörer.
6. Med hänsyn till iakttagelserna i rapporten framhålls att påtalandeskyldigheten bör tillämpas med försiktighet och inte utsträckas längre än vad som säkert kan anses framgå av HFD:s dom. Det föreslås i rapporten att HFD:s ventiler och begränsningar beaktas vid tillämpningen av påtalandeskyldigheten. Det bör särskilt noteras som en viktig omständighet att det i HFD:s mål rörde lättidentifierade fel och brister.
7. Mot bakgrund av vad som framkommit i rapporten lämnas också följande förslag och rekommendationer.
 - i. Domstolar bör i framtiden inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Inte minst gäller det frågorna om hur omfattande leverantörens handlingsplikt är för att motverka skada och i vilken mån leverantörens handlande i dessa frågor kan beaktas av domstolarna utan annat lagstöd än det objektiva skaderekvisitet i upphandlingslagstiftningen.
 - ii. Lagstiftningsåtgärder bör vidtas för att klargöra rättsläget och tydliggöra att leverantörerna inte har en generell skyldighet att påtala brister och otydligheter i upphandlingsunderlagen. Syftet ska dock inte vara att gå tillbaka till det läge som rådde före HFD 2022 ref. 4 I och II utan att i stället införa en välavvägd balans som främjar både effektivitet och rättssäkerhet. I denna rapport lämnas också en skiss som kan tjäna som utgångspunkt för att ta fram ett lagförslag.

Innehåll

1 Problembeskrivning	6
1.1 Offentlig upphandling och överprövning	6
1.2 99,4 procent är småföretag	6
1.3 Påtalandeskyldigheten	6
1.4 Uppdraget	8
1.5 Disposition	8
2 Rättslig bakgrund	9
2.1 Upphandlings- och rättsmedelsdirektiven	9
2.2 Unionsrättens företrädare	10
2.3 Rättsmedlen i upphandlingslagarna	11
2.4 Talerätt och förutsättningar för bifall	12
2.5 Processramen i mål om överprövning av upphandling	13
3 Preklusion	14
3.1 Rättsmedelsdirektiven	14
3.2 Olika typer av preklusion	14
3.3 Regler om processuell preklusion	14
3.4 Regler om materiell preklusion har inte införts	15
3.5 Utredningar om preklusion	15
4 Talerättens och skaderekvisitets utveckling i praxis	18
4.1 Rättsmedelsdirektivet och skaderekvisitet	18
4.2 EU-domstolens praxis	19
4.3 Högsta förvaltningsdomstolens praxis	23
4.4 Skada vid skadeståndsmål enligt upphandlingslagarna	25
5 Påtalandeskyldigheten	26
5.1 Bakgrund	26
5.2 HFD 2022 ref. 4 I och II	26
5.3 Underrättspraxis	28
6 Analys	31
6.1 Några allmänna utgångspunkter	31
6.2 Preklusion	32
6.3 Skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven	32
6.4 Tillämpningen av påtalandeskyldigheten	33
6.5 Konsekvenser för leverantörer	34
6.6 HFD:s ventiler och omständigheterna i målet bör beaktas	36
6.7 Ramavtal	38
7 Förslag och rekommendationer	39
7.1 Förhandsbesked från EU-domstolen bör inhämtas	39
7.2 Lagstiftningsåtgärder bör vidtas	40
7.3 Skiss för att ta fram ett lagförslag	41

1 Problem- beskrivning

1.1 Offentlig upphandling och överprövning

När statliga och kommunala organisationer ska anskaffa varor och tjänster mot ersättning ska upphandlingsreglerna tillämpas. Den offentliga upphandlingen omsatte år 2022 cirka 800 miljarder kronor per år i Sverige vilket motsvarade cirka 17 procent av landets BNP. Offentlig upphandling bär alltså upp en väsentlig del av samhällsekonomin och samhällsservicen.

Leverantörer som anser att det funnits upphandlingsfel i upphandlingarna som kan innebära skada för dem kan ansöka om överprövning av upphandlingen. År 2021 annonserades 18 421 upphandlingar varav 1 121 överprövades. Leverantörerna fick helt eller delvis bifall i 9 procent av alla mål hos förvaltningsrätterna. Andelen överprövade upphandlingar var 6 procent år 2021 och det innebar en viss ökning jämfört med de närmast föregående åren.¹

1.2 99,4 procent är småföretag

Det finns ungefär 910 000 privata företag i Sverige. Endast 936 företag, eller 0,1 procent, av dessa klassificeras som storföretag dvs har 250 eller fler anställda. Det innebär att de resterande företagen är små eller medelstora företag. Av alla små och medelstora företag är det dessutom bara knappt 5 000 företag som klassificeras som medelstora företag. Faktum är att 99,4 procent av alla privata företag i Sverige är små, det vill säga, har mindre än 50 anställda. Sveriges företagarstruktur domineras alltså kraftigt av små företag.²

1.3 Påtalandeskyldigheten

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) meddelade i januari 2022 två domar i mål om överprövning av upphandling – HFD 2022 Ref 4 I och II – som fått mycket stor betydelse för hur skaderekvisitet ska tolkas och tillämpas.

I domarna slog HFD nämligen fast en princip som kommit att kallas *Påtalandeskyldigheten*. Även begreppen *Aktivitetsplikten* och *Omsorgsplikten* har använts. HFD hänvisade därvid till EU-domstolens praxis rörande rättsmedelsdirektivet.

¹ Upphandlingsmyndigheten Statistiktjänsten | Upphandlingsmyndigheten

² Ekonomifakta.



Foto: Unsplash

HFD uttalade att en leverantör ska ha gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En leverantör som anser att uppgifter i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör enligt HFD därför redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande organisationen och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl inte gör detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt.

HFD:s domar har fått stort genomslag. I upphandlingarnas konkurrensuppsökande skede har det blivit mycket vanligare att leverantörerna ställer frågor och begär kompletteringar och förtydliganden. I överprövningar är det närmast en regel att HFD:s praxis åberopas och prövas i mål där leverantören gjort gällande fel i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Har fel i det konkurrensuppsökande skedet inte påtalats

av leverantör under anbudstiden förefaller ansökningarna mer eller mindre regelmässigt ha avslagits med hänvisning till att skaderekvisitet inte är uppfyllt. När det gäller påtalandskyldighetens närmare innebörd och vilka krav den ställer på leverantörerna att vara aktiva under anbudsgivningen är underrättsdomarna motsägelsefulla. I många domar har mycket långtgående krav ställts på leverantörernas aktivitet.

HFD:s domar och underrätternas tillämpning har blivit mycket omdiskuterade. I den juridiska debatten ifrågasätts ibland denna praxis. Ett vanligt argument går ut på att HFD:s avgöranden i praktiken närmast kommit att tillämpats som en materiell preklusionsregel – det vill säga en lagregel om att vissa av de inledande momenten i en upphandling endast får överprövas inom en viss tid – och att en sådan tillämpning kan ifrågasättas inte minst mot bakgrund av att regeringen valt att införa någon sådan regel i svensk rätt.

1.4 Uppdraget

Svenskt Näringsliv har gett i uppdrag åt Anders Asplund³, counsel på Advokatfirman Per Karlsson & Co⁴, att göra en upphandlingsrättslig analys av HFD 2022 ref 4 I och II samt – i lämplig utsträckning – de underrättsdomar som tillämpat den praxis som fastställts i nämnda HFD-domar.

Främst bör det analyseras om det finns fog för kritiken att denna praxis i praktiken kan anses utgöra en materiell preklusion, i vart fall i vissa fall eller under vissa förutsättningar? Analysen bör även omfatta HFD:s uttalande att skadan måste vara hänförlig till just den upphandling som begärs överprövad. Likaså bör Högsta domstolens beslut 2022-12-20 i mål Ö 5978-21 beaktas.

1.5 Disposition

Utredningen inleds med en rättslig bakgrund som beskriver relevanta frågor avseende upphandlings- och rättsmedelsdirektiven, unionsrättens företrädare, rättsmedlen, talerätt och processram.

I avsnittet därefter uppmärksammas frågor om preklusion, inte minst redogörs för tidigare utredningar och förslag, som när det gäller materiell preklusion inte lett till lagstiftning.

I nästa avsnitt behandlas talerättens och skaderekvisitets utveckling i praxis. Här behandlas EU-domstolens praxis rörande rättsmedelsdirektivet, som ofta handlat om frågan huruvida nationella preklusionsregler varit förenliga med direktivet. Likaså behandlas HFD:s praxis rörande skaderekvisitet. Dessutom behandlas översiktligt de principer om skadebegränsning som gäller i skadeståndsrätten, eftersom dessa principer förefaller kunna ha paralleller med den påtalandeskyldighet som HFD infört.

Därefter följer ett avsnitt angående påtalandeskyldigheten där HFD:s dom HFD 2022 ref 4 I och II samt efterföljande underrättsdomar behandlas närmare.

Slutligen följer ett analysavsnitt med bedömningar och slutsatser samt ett avsnitt med förslag och rekommendationer.

3 Anders har närmast varit chefsjurist på Upphandlingsmyndigheten i mer än sju år. Han har totalt 25 års erfarenhet av offentlig upphandling och har även deltagit i lagstiftningsarbetet samt tillsammans med några medförfattare gett ut en bok om överprövning och andra rättsmedel enligt LOU och LUF.

4 Advokatfirman är specialiserad på EU-, konkurrens- och upphandlingsrätt samt tvistelösning.



2 Rättslig bakgrund

2.1 Upphandlings- och rättsmedelsdirektiven

Upphandlingsrätten är en del av EU-rätten. Alla medlemsstater har i sin nationella rätt genomfört samma grundregler om upphandling och rättsmedel vid överträdelser av upphandlingsreglerna. Dessa grundregler bygger på EU-direktiv, som kan anpassas till de olika nationella rättssystemens särarter så länge målen med reglerna uppnås. Utöver denna kärna av gemensamma regler kan reglerna variera från land till land. Sverige har i sin nationella rätt även infört detaljerade regler för upphandlingar som inte omfattas av EU-direktivens bestämmelser.

De svenska upphandlingslagarna genomför alltså upphandlingsdirektiven 2014/24/EU (klassiska direktivet – LOU), 2014/25/EU (försörjningsdirektivet – LUF) och 2014/23/EU (koncessionsdirektivet – LUK) samt rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG (klassiska sektorn) och 92/13/EEG (försörjningssektorn).⁵ Den svenska lagen om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet (LUF) genomför direktiv 2009/81/EG som innehåller bestämmelser om såväl upphandling som rättsmedel.

Syftet med upphandlingsdirektiven är att uppnå fri rörlighet för varor, tjänster och byggtreprenader samt icke snedvriden konkurrens inom EU/EES.⁶ Hindren för den fria rörligheten ska alltså undanröjas och området för offentlig upphandling inom EU/EES öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt.⁷

Rättsmedelsdirektivens syfte är i sin tur att säkerställa att dessa upphandlingsdirektiv kan tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelserna kan korrigeras.⁸ Medlemsstaterna åläggs därför en skyldighet att säkerställa att upphandlande organisationers rättsstridiga beslut kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt.⁹

Rättsmedelsdirektiven fastställer endast minimivillkor som prövningsförfarandena enligt nationell rätt ska uppfylla. Varje medlemsstat har därför inom dessa unionsrättsliga ramar fastställt detaljerade regler som säkerställer enskildas rättigheter enligt reglerna om offentlig upphandling. Detta nationella självbestämmande över exempelvis vilka domstolar och andra prövningsorgan som ska vara behöriga och vilka bevisregler som gäller brukar benämnas som den nationella processuella autonomi.¹⁰



Syftet med upphandlingsdirektiven är att uppnå fri rörlighet för varor, tjänster och byggtreprenader samt icke snedvriden konkurrens inom EU/EES.



⁵ Koncessionsdirektivet 2014/23/EU Avd IV innehåller ändringar av rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG OCH 92/13/EEG som medför att dessa direktiv genomförs i LUK.

⁶ C-26/03 Stadt Halle

⁷ C538/07 Assitur, punkt 25 – 26 och C-305/08 CoNISMa, punkt 37

⁸ Första och andra skälet i direktiv 89/665 och första, andra och tredje skälet i direktiv 92/13

⁹ Artikel 1.1 i båda direktiven

¹⁰ Asplund med flera, Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, sidan 34

De nationella processrättsliga reglerna får dock varken vara mindre förmånliga än dem som avser en liknande talan som grundar sig på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen).¹¹ Målet om att rättsstridiga beslut ska prövas med skyndsamhet får inte heller medföra att reglerna genomförs i nationell rätt på ett sätt som inte uppfyller kraven på rättssäkerhet.¹²

2.2 Unionsrättens företrädare

Medlemsstaterna har i och med att de anslutit sig till EU gett upp delar av sin nationella suveränitet. Unionsrätten äger full tillämplighet på både medlemsstaterna och dess medborgare och har företrädare framför medlemsstaternas inhemska rätt, om den inhemska rätten i något materiellt avseende står i strid med EU-rätten.¹³

Nationella domstolar är skyldiga att i den mån det är möjligt tolka och tillämpa nationell rätt som genomför EU-direktiv så att syftet och ändamålet med direktivet uppnås. Metoden att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktiv kallas *direktivkonform tolkning*. Begreppet *indirekt effekt* används också.¹⁴

Detta innebär att de svenska upphandlingslagarna ska tolkas mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte för att uppnå det resultat som avses i direktiven. Det innefattar även en skyldighet att beakta EU-domstolens praxis.¹⁵

Om det inte är möjligt för den nationella domstolen att göra en direktivkonform tolkning, exempelvis om medlemsstaten helt har underlåtit att genomföra ett direktiv, kan principen om *direkt effekt* av direktiv aktualiseras. Principen innebär att enskilda under vissa förutsättningar får åberopa bestämmelser i direktiv som inte införts i den nationella rätten. En förutsättning är att bestämmelsen ger enskilda rättigheter och är tillräckligt klar och entydig och villkorlig för att kunna åberopas i domstol.¹⁶

EU-domstolen fastställer hur unionsreglerna ska tolkas och förstås. Unionsreglerna är också i stor utsträckning en domarskapad rätt. För att säkerställa en enhetlig tillämpning av unionsrätten kan, och i vissa fall måste, de nationella domstolarna vända sig till EU-domstolen för att begära en klagörande tolkning av unionsrätten.

Enligt artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, (FEUF) är EU-domstolen behörig att meddela förhandsavgöranden angående bland annat tolkningen av rättsakter som har beslutats av unionens institutioner, organ eller byråer. När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, är den domstolen enligt tredje stycket i artikeln i princip skyldig att föra frågan vidare till EU-domstolen.

11 Mål 33/76 Rewe

12 Mål C-456/08 Europeiska kommissionen mot Irland, punkt 61.

13 Mål 6/64 Costa mot ENEL och mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft.

14 Mål 14/83 von Colson och mål C-397 – 403/01 Pfeiffer

15 Mål C-397 – 403/01 Pfeiffer, punkt 113, se även Asplund med flera, Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, sidan 27

16 Se bland annat mål 148/78 Ratti, mål 88/79 Grunert, mål 8/81 Becker och mål C-157/02 Rieser



Högsta domstolen (HD) har i visst fall funnit att det utgjort ett grovt rättegångsfel att en domstol som var sista instans inte inhämtat föravgörande från EU-domstolen.¹⁷ HD uttalade bland annat följande:

Undantag från skyldigheten att hämta in förhandsavgörande föreligger endast om den uppkomna frågan saknar relevans, om EU-domstolen redan har uttalat sig i samma eller en snarlik fråga eller om den korrekta tillämpningen av unionsrätten är uppenbar. När den nationella domstolen avgör om något undantag från skyldigheten föreligger måste domstolen beakta unionsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför samt risken för skillnader i rättspraxis inom unionen. (Se bland annat *Cilfit*² p. 21 och *Consorzio Italian Management*³ p. 33.)

Om det förekommer omfattande rättspraxis från EU-domstolen i en viss fråga kan det vittna om svårigheter gällande tolkningen och att det finns risk för skillnader i rättspraxis inom unionen. Det betyder att det inte är givet att en rikhaltig praxis från EU-domstolen avseende en viss fråga innebär att frågan är klarlagd; det kan i stället tyda på motsatsen. (Jfr *Ferreira da Silva e Brito*⁴ p. 43–45.)¹⁸

Av HD:s beslut framgår således att tröskeln för att inhämta förhandsavgörande är låg. Den omständighet att det redan förekommer avgöranden från EU-domstolen i liknande frågor betyder inte nödvändigtvis att den nationella domstolen saknar anledning att begära ett förhandsavgörande.

2.3 Rättsmedlen i upphandlingslagarna

Reglerna i upphandlingslagarna om överprövning, skadestånd och i vissa avseenden upphandlingsskadeavgift följer av de båda rättsmedelsdirektiven. Reglerna gäller för alla upphandlingar, det vill säga även upphandlingslagarnas icke direktivstyrda områden.

De då gällande rättsmedels- och upphandlingsdirektiven genomfördes för första gången i 1992 års lag om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 1994. Den svenska lagstiftaren bestämde då att mål om överprövning av upphandling skulle handläggas av förvaltningsdomstolarna och mål om skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling av allmän domstol.¹⁹ Ordningen gäller alltiämt. I samband med senare reformer har förvaltningsdomstolarna även getts ansvaret att handlägga överprövningsmål om ogiltigförklaring av avtal och mål om upphandlingsskadeavgift.

Allt sedan 1994 har upphandlingslagarna föreskrivit att en ansökan om överprövning ska ges in direkt till förvaltningsrätt. Lagstiftaren har valt att inte använda rättsmedelsdirektivens möjlighet att införa en föreskrift om att den som anser att en överträdelse skett och som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande organisationen.²⁰



Foto: Pixabay

17 Högsta domstolens beslut 2022-12-20 i mål Ö 5978-21

18 A dom, punkt 9–10.

19 Prop. 1992/93:88, sidan 44.

20 Prop. 2009/10:180, sidan 161 samt artikel 1.4 i ändringsdirektivet 2007/66/EG till rättsmedelsdirektiven.

2.4 Talerätt och förutsättningar för bifall

I rättsmedelsdirektiven anges att överprövningsförfarandena ska vara tillgängliga åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

I svensk rätt har direktivet genomförts i 20 kap. 4 § LOU²¹ på så sätt att taleberättigade i överprövningsmål är leverantören som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Det första rekvisitet för talerätt är alltså att sökanden är leverantör. I upphandlingsdirektiven används i stället det synonyma begreppet *ekonomiska aktörer*. Med begreppen förstås var och en som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Begreppet ska tolkas vidsträckt och kan även omfatta grupper av leverantörer liksom upphandlande organisationer.²²

Det andra rekvisitet för talerätt i svensk rätt är att leverantören ska *anse sig* ha lidit eller kunna komma att lida skada. För talerätt räcker det alltså med leverantörens egen subjektiva uppfattning av att anse sig lida skada. Det faktum att en leverantör ansöker om överprövning innebär i princip en presumtion för att denne anser sig enligt sin egen subjektiva uppfattning lida skada, oavsett om leverantören i objektiv mening har fog för sin uppfattning eller inte.²³ Den sistnämnda frågan är i stället som framgår nedan en del av den materiella prövningen.

I mål om överprövning av upphandling ska enligt 20 kap. 6 § LOU²⁴ två rekvisit vara uppfyllda för att en ansökan om överprövning ska bifallas och föranleda ingripande;

- dels ska det föreligga ett upphandlingsfel,
- dels ska felet medföra att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller riskerar att lida skada.

Det sistnämnda rekvisitet brukar kallas för skaderekvisitet.²⁵ Skaderekvisitet är utformat på samma sätt som det skaderekvisit som enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet gäller för själva talerätten.²⁶ Till skillnad från artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet är alltså frågan huruvida skada föreligger i objektiv mening i svensk rätt inte kopplat till själva talerätten utan till den efterföljande materiella prövningen av sakomständigheterna i målet.

Enligt rättsmedelsdirektiven ska bifall till en ansökan om överprövning medföra att upphandlingsfel som medfört skada ska kunna åsidosättas. Våra svenska upphandlingslagar går längre och är lite mer detaljerade

21 Motsvarande bestämmelse återfinns i LUF, LUK och LUF5

22 Asplund med flera, Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, sidan 34

23 A.a., sidan 103

24 Motsvarande bestämmelse återfinns i LUF, LUK och LUF5

25 I mål om skadestånd enligt upphandlingslagarna gäller på liknande sätt att det ska föreligga ett upphandlingsfel som medfört att det uppkommit en skada för en leverantör.

26 HFD 2022 Ref 4 I och II



Till skillnad från artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet är alltså frågan huruvida skada föreligger i objektiv mening i svensk rätt inte kopplat till själva talerätten utan till den efterföljande materiella prövningen av sakomständigheterna i målet.



ån dessa minimikrav och anger att bifall till talan ska medföra att upphandlingen ska rättas eller göras om.

Påföljden att rätta upphandlingen aktualiseras i princip vid fel i utvärderingsfasen medan påföljden att göra om upphandlingen aktualiseras vid fel i det föregående konkurrensuppsökande skedet. I det sistnämnda fallet kan felet inte läkas med mindre än att upphandlingen görs om från början.

Efter det att avtal har slutits bör rätten i ett mål om överprövning enbart kunna besluta om ogiltigförklaring av avtalet.²⁷

2.5 Processramen i mål om överprövning av upphandling

Frågan om och på vilka villkor en nationell domstol i ett mål om offentlig upphandling kan pröva felaktigheter som inte har åberopats av parterna regleras av varje medlemsstats nationella rättsordning.²⁸ Det är alltså den nationella rätten som avgör om official- eller förhandlingsprincipen ska gälla.

Upphandlingsmål räknas till de förvaltningsrättsliga måltyperna. I förvaltningsrättsliga mål gäller officialprincipen som huvudregel. Principen går ut på att rätten aktivt ska delta i utredningen och tillse att målet blir tillfredsställande utrett, vilket även innefattar att rätten kan pröva omständigheter som inte åberopats av part.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har emellertid i RÅ 2009 ref. 69 fastställt en särskild ordning mål om överprövning av upphandling. Av HFD:s rättspraxis följer nämligen att förhandlingsprincipen som regel gäller i överprövningsmål beträffande åberopade omständigheter. Det innebär att huvudprincipen är att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan. Omständigheter som inte åberopats av part ska normalt inte beaktas av rätten.

Det faktum att processramen till följd av HFD:s praxis är begränsad till de omständigheter som parterna åberopar, fråntar dock inte domstolen dess skyldighet att i övrigt vidta de utredningsåtgärder som målets beskaffenhet kräver. Utredningsansvaret kan exempelvis innebära en skyldighet för domstolen att kräva in vissa uppgifter från den upphandlande organisationen.²⁹



Av HFD:s rättspraxis följer nämligen att förhandlingsprincipen som regel gäller i överprövningsmål beträffande åberopade omständigheter.



²⁷ Prop. 2009/10:180

²⁸ Mål C-315/01

²⁹ Prop. 2021/22:120, sidan 27, och HFD 2015 ref. 55

3 Preklusion

3.1 Rättsmedelsdirektiven

Rättsmedelsdirektiven innehåller inte några bestämmelser som särskilt hänför sig till fristerna för den prövning som direktiven avser att införa utan dessa frister ska fastställas i den nationella rätten. Rättsmedelsdirektiven ger medlemsstaterna en möjlighet att införa preklusionsfrister.

Som utvecklas nedan i avsnitt 5 finns det en omfattande praxis från EU-domstolen som sätter ramarna för hur nationella preklusionsregler får utformas.

3.2 Olika typer av preklusion

Man brukar skilja mellan materiell respektive processuell preklusion.

- **Materiell preklusion** innebär att en rättighet inte längre kan göras gällande om den inte anmäls eller görs föremål för en talan i domstol inom en viss närmare föreskriven tid. När det gäller offentlig upphandling skulle en sådan frist till exempel vara ett förbud mot invändningar mot upphandlingsunderlagets utformning efter att anbudstiden löpt ut.
- **Processuell preklusion** tar däremot sikte på förfarandet i domstol. En sådan preklusion innebär till exempel att en ny omständighet inte får åberopas i ett mål efter det att en viss tidpunkt har passerats.

3.3 Regler om processuell preklusion

Upphandlingslagarna innehåller sedan den 1 juli 2022 regler om så kallad processuell preklusion i både förvaltningsrätten och kammarrätten. Preklusionsfristerna reglerar när en leverantör får åberopa nya omständigheter som domstolen ska lägga till grund för överprövningen.

- **Preklusionsfristen i förvaltningsrätten** innebär att den leverantör som ansöker om en överprövning som huvudregel ska åberopa alla omständigheter till grund för sin talan inom tre veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten. Nya omständigheter som åberopas senare än så får bara beaktas av domstolen om leverantören kan göra det sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare, eller om leverantören har haft en giltig ursäkt för att inte inkomma med uppgiften tidigare.
- **Preklusionsfristen i kammarrätten** innebär att leverantören endast får åberopa nya omständigheter, som inte åberopades i förvaltningsrätten, om leverantören kan göra sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft en giltig ursäkt att inte göra det. Ett exempel på en sådan situation kan vara om en leverantörs ställning har påverkats genom förvaltningsrättens dom, samtidigt som leverantören inte fick möjlighet att yttra sig i målet i förvaltningsrätten.



Upphandlingslagarna innehåller sedan den 1 juli 2022 regler om så kallad processuell preklusion i både förvaltningsrätten och kammarrätten.



De bakomliggande skälen till denna lagstiftningsreform var ett behov av att tillskapa en effektivare överprövningsprocess.

Före reformen hade det varit möjligt för part att åberopa nya omständigheter under hela domstolsförfarandet i alla instanser.³⁰ Om en part åberopar nytt processmaterial sent under domstolsförfarandet, finns det en betydande risk för att detta försenar avgörandet av målet. Det kan leda till att planeringen av målets handläggning måste göras om, att skriftväxlingen måste återupptas och att motparten på nytt måste ta ställning till bevisläget.

Lagstiftaren bedömde att processuella preklusionsregler innebar ökad effektivitet. Eftersom dessa regler begränsar parternas möjligheter att efter en viss angiven tidpunkt åberopa nya omständigheter, ansågs det möjligt att skapa bättre ordning i processen och få till stånd ett snabbare avgörande. Nackdelar som identifierades var bland annat att preklusion är en ingripande åtgärd som ökar risken för materiellt felaktiga avgöranden, till exempel på grund av att en svagare part inte förmår att tillvarata sin rätt. Vid en sammantagen bedömning ansåg emellertid lagstiftaren att det fanns övervägande argument för processuell preklusion.³¹

3.4 Regler om materiell preklusion har inte införts

Upphandlingslagarna innehåller inga regler om materiell preklusion. I stället gäller enligt upphandlingslagarna lite förenklat följande:

- Den tidsfrist som föreskrivs för **överprövning av upphandling** enligt upphandlingslagarna är att en ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren på minst tio dagar räknat från det att den upphandlade organisationen skickade tilldelningsbeslutet.
- Om **upphandlingen avbrutits** gäller på motsvarande sätt i stället en frist på minst tio dagar från det att den upphandlande organisationen skickat en motiverad underrättelse om beslutet.
- Vid **direktupphandlingar**, som inte omfattas av dessa frister, gäller i stället att möjligheten att överpröva upphandlingen avskärs när avtal ingåtts.
- Efter det att avtal ingåtts finns rättsmedlen **överprövning** av avtals giltighet och **skadestånd**. För dessa rättsmedel finns preskriptionsregler med innebörd att ansökan måste väckas inom viss i lag föreskriven tid efter det att avtalet ingåtts.

3.5 Utredningar om preklusion

Regler om materiell preklusion har utretts vid flera tillfällen men har inte föranlett någon lagstiftning. Ett återkommande argument mot preklusion, som förefaller ha vägt tungt, är bedömningen att det ofta är



Regler om materiell preklusion har utretts vid flera tillfällen men har inte föranlett någon lagstiftning.



³⁰ HFD 2013 ref. 5

³¹ Prop. 2021/22:120 sida 44



Foto: Unsplash

först när anbudsgivarna tagit del av tilldelningsbeslutet som det står klart för dem vad kraven och villkoren i upphandlingsunderlaget har betydelse.

I mitten av 00-talet övervägdes frågan av Upphandlingsutredningen 2004. Utredningen lämnade förslag på hur 2004 års upphandlingsdirektiv skulle genomföras i svensk rätt, men hade även i uppdrag att överväga införandet av en preklusionsfrist vid överprövning.³² Skälet var bland annat att det efter införandet av nya regler om överprövning 2002 konstaterades en markant ökning av antalet överprövningar, vilket kunde leda till ökade kostnader. I sitt slutbetänkande fann dock utredningen att nackdelarna med en preklusionsfrist vägrade något tyngre än fördelarna och föreslog därför att sådan frist inte skulle införas i svensk rätt. Utredningen tog trots det fram ett lagförslag som starkt förenklat innebar att upphandlingsfel i det konkurrensuppsökande skedet normalt skulle överprövas före anbudstidens utgång.³³

När direktiven genomfördes genom införandet av 2007 års upphandlingslagar införde lagstiftaren emellertid inte någon preklusionsregel.³⁴

Något år senare, samband med att ändringsdirektivets³⁵ reformerade rättsmedel skulle genomföras i svensk rätt, övervägde regeringen på nytt frågan om att införa preklusionsregler, men fann även då att någon sådan preklusionsfrist inte skulle föreslås. Som främsta skäl mot en frist framhölls att det ofta är först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet som det står klart för leverantören vad upphandlingsunderlaget har betydelse. Först då har leverantören tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning av upphandlingsunderlaget.³⁶

Någon preklusionsregel fanns således inte med i de reformerade överprövningsregler som trädde i kraft den 15 juli 2010.

Även en så kallad mellanväg med regler om påtalandskyldighet har föreslagits men inte lett till lagstiftningsåtgärd.

32 dir. 2005:39

33 SOU 2006:28 Nya upphandlingsregler 2, sidan 292 ff.

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

35 Direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG

36 Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet, sidan 155 f.



Regeringen konstaterade dock att många leverantörer upplever upphandlingsregelverket som både detaljerat och komplicerat och att införandet av ytterligare en regel avseende upphandlingsförfarandet skulle göra regelverket ännu mer komplicerat.



År 2015 hade Överprövningsutredningen³⁷ bland annat getts i uppdrag att på nytt överväga om det skulle införas en preklusionsfrist som innebar att en ansökan om överprövning som avser brister i det konkurrensuppsökande skedet måste göras inom en viss tid vid påföljd att frågan annars inte prövas. Utredningen fann att en renodlad sådan inte bör införas. De skäl som anfördes överensstämde i stort med de som tidigare utredningar kommit fram till.

Överprövningsutredningen föreslog i stället en alternativ lösning, den så kallade mellanvägen, med en påtalandeskyldighet för leverantörer. Syftet var att förstärka incitamenten för dialog som gjorde att fel och brister kunde upptäckas tidigare och behoven att ansöka om överprövning minska. Lagförslaget gavs följande utformning:

”Om en överträdelse enligt [16 kap. 6 § första stycket] avser fel eller brist som finns innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut, ska rätten besluta om ingripande enligt första stycket endast om leverantören visat att anmärkning mot felet eller bristen gjorts hos den upphandlande myndigheten/enheten eller hos allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning. Anmärkning ska göras innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud gått, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.”³⁸

Regeringen gick dock inte vidare med förslaget om påtalandeskyldighet. Regeringen instämde i och för sig i många av de fördelar som Överprövningsutredningen lyft fram. Regeringen konstaterade dock att många leverantörer upplever upphandlingsregelverket som både detaljerat och komplicerat och att införandet av ytterligare en regel avseende upphandlingsförfarandet skulle göra regelverket ännu mer komplicerat. Risk fanns i så fall att leverantörernas vilja att delta i offentliga upphandlingar skulle kunna minska. Regeringen ansåg även att det var sannolikt att vissa fel blir uppenbara för leverantörerna först i samband med tilldelningsbeslutet. Regeringen bedömde att det inte heller bör införas någon annan preklusionsregel som begränsar möjligheten att ansöka om överprövning av upphandlingens konkurrensuppsökande skede.³⁹

De reformerade överprövningsregler som antogs av lagstiftaren och började gälla den 1 juli 2022 innehöll således inte några regler om materiell preklusion.

37 SOU 2015:12

38 A.a., sidan 141

39 Prop. 2021/22:120 En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar



4 Talerättens och skaderekvisitets utveckling i praxis

4.1 Rättsmedelsdirektivet och skaderekvisitet

Skaderekvisiten svensk rätt respektive i artikel 1.3 rättsmedelsdirektiven har olika utformning och funktion. EU-domstolens praxis rörande art. 1.3 i rättsmedelsdirektivet bör därför tillämpas med försiktighet. I de fall EU-domstolens praxis gäller frågan huruvida en nationell preklusionsregel är förenlig med art. 1.3 i rättsmedelsdirektivet är det osäkert om avgörandet kan ha relevans på tillämpningen av den svenska regleringen rörande det objektiva skaderekvisitet.

Som berörts ovan i avsnitt 2.4. är skaderekvisit enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet kopplat själva talerätten.⁴⁰ För talerätt enligt våra svenska upphandlingslagar räcker det i stället att sökanden är leverantör och *anser sig* lida skada. Till skillnad från artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet är alltså frågan huruvida skada föreligger i objektiv mening i svensk rätt inte kopplat till själva talerätten utan till den efterföljande materiella prövningen av sakomständigheterna i målet.

I EU-domstolens praxis avseende artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet brukar därför frågor om skada vara kopplade till frågor om talerätt och i de flesta fall också till frågor om nationella preklusionsreglers förenlighet med rättsmedelsdirektiven. HFD:s praxis handlar däremot bara i ett fall om subjektiva skaderekvisitet som är kopplat till talerätten och i övriga fall om det objektiva skaderekvisitet som utgör en del av den materiella prövningen.

40 HFD 2022 Ref 4 I och II

4.2 EU-domstolens praxis

EU-domstolen har i ett stort antal fall prövat huruvida nationella preklusionsregler är förenliga med art. 1.3 i rättsmedelsdirektivet. Prövningen har som framgår nedan ofta handlat om utformningen av en nationell preklusionsregel, som alltså inskränker möjligheterna till prövning, har skäliga frister och möter de krav på effektivitet och rättssäkerhet som följer av direktivet. Svensk rätt innehåller en processuell men inte en materiell preklusionsregel. Den svenska regleringen är dessutom som redan nämnts ovan annorlunda utformad. I de fall EU-domstolens praxis gäller frågan huruvida en nationell preklusionsregel är förenlig med art. 1.3 i rättsmedelsdirektivet framstår det därför som osäkert om avgörandet kan ha relevans på tillämpningen av den svenska regleringen rörande det objektiva skaderekvisitet.

EU-domstolen har slagit fast att rättsmedelsdirektiven i princip inte utgör hinder för nationella preklusionsregler – det vill säga nationell lagstiftning som innebär att ett överklagande av ett beslut som fattats av den upphandlande myndigheten ska väckas inom en föreskriven tidsfrist – under förutsättning att fristerna är skäliga. Att fastställa sådana skäliga frister för överklagande, för att inte prekluderas, uppfyller i princip kravet på effektivitet enligt rättsmedelsdirektivet, eftersom det utgör en tillämpning av den grundläggande principen om rättssäkerhet.⁴¹

EU-domstolen tog i mål C-470/99 *Universale-Bau* för första gången ställning till att första rättsmedelsdirektivet inte hindrade en nationell preklusionsfrist. Österrikisk lag föreskrev bland annat att ansökan om prövning avseende uppgifter i upphandlingsunderlag normalt skulle ske inom två veckor, dock senast en vecka före sista dagen för inlämnande av anbud.

I målet C-327/00 *Santex* godtog EU-domstolen en nationell preklusionsfrist om 60 dagar som skälig. Den aktuella fristen löpte från dagen för delgivning av beslutet eller från det att leverantören fått fullständig kännedom om beslutet.

EU-domstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att denna rättspraxis bygger på antagandet att ett fullständigt uppnående av målet med rättsmedelsdirektiven skulle äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelse av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna.⁴² Dessutom har EU-domstolen framhållit att ett sådant förfaringsätt kan vara till skada för tillämpningen av upphandlingsdirektiven, eftersom det utan objektiva skäl kan försena inledandet av de prövningsförfaranden som ålagts medlemsstaterna genom rättsmedelsdirektiven.⁴³

Dessa uttalanden skulle kunna läsas som att EU-domstolen anser att medlemsstaterna är skyldiga att införa någon form av preklusionsfrist. En sådan tolkning har dock i svenska motivuttalanden ansetts vara alltför långtgående. Frågan i målen var dessutom om rättsmedelsdirektivet hindrade en nationell preklusionsfrist och inte om direktivet krävde att en sådan frist skulle införas.⁴⁴

EU-domstolen har dock även vid flera tillfällen understrukt att det eftersträvade målet i rättsmedelsdirektiven vad gäller skyndsamt måste uppnås i överensstämmelse med kravet på rättssäkerhet. Medlemsstaterna är därför skyldiga att införa ett regelverk avseende tidsfrister som är så precist, klart och förutsägbart att enskilda ges en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.⁴⁵ Dessa processuella regler ska säkerställa att den ändamålsenliga verkan av rättsmedelsdirektiven inte undergrävs utan att enskilda rättigheters enligt unionsrätten tillvaratas.⁴⁶

41 Mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 76, mål C-327/00 *Santex*, punkt 50 och mål C-241/06 *Lämmerzahl*, punkt 50

42 Mål C-470/99 *Universale-Bau*, punkt 75; mål C-241/06 *Lämmerzahl*, punkt 51; samt mål C-456/08 *Kommissionen/Irland*, punkt 52.

43 Mål C-230/02 *Grossmann*, punkt 38.

44 SOU 2006:28 sidan 289, se även Henrik Leffler, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelse av upphandlingsreglerna?* ERT 2005 s. 80

45 Mål C-456/08 *Europeiska kommissionen mot Irland*, mål C-54/18 *Cooperativa Animazione*, mål C-361/88 *kommissionen/Tyskland*, punkt 24, och mål C-221/94 *kommissionen/Luxemburg*, punkt 22

46 Mål C-439/14 och C-488/14 *Star Storage m. fl.*, punkterna 43–45. Målet rörde inte preklusion utan en processuell begränsning i nationell rätt att sökanden skulle betala ett garantibelopp för gott uppförande för att få tillgång till prövningsförfarandet. EU-domstolen hänvisar här även till rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol, som slås fast i artikel 47 i stadgan

I målet C-241/06 Lämmerzahl fann EU-domstolen att en preklusionsfrist – med innebörd att en ansökan om prövning av fel i upphandlingsunderlaget ska ges in senast vid anbudstidens utgång – hade tillämpats så att det blev orimligt svårt för den förfördelade anbudsgivaren att utöva sina rättigheter enligt rättsmedelsdirektiven. Den upphandlande myndigheten hade inte använt direktivstyrt förfarande och hade inte uppgett det aktuella kontraktets värde. Detta värde framkom först efter anbudstidens utgång och anbudsgivaren ansökte då om prövning. EU-domstolen ansåg att anbudsgivaren under dessa omständigheter inte borde ha nekats rätten till prövning.

EU-domstolen prövade i målet C-538/14 eVigilo bland annat frågan om rättsmedels- och upphandlingsdirektiven ska tolkas så, att det måste finnas en rätt att väcka talan avseende anbudsfordarandets lagenlighet även efter det att talefristen enligt nationell rätt löpt ut för en anbudsgivare som gjort gällande att den först senare kunnat förstå villkoren för anbudsfordarandet. Domstolen hänvisade till sin tidigare fastställda praxis att skäligen talefrister vid äventyr av preskription i princip möter effektivitetskravet i rättsmedelsdirektiven i den mån som det utgör en tillämpning av den grundläggande rättssäkerhetsprincipen. Dessa frister kan dock börja löpa först då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelsen. För att bedöma om sökanden hade fog för sin uppfattning bör det således kontrolleras om denne borde ha förstått upphandlingsunderlag och tilldelningskriterier med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen. Domstolen framhöll att det vid denna bedömning också bör beaktas att sökanden kunde lämna anbud och inte hade begärt några förtydliganden under anbudsgivningen.⁴⁷

I senare mål av liknande karaktär har EU-domstolen i sin prövning även åberopat artikel 47 om rätten till ett effektivt rättsmedel och en opartisk rättegång i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna.

EU-domstolen uttalade i målet C-54/18 att en effektiv överprövning av överträdelse av upphandlingsreglerna endast kan uppnås om talefristerna börjar löpa först den dag då klaganden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelsen. Domstolen fann att rättsmedelsdirektivet jämförd med artikel 47 i stadgan inte är hinder för en nationell lagstiftning om att överklaganden av upphandlande myndigheters beslut om upptagande i eller uteslutning från deltagande i upphandlingsfordaranden, vid fara för preklusion, ska lämnas inom 30 dagar från dagen då beslutet meddelades berörda personer, förutsatt att besluten innefattar en relevant motivering som garanterar att de kan få kännedom om en överträdelse.

Enligt EU-domstolens rättspraxis kräver införlivandet av ett direktiv inte nödvändigtvis att dess bestämmelser återges formellt och ordagrant i en uttrycklig och specifik lagregel. Det kan vara tillräckligt att det finns en allmän rättslig ram. Denna rättsliga ram måste dock vara tillräckligt klar och precis för att de berörda ska ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och i förekommande fall kunna göra dem gällande vid

⁴⁷ Mål C-538/13 eVigilo punkt 55–56, som HFD åberopade med avseende på den så kallade påtalandeskyldigheten i HFD 2022 Ref 4 I och II.



Foto: Unsplash



EU-domstolen har i visst fall underkänt att området för preklusion i nationell rätt utvidgas genom nationell domstolspraxis. Domstolen ansåg att en sådan ordning inte mötte kraven på rättssäkerhet.



de nationella domstolarna.⁴⁸ EU-domstolen har i visst fall underkänt att området för preklusion i nationell rätt utvidgas genom nationell domstolspraxis.⁴⁹ Domstolen ansåg att en sådan ordning inte mötte kraven på rättssäkerhet.

I EU-domstolens dom i mål C-456/08 Europeiska kommissionen mot Irland fann domstolen att Irland hade åsidosatt sina skyldigheter enligt rättsmedelsdirektivet.

I order 84A.4 i de högre domstolarnas rättegångsregler (Rules of the Superior Courts) föreskrevs att "[e]n begäran om prövning av ett upphandlingsbeslut eller tilldelningen av ett offentligt kontrakt ska framställas så snart som möjligt och i vart fall inom tre månader från den tidpunkt då grunden för begäran om prövning först uppstod såvida inte domstolen finner att det finns goda skäl att utsträcka denna tidsfrist."

High Court hade i en dom slagit fast att order 84A.4 ska tillämpas inte bara på upphandlingsbeslut eller tilldelningen av ett offentligt kontrakt, utan även på andra beslut som en upphandlande myndighet fattar i ett upphandlingsförfarande.

Kommissionen ansåg att Irland hade åsidosatt sina skyldigheter enligt rättsmedelsdirektiven. Enligt kommissionen borde det klart och tydligt anges för anbudsgivarna att order 84A.4 inte bara är tillämplig på beslut om tilldelning av kontrakt, utan även på preliminära beslut som en upphandlande myndighet fattar under ett upphandlingsförfarande, till exempel beslut om vilken anbudsgivare som föredras.

Irland gjorde gällande att High Court i sin dom tydligt förklarar vad order 84A.4 innebar, att de irländska domstolarna tolkar och tillämpar i enlighet med kraven i rättsmedelsdirektivet samt att rättspraxis spelar en stor roll i common law-länder som Irland.

EU-domstolen fann att order 84 A.4 inte uppfyllde kraven på rättssäkerhet, eftersom "denna bestämmelse ger de nationella domstolarna möjlighet att analogt även tillämpa den föreskrivna preklusionsfristen, som rör överklagande av beslut om tilldelning av offentliga kontrakt, på överklagande av preliminära beslut som en upphandlande myndighet fattar i ett sådant upphandlingsförfarande, trots att lagstiftaren inte uttryckligen har föreskrivit att så ska ske".

Domstolen fann därför att rättsläget inte var tillräckligt klart och precist och att det inte kunde uteslutas att anbudssökande och anbudsgivare riskerar att "en nationell domstol fråntar dem sin rätt till prövning av beslut avseende offentlig upphandling på grund av domstolens egen tolkning av denna bestämmelse".

EU-domstolen har också slagit fast att deltagande i upphandlingsförfarandet i princip utgör ett villkor som måste uppfyllas för talerätt enligt rättsmedelsdirektiven, men om leverantören anser att själva specifikationerna är diskriminerande och hindrar denne från att lämna

48 Mål C-456/08 kommissionen mot Irland, punkt 65, se även mål C-474/08, kommissionen mot Belgien, punkt 19. I det sistnämnda målet underkände EU-domstolen att andra myndigheter än tillsynsmyndighet gavs befogenhet att meddela rättsliga ramar rörande preklusion.

49 Mål C-456/08 kommissionen mot Irland



Foto: Unsplash

anbud gäller i stället att denne bör ansöka om prövning direkt. Domstolen har också i två fall och med olika styrka uttalat att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven medför att en leverantör som fått kunskap om sådana befarade överträdelse redan under anbudsproceduren inte bör avvakta att ansöka om överprövning till efter det att tilldelningsbeslut meddelats.⁵⁰

I EU-domstolens dom i mål C-320/02 Grossmann hade en leverantör ansökt om prövning efter det att tilldelningsbeslut fattats och yrkade att tilldelningen skulle ogiltigförklaras. Leverantören hade inte lämnat anbud i upphandlingen utan gjorde gällande att kravspecifikationen stred mot principerna. Domstolen framhöll att deltagande i anbudsproceduren i princip bör vara en förutsättning för talerätt. Däremot var det enligt domstolen inte rimligt att kräva det om leverantören anser att specifikationerna i sig var diskriminerande. I sådant fall kan denne i stället ansöka om prövning direkt. Domstolen ansåg att skyndsamhets- och effektivitetsmålen inte var uppfyllda om leverantören i sådana fall inväntar tilldelningsbeslutet innan ansökan görs.⁵¹

EU-domstolen har i målet C-328/17 Amt Aziuenda uttalat att kraven i artikel 1.3 i rättsmedelsdirektiven är uppfyllda när en leverantör som inte har lämnat anbud begär prövning eftersom

denne anser att specifikationerna i anbudsproceduren gör det omöjligt att utforma ett anbud. Domstolen konstaterade att en sådan talan kan, vid äventyr av att vara till men för skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven, väckas sedan den upphandlande myndigheten har fattat beslut om tilldelning av ett kontrakt.⁵²

Även om leverantör inte deltagit i det ursprungliga upphandlingsproceduren, har denne dock enligt EU-domstolen i visst fall ansetts ha talerätt när kontraktet i fråga förlängs med stöd av en förlängningsklausul, om förlängningen kan ifrågasättas som en väsentlig ändring.⁵³

EU-domstolen har i de förenade målen C-721/19 och C-722/19 Sisal funnit att tillämpliga upphandlings- och rättsmedelsdirektiv ska tolkas så, att en leverantör kan väcka talan mot ett beslut att med stöd av en klausul i koncessionsavtalet förnya en koncession på den grund att villkoren för fullgörande av det ursprungliga koncessionsavtalet har ändrats väsentligt. Det gällde även om leverantören inte deltog i det ursprungliga proceduren för tilldelning av koncessionen. En förutsättning var dock att leverantören, vid den tidpunkt då koncessionen förnyades, kan visa att denne hade ett intresse av att tilldelas en sådan koncession.

50 Mål C-230/02 Grossmann och mål C-328/17 Amt Aziuenda

51 Se mål C-230/03 Grossman punkt 31 – 39. Av punkt 35 framgår att domstolen gjorde bedömningen mot bakgrund av ändamålet för direktiv 89/665. Den relevanta nationella österrikiska då gällande lagstiftningen återges i punkt 5 – 10. Dessa nationella regler torde inte innehålla några egentliga materiella preklusions-regler, däremot samma regler om ett medlings- och förlikningsinstitut som prövades av domstolen i mål C-410/01 Fritsch, Chiari & Partner. Av punkt 17 framgår vidare att domstolen bedömde leverantörens möjligheter att erhålla kontraktet som obefintliga (ett förhållande som även återgavs i punkt 40 i C-328/17 Amt Aziuenda)

52 Punkt 52

53 Mål C-721/19 och C-722/19 Sisal

4.3 Högsta förvaltningsdomstolens praxis

Skaderekvisitet i svensk praxis var länge mycket lågt ställt och ansågs mer eller mindre schablonmässigt vara uppfyllt. Det förelåg i vart fall till slutet på 2000-talet i princip en presumtion för inte bara den subjektiva skada som grundar talerätten utan även för den objektiva skada som är grund för ingripande. Efter hand har skaderekvisitet utvecklats och skärpts genom praxis och utgör numera en väsentlig del av materiella prövningen.

I början av 2010-talet utvecklades rekvisitet till att avse en ekonomisk skada som ska ha koppling till det kontrakt som tilldelas. Den skada eller risk för skada som avses är att leverantören gått miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär. Skadan ska vidare vara hänförlig till just den leverantör som ansökt om överprövning.⁵⁴

HFD 2013 ref. 53 fastställde principen att den leverantör som ansöker om överprövning ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats. Avgörandet innebar att HFD lade såväl åberopsbörda som bevisbörda på leverantören.

I målet hade en upphandlande myndighet tillämpat ett förhandlat förfarande. En leverantör ansökte om överprövning och ifrågasatte den rättsliga grunden för att kunna tillämpa ett sådant förfarande. Leverantören anmärkte även att valet av förfarande bland annat medfört att upphandlingsunderlag och utvärderingsmodell brustit i tydlighet.



HFD 2013 ref. 53 fastställde principen att den leverantör som ansöker om överprövning ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats.



⁵⁴ Asplund med flera, Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, sidan 213.

Förvaltningsrätten biföll ansökan och Kammarrätten, som inhämtat yttrande från Konkurrensverket, avslag överklagandet. Underrätterna bedömde i likhet med Konkurrensverket att det inte förelegat förutsättningar för att tillämpa förhandlat förfarande och att leverantören därmed sannolikt lidit skada.

HFD konstaterade att leverantören inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande medfört skada eller risk för skada. Inte heller hade leverantören konkretiserat på vilket sätt övriga påstådda brister har medfört eller kunnat komma medföra skada. Anledning saknas därför att pröva i vilken mån det funnits utrymme för den upphandlande myndigheten att välja förhandlat förfarande. HFD upphävde underinstansernas avgöranden och avslag ansökan.

HFD 2017 ref. 62 handlade om det subjektiva skaderekvisitet – att leverantören *anser sig* lida skada – som utgör grund för talerätten. HFD slog fast att en leverantör har rätt att få en upphandling överprövad endast om denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling.

I målet hade ett företag som inte avsåg att lämna anbud i en upphandling av ramavtal ändå ansökt om överprövning av denna upphandling. Ramavtalstiden skulle löpa i sju år, det vill säga tre år längre än vad ramavtal som huvudregel får löpa enligt LOU. Företaget, som planerade att lämna anbud vid nästa ramavtalsupphandling, ansåg att det därmed kom att lida skada till följd av att det stängs ute från möjligheten att leverera de aktuella tjänsterna under tre år.

Förvaltningsrätten avvisade ansökan och Kammarrätten avslag överklagandet.

HFD hänvisade till artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet om att talerätten bland annat förutsätter att sökanden har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal. Talerätten i LOU har inte något sådant uttryckligt krav. Av förarbetena framgick

dock att avsikten var att talerätten skulle motsvara direktivens krav. HFD ansåg därför att bestämmelsen borde tolkas i ljuset av direktivets krav. Med hänsyn härtill och till de krav på effektiv och skyndsam prövning som följer av rättsmedelsdirektivet, fann HFD 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. HFD avslag överklagandet.

HFD 2022 ref 30 – som meddelats efter de nedan refererade avgörandena HFD 2022 ref. 4 1 och II angående påtalandeskyldigheten – slår fast att en leverantör vars anbud rätteligen har förkastats av den upphandlande myndigheten till följd av att anbudet inte har uppfyllt ett visst obligatoriskt krav, inte kan anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av brister i utformningen av andra obligatoriska krav.

En leverantör fick sitt anbud förkastat eftersom det inte uppfyllde ett antal obligatoriska krav. Leverantören ansökte om överprövning och gjorde gällande att vissa av dessa krav stred mot LOU och yrkade att upphandlingen skulle göras om.

Förvaltningsrätten avslag ansökan. Kammarrätten biföll dock överklagandet då kraven i fråga bedömdes strida mot LOU och leverantören därmed lider skada.

HFD framhöll att det måste finnas ett orsakssamband mellan den konstaterade bristen och sökandens skada eller risk för skada, för att rätten ska besluta om ingripande i upphandlingen. HFD noterade vidare att leverantören inte ansökt om överprövning under det konkurrensuppsökande skedet utan lämnat anbud. HFD konstaterade att leverantörens anbud rätteligen förkastats eftersom det inte uppfyllde obligatoriska krav och att det inte heller framkommit att leverantören skulle ha befunnit sig i ett bättre läge om de påtalade bristerna i andra obligatoriska krav inte förelegat. HFD fastställde förvaltningsrättens domslut att avslå ansökan.





Dessa leverantörer omfattas av den skadeståndsrättsliga principen att en skadelidande är skyldig att om möjligt och med rimliga insatser begränsa sin skada, och om så inte sker kan skadeståndet jämkas. Att sådan jämkning är möjlig framgår av EU-domstolens praxis.



4.4 Skada vid skadeståndsmål enligt upphandlingslagarna

I sammanhanget finns det även anledning att kort beröra det skaderekvisit som följer av reglerna om skadestånd enligt upphandlingslagarna.

Som följer av rättsmedelsdirektiven ska det finnas nationella bestämmelser för att bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse. I upphandlingslagarna finns därför regler som föreskriver att upphandlande organisationer som inte har följt bestämmelserna i lagen ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

Dessa leverantörer omfattas av den skadeståndsrättsliga principen att en skadelidande är skyldig att om möjligt och med rimliga insatser begränsa sin skada, och om så inte sker kan skadeståndet jämkas. Att sådan jämkning är möjlig framgår av EU-domstolens praxis. De nationella domstolarna anses kunna beakta om den skadelidande visat rimlig aktsamhet för att förhindra eller begränsa skadan.⁵⁵

⁵⁵ Mål C-46/93 Brasserie och mål C-48/93 Factortame, se också SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling, sidan 230 f.

5 Påtalandeskyldigheten

5.1 Bakgrund

I december 2018 meddelade EU-domstolen dom i målet C-216/17 Coopservice. I en del av domen behandlas något som kom att benämnas takvolym i ramavtal. Med takvolym avses en bestämd gräns för hur mycket som är tillåtet att köpa från ett upphandlat ramavtal. Takvolym hade tidigare inte tillämpats här i landet. Att det skulle vara ett krav enligt upphandlingsrätten kom därför som en stor överraskning för de många tillämparna.

EU-domstolens dom hade mycket stor påverkan på hur ramavtal används vid offentlig upphandling. Den var också svårtolkad. Det ledde till stor uppmärksamhet, diskussion och analys.

Framför allt medförde nyheten om takvolym och det osäkra rättsläge som uppkommit att mycket stort antal ansökningar om överprövning skedde under åren 2019–2021. Det ledde till ett stort antal ingripanden när takvolym saknades eller var bristfälligt utformade. Landets förvaltnings- och kammarrätter gjorde i många fall olika och sinsemellan motstridiga bedömningar. Processerna medförde inte sällan försenade leveranser till det allmänna som i sin tur kunde riskera att försämra samhällsservicen. Det fanns alltså ett stort behov av vägledning från HFD.

5.2 HFD 2022 ref. 4 I och II

Omständigheterna i målen

HFD hade beviljat prövningstillstånd i två mål om takvolym i ramavtal. Det ena var ett ramavtal med tre leverantörer och det andra var ett ramavtal med en leverantör. I upphandlingarna hade ungefärlig volym per år respektive historiska volym och framtida uppskattningar angetts. Några frågor om ramavtalens maximala omfattning kom inte in under anbudstiden. Sökandena åberopade i båda fallen att takvolym saknades och de utvecklade skälen till att de ansåg sig lida skada på grund av det.

HFD:s domskäl

Inledningsvis konstaterade HFD att den första frågan i målen var om det stred mot upphandlingslagstiftningen att vid en upphandling av ett ramavtal inte ange en takvolym för de varor och tjänster som totalt sett kunde avropas från ramavtalet. Om så var fallet uppkom frågan vad som krävdes för att en leverantör ska anses ha visat att en brist i detta avseende har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

”

I upphandlingarna hade ungefärlig volym per år respektive historiska volym och framtida uppskattningar angetts. Några frågor om ramavtalens maximala omfattning kom inte in under anbudstiden.

”



Upphandlingsfel

HFD fann med hänsyn till EU-domstolens praxis och öppenhetsprincipen att takvolymerna skulle tillämpas generellt i alla ramavtalsupphandlingar. De ungefärliga och historiska volymer och framtida uppskattningar som förekom i dessa mål uppfyllde inte kraven på takvolym. Det stred därför mot upphandlingslagstiftningen att upphandlingarna saknade korrekta takvolymerna.

Skadeprövningen bör göras med beaktande av EU-domstolens praxis

HFD anförde att skaderekvisitet enligt 20 kap. 6 § är utformat på samma sätt som det skaderekvisit som enligt artikel 1.3 i direktivet gäller för själva talerätten. HFD ansåg därför att skadeprövningen enligt 20 kap. 6 § bör göras med beaktande av den praxis som EU-domstolen har utvecklat i anslutning till rättsmedelsdirektivet.

Skadan ska hänföra sig till den upphandling som överprövas.

HFD uttalade vidare med hänvisning till sin tidigare praxis i HFD 2017 ref. 62 och EU-domstolens därefter meddelade dom i mål C-721/19 och C-722/19 *Sisal* att den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska hänföra sig till möjligheten att konkurrera i just den upphandling som begärs överprövad.

HFD noterade att EU-domstolen i *Sisal*-målet visserligen beaktade en leverantörs intresse av att delta i en ny upphandling vid bedömningen av om leverantören hade talerätt. HFD bedömde dock att i det fallet bestod den påstådda överträdelsen i en otillåten förlängning av en koncession som i princip utgjorde en otillåten direktupphandling som kunde angripas. Målet rörde därför enligt HFD en annan situation än de

situationer som omfattas av bestämmelsen i 20 kap. 6 § om överprövning av själva upphandlingen.

Skaderekvisitet innebär en påtalandeskyldighet

Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska enligt HFD dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer.

Det innebar enligt HFD att en leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga redan under anbudstiden bör vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i 20 kap. 6 § på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt.

HFD hänvisade i denna del till EU-domstolens dom i mål C-538/13 *eVigilo*, punkterna 55 och 56⁵⁶ och även till C-23/20 *Simonsen & Weel*, punkt 89.⁵⁷

Skadebedömningen i de aktuella målen

HFD fann att leverantörerna inte har visat att bristerna i upphandlingarna medfört att de har lidit eller riskerar att lida skada. Likaså fann HFD att det som leverantören anfört om att denne har fråntagits möjlighet att delta i en eventuell framtida upphandling saknar betydelse för bedömningen av om denne har lidit eller riskerar att lida skada till följd av bristen i den nu aktuella upphandlingen.

⁵⁶ Domen återges i avsnitt 4.2.

⁵⁷ Den aktuella punkten lyder: "Den omständigheten att den upphandlande myndigheten har underlåtit att uppfylla sin skyldighet att precisera ramavtalets tillämpningsområde är i ett sådant fall tillräckligt klar för att en ekonomisk aktör som önskar lämna ett anbud ska ha kännedom om detta och således ska anses ha blivit varnad."

5.3 Underrättspraxis

Underrättspraxis är spretig och motsägelsefull. Den samlade bilden är dock att HFD:s praxis har kommit att tillämpas på ett mycket extensivt sätt av underrätterna och att ett omfattande ansvar lagts på leverantörer att agera för att undvika skada.

Efter det att HFD 2022 ref. 4 I och II meddelades i januari 2022 har det meddelats ett mycket stort antal domar från förvaltningsrätterna och kammarrätterna som prövat frågan om påtalandeskyldigheten. I nästan varenda överprövning där leverantören gjort gällande att det funnits upphandlingsfel i det konkurrensuppsökande skedet torde den upphandlade organisationen genmält att leverantören inte uppfyllt sin påtalandeskyldighet. Hösten 2023 rör det sig om ett hundratal förvaltningsrättsdomar och i vart fall ett tiotal kammarrättsdomar.

Underrättspraxis är spretig och motsägelsefull. I en del fall har underrätter tillämpat påtalandeskyldigheten med försiktighet. Den samlade bilden är dock att HFD:s praxis kommit att tillämpas på ett mycket extensivt sätt av underrätterna och att ett omfattande ansvar lagts på leverantörer att agera för att undvika skada.

Påtalandeskyldigheten har av kammarrätt tillämpats med avseende på fel och brister i upphandlingsunderlaget som inte kunnat läkas under själva upphandlingsfasen utan som medför att upphandlingen måste göras om. Likaså förefaller påtalandeskyldigheten i vissa fall omfattat även rättsliga fel och krav på att kvalificera frågor rättsligt, medan skyldigheten i andra fall begränsats till faktiska omständigheter.

I Kammarrätten i Jönköping mål 324–23 förelåg ett upphandlingsfel i form av sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier. Kammarrätten uttalade att principen om skademinimering får anses gälla generellt där det finns faktiska möjligheter att undanröja otydlighet i underlaget. Det innebär inte att det kan krävas av en leverantör att kvalificera alla uppkommande frågor rättsligt. Påtalandeskyldigheten får enligt kammarrätten anses omfatta faktiska omständigheter. Genom att uppmärksamma och ställa frågor om de oklarheter som har varit kopplade till kraven fick leverantören som ansökt om överprövning enligt kammarrätten anses ha gjort vad som krävs för att undvika att skada uppkommer.

I Kammarrätten i Göteborgs mål nr 4852-22 var bakgrunden att förvaltningsrätten funnit att upphandlingen skulle göras om eftersom utvärderingsmodellen bedömdes innebära en sammanblandning av kvalificerings- och tilldelningsfasen som stred mot LOU. Sedan den upphandlande organisationen överklagat domen meddelade kammarrätten endast prövningstillstånd i fråga om skaderekvisitet. Kammarrätten framhöll bland annat att påtalandeskyldigheten innebär att en leverantör även bör uppmärksamma den upphandlande organisationen på att upphandlingsdokumenten innehåller brister som kan leda till att upphandlingen ska göras om. Kammarrätten fann att leverantören utan godtagbara skäl avstått från att påtala bristerna under anbudstiden.



Den samlade bilden är dock att HFD:s praxis kommit att tillämpas på ett mycket extensivt sätt av underrätterna och att ett omfattande ansvar lagts på leverantörer att agera för att undvika skada.





Kammarrätt har även funnit att leverantörer som ställt frågor och påtalat otydligheter under anbudsstiden men som inte fått tillfredsställande svar av den upphandlande organisationen kan vara skyldig att ställa följdfrågor för att uppfylla sin påtalandeskyldighet.



Kammarrätten i Stockholms mål nr 1578-22 handlade om en förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal. Frågan uppkom om tilldelningen på grund av specifikationers utformning inte avsåg ett kontrakt utan ett ramavtal. Kammarrätten fann att tilldelningen rätteligen var ett så kallat ramavtal i ramavtal och bedömde att det utgjorde ett upphandlingsfel. Skaderekvisitet ansågs dock inte uppfyllt eftersom den leverantör som ansökt om överprövning inte ställt några frågor eller begärt förtydliganden i dessa avseenden och därför inte gjort vad som krävs för att undvika skada.

I Kammarrätten i Göteborgs mål nr 6320-21 uppkom fråga om en upphandling av ett kontrakt i själva verket var utformat på så sätt att det rättsligt skulle definieras som ett ramavtal. Kammarrätten fann att upphandlingen i huvudsak avsåg ett ramavtal och att det därför förelåg ett antal upphandlingsfel, bland annat att avtalstiden var längre än som är tillåtet för ramavtal. Leverantören hade dock inte ställt någon fråga angående dessa fel under anbudsgivningen. Kammarrätten ansåg att leverantören inte gjort vad som kunde krävas för att undvika skada och fann att skaderekvisitet inte var uppfyllt.

Kammarrätt har vidare i en del fall lagt en långtgående skyldighet för leverantörer att identifiera, utreda och klarlägga brister och otydligheter i upphandlingsunderlagen. Kammarrätt har även funnit att leverantörer som ställt frågor och påtalat otydligheter under anbudsstiden men som inte fått tillfredsställande svar av den upphandlande organisationen kan vara skyldig att ställa följdfrågor för att uppfylla sin påtalandeskyldighet.

I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 4171--4176-21 konstaterades att den aktuella utvärderingsmodellen i flera avseenden brast i transparens. Den leverantör som ansökt om överprövning hade ställt några frågor och fått klagande svar. Kammarrätten ansåg dock att dessa frågor var för begränsade i förhållande till de brister som leverantören påtalat i sin ansökan om överprövning. Med hänsyn härtill och till att alla påtalade brister enligt kammarrätten borde ha varit möjliga att upptäcka under anbudsfasen, hade leverantören inte gjort vad som krävdes för att begränsa sin skada.

I Kammarrätten i Stockholms mål nr 3580-21 och mål nr 4092-2 hade den upphandlande organisationen ställt upp ett krav på att samtliga delpriser skulle vara "rimliga och bärkraftiga". En leverantör ställde en fråga avseende kravet och begärde ett förtydligande i visst avseende. Den upphandlande organisationen hade dock som svar endast återupprepat kravets lydelse i upphandlingsunderlaget. Med hänvisning bland annat till att ingen hade ställt någon följdfråga kring kravets innebörd under anbudsstiden fann Kammarrätten att sökandena inte visat hur de riskerat lida skada till följd av kravet.

I Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1304--1305-23 hade en upphandlande organisation ställt upp utvärderingskriterier som enligt kammarrätten lämnat utrymme för godtyckliga bedömningar, bland annat saknades uppgifter om vad som krävdes för att få en viss poäng eller hur olika frågor hade viktats. Leverantören som begärt överprövning hade dock inte begärt förtydliganden och kompletteringar och hade av bland annat det skälet inte visat att det lidit skada i förhållande till möjligheterna att utforma anbudet. Av utredningen framgick dock även att upphandlingen

brustit i utvärderingen av anbudena. Kammarrätten ansåg att leverantören inte kunnat förutse de senare upphandlingsfelen och beslutade att upphandlingen skulle göras om.

I visst fall har påtalandeskyldighet till och med tillämpats av kammarrätt på sådant sätt att det omfattat ottydigheter i upphandlingsunderlagen som knappast kunnat upptäckas före tilldelningsbeslutet, och som dessutom innebar att den upphandlande organisationen hade lagt en innebörd i ett krav som inte objektivt kunde utläsas ur kravets lydelse.

I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1384--1389-22 hade en leverantörs anbud förkastats då det inte ansågs uppfylla ett krav på att offerera ett ”professionellt sladd-headset för telefonist”. Vad som avsågs med denna formulering utvecklades inte i upphandlingsunderlaget. Vid tilldelningsbeslutet framkom dock att den upphandlande organisationen med detta krav avsett en produkt med bygel över huvudet. Eftersom leverantören i stället offererat ett headset med en mikrofon integrerad i sladd, hade anbudet enligt den upphandlande organisationens tolkning av kravet inte offererat ett professionellt sladd-headset för telefonist. Leverantören ansökte om överprövning och framhöll bland annat att denne uppfattat att kravet med sin allmänna formulering kunde uppfyllas med olika typer av produkter. Kammarrätten fann att kravet var ottydligt och stred mot principerna. Skaderekvisitet ansågs dock av kammarrätten inte uppfyllt. Enligt kammarrätten borde leverantören ha ställt frågor eller begärt förtydliganden avseende kravets innebörd.

Kammarrättsavgöranden tyder också på att påtalandeskyldigheten i vissa fall ansetts innebära att en leverantör för

att begränsa skadan bör ansöka om överprövning så snart som möjligt och att det kan läggas leverantören till last om denne väntar med att ansöka om överprövning till tilldelningsbeslutet.

I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1024-22 noterade kammarrätten att den leverantör som ansökt om överprövning hade åberopat fel som var hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet men att leverantören väntat med att ansöka om överprövning till efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Kammarrätten fann att det förelåg brister i upphandlingen men att leverantören inte i tillräcklig grad konkretiserat på vilket sätt denne riskerat att lida skada till följd av bristerna. Kammarrätten framhöll i denna del att leverantören valt att lämna anbud trots påstådda brister och utan att vidta några verkningfulla åtgärder under upphandlingens gång.

I Kammarrätten i Göteborgs mål nr 995-22 hade den leverantör som ansökt om överprövning avstått från att lämna anbud. Under anbudstiden hade leverantören försökt få förtydligande avseende viktningen av pris genom att ställa frågor. Svaren hade dock inte inneburit något klargörande. Kammarrätten fann att det förelåg upphandlingsfel som medfört att leverantören lidit eller riskerat lida skada i LOU:s mening. Upphandlingen skulle därför göras om.

I vissa fall har påtalandeskyldigheten även tolkats på det sättet att just den leverantör som begär överprövning måste ha påtalat de aktuella bristerna under anbudstiden. Det verkar alltså med ett sådant synsätt inte räcka att någon annan tar upp frågan trots att såväl frågan som svaret torde publiceras i en allmänt tillgänglig webbsida som alla kan ta del av.



6 Analys

6.1 Några allmänna utgångspunkter

Som allmän utgångspunkt är det sunt och i högsta grad rimligt att en leverantör som upptäcker fel eller brister i ett upphandlingsunderlag underrättar den upphandlande organisationen om det och också verkar för att dessa fel och brister blir avhjälpna före det att anbud ges in. Offentliga upphandlingar är nämligen affärstransaktioner. Dessa affärer omfattas förstås inte bara av upphandlingsreglerna utan av hela det affärsjuridiska regelverk som omgärdar sådana transaktioner. Att inte identifiera och påtala fel och brister som kan medföra risker framstår som mindre välbetänkt. Det förtjänar att påpekas att anbuden är civilrättsligt bindande och att det därför kan vara förenat med betydande ekonomiska risker att binda sig till en affär med bristfälliga eller oklara villkor och förutsättningar.

Lagstiftaren har dock valt att inte införa några materiella preklusionsregler i vår svenska upphandlingslagstiftning. Även om sådana regler anses kunna ge incitament för proaktivt agerande i det konkurrensuppsökande skedet, har nackdelarna med reglerna bedömts väga tyngre. Det är förstås fortfarande både möjligt och lämpligt att leverantörer och upphandlande organisationer är proaktiva under anbudsgivningen och påtalar fel och brister i ett tidigt skede, men det finns alltså inga regler som kan avskära tiden för överprövning av upphandling före tilldelningsbeslut och avtalsspärrens utgång.

Fråga är då hur HFD:s praxis rörande påtalandeskyldighet bör förstås. Regeringen gav sin syn på saken i prop. 2021/22:120 En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar, som överlämnades till Riksdagen i februari 2022. Regeringen anförde följande:

”Även om det av de båda nyssnämnda domarna inte följer en generell skyldighet för leverantörerna att anmärka på sådana fel och brister som finns i upphandlingens konkurrensuppsökande skede under anbudstiden eller före tilldelningsbeslutet, torde incitamentet för leverantörerna att göra det öka betydligt till följd av denna praxis.”

Underrätternas tillämpning av dessa domar ger dock, som framgår av tidigare avsnitt 5.3., en annan bild. HFD:s praxis rörande påtalandeskyldigheten har hos många underrätter kommit att tolkas och tillämpas på sätt som gör att det inte är obefogat att ställa sig frågan om denna i praxis i praktiken kommit att motsvara en materiell preklusion. Leverantörernas skyldighet att anmärka mot fel och brister framstår som mycket långtgående.

Underrätternas spretiga och inbördes motstridiga tillämpning medför också att rättsläget blir oklart. Leverantörerna måste förhålla sig till detta oklara läge och får rimligen utgå från den strängaste och för dem mest fördelaktiga tolkningen för att inte riskera rättsförlust.



Foto: Pixabay

6.2 Preklusion

Preklusion ska enligt EU-domstolens praxis framgå av lag eller annan rättslig ram men får inte utvidgas genom praxis eftersom det inte möter kraven på rättssäkerhet. Det talar för att inte heller skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU bör inskränkas genom praxis på ett långtgående sätt som avviker från bestämmelsens och lagens lydelse.

Med materiell preklusion förstås att en rättighet inte längre kan göras gällande om den inte anmäls eller görs föremål för en talan i domstol inom en viss närmare föreskriven tid. När det gäller offentlig upphandling skulle en sådan frist till exempel vara ett förbud mot invändningar mot upphandlingsunderlagets utformning efter att anbudstiden löpt ut. En sådan preklusion beaktas av rätten ex officio – det vill säga självmant utan att motparten åberopat denna omständighet i målet.

Av EU-domstolens praxis i mål C-456/08 Europeiska kommissionen mot Irland följer att preklusionsregler inte nödvändigtvis måste regleras i lag utan det kan räcka med en allmän rättslig ram. Denna rättsliga ram måste dock vara tillräckligt klar och precis för att de berörda ska ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter. Domstolen har underkänt att området för preklusion i nationell rätt utvidgas genom nationell domstolspraxis. En sådan ordning mötte inte kraven på rättssäkerhet.

Det får därför anses stå klart att preklusion inte får utvidgas genom praxis.

Det talar för att inte heller skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU bör inskränkas genom praxis på ett allt för långtgående sätt som avviker från bestämmelsens och lagens lydelse.

I sammanhanget kan det noteras att skaderekvisitets påtalandeskyldighet uppvisar vissa likheter med den skadeståndsrättsliga principen om skademinimering. Att denna princip kan utvecklas i nationell rättspraxis följer dock av EU-domstolens avgöranden i mål C-46/93 Brasserie och mål C-48/93 Factortame.

6.3 Skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven

Av skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven följer enligt EU-domstolens praxis att skadelidande leverantörer i skäligen utsträckning ska agera skademinimerande. Det bör kunna åberopas och beaktas vid en ansökan om överprövning.

Fråga uppkommer därefter om vilka krav som skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven kan ställa på skadelidande leverantörers ageranden.

I denna del bör det inledningsvis återigen påminnas om att skaderekvisit enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet är kopplat själva talerätten. För talerätt enligt våra svenska upphandlingslagar räcker det i stället att sökanden är leverantör och *anser sig* lida skada. Till skillnad från artikel



Det får därför anses stå klart att preklusion inte får utvidgas genom praxis.

Det talar för att inte heller skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU bör inskränkas genom praxis på ett allt för långtgående sätt som avviker från bestämmelsens och lagens lydelse.





Eftersom våra svenska upphandlingslagar har utformats på ett annat sätt än direktiven kan det möta vissa svårigheter att omsätta denna praxis till svenska förhållanden. Domarna bör därför tillämpas med viss försiktighet.



1.3 i rättsmedelsdirektivet är alltså frågan huruvida skada föreligger i objektiv mening i svensk rätt inte kopplat till själva talerätten utan till den efterföljande materiella prövningen av sakomständigheterna i målet. Det är just det objektiva skaderekvisitet i den efterföljande materiella prövningen som aktualiseras med avseende på påtalandeskyldigheten.

I EU-domstolens praxis avseende artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet är frågor om skada kopplade till frågor om talerätt och i de flesta fall också till frågor om nationella preklusionsreglers förenlighet med rättsmedelsdirektiven. Eftersom våra svenska upphandlingslagar har utformats på ett annat sätt än direktiven kan det möta vissa svårigheter att omsätta denna praxis till svenska förhållanden. Domarna bör därför tillämpas med viss försiktighet.

Av EU-domstolen domar i målen Mål C-230/02 Grossmann och mål C-328/17 Amt Aziuenda framgår dock inte annat än att det i och för sig var möjligt att ansöka om överprövning ända till i samband med tilldelningsbeslut. Leverantörerna hade dock i dessa fall ansett sig förhindrade att lämna anbud eftersom de bedömde att upphandlingsunderlagen var diskriminerande och stred mot de grundläggande principerna. EU-domstolen har i dessa domar, med olika styrka, uttalat att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven medför att en leverantör som fått kunskap om befarade överträdelser redan under anbudsförfarandet inte bör avvakta att ansöka om överprövning till efter det att tilldelningsbeslut meddelats. Domstolens uttalanden torde gälla generellt.

Av EU-domstolens praxis kan utläsas att det av skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven följer att skadelidande leverantörer i skäligen utsträckning ska agera skademinimerande. Det bör kunna åberopas och beaktas vid en ansökan om överprövning. I de båda nämnda domarna var det uppenbart att leverantörerna redan under anbudstiden identifierat befarade upphandlingsfel.

6.4 Tillämpningen av påtalandeskyldigheten

Underrätter har generellt tillämpat skaderekvisitets påtalandeskyldighet på ett sätt som har likheter med den så kallade mellanväg som föreslogs av Överprövningsutredningen men som inte ledde till lagstiftning. Tillämpning får i praktiken anses ha preklusionsliknande drag.

Även om den samlade bilden som redan nämnts är att påtalandeskyldigheten regelmässigt åberopas och därmed också prövas i överprövningsmål samt att underrätter generellt tillämpat påtalandeskyldigheten på ett extensivt sätt, går det inte att fastslå att tillämpningen skulle kunna jämföras med preklusion.

Det följer redan av det faktum att frågor om preklusion i princip prövas ex officio av rätten medan påtalandeskyldigheten endast prövas av rätten när den upphandlande organisationen åberopat att leverantören inte fullgjort denna skyldighet. I det förstnämnda fallet är det fråga om att

talerätten i visst avseende avskärs och i det sistnämnda endast om praxis rörande den materiella prövningen av skaderekvisitet.

Inte heller går det att konstatera att denna praxis i praktiken ändå skulle medföra motsvarande effekter som en preklusion. Så skulle möjligen kunnat vara fallet om underrätterna tillämpat denna praxis på så sätt att det regelmässigt ställts upp krav på att leverantören, i det fall den upphandlande organisationen inte rättat till påtalade brister, ska ge in en ansökan om överprövning snarast vid äventyr att skaderekvisitet i annat fall inte är uppfyllt. Så verkar dock endast ha skett i något fall.

En annan sak är att det av flera skäl är lämpligt att en leverantör som anser att upphandlingsunderlaget innehåller upphandlingsfel som kan medföra skada för denne avstår från att lämna anbud och i stället ansöker om överprövning direkt. För det första medför det osäkra rättsläget rörande påtalandeskyldigheten att det inte kan uteslutas att domstolen finner att skaderekvisitet inte är uppfyllt om leverantören inte ansökt om överprövning direkt. För det andra finns det goda affärsmässiga skäl för att inte exponera sig för risker kopplade till att lämna ett civilrättsligt bindande anbud i en affär med krav och villkor som kan medföra ekonomisk skada.

Underrätternas tillämpning har däremot likheter med den så kallade mellanväg som föreslogs av Överprövningsutredningen år 2015. Förslaget innebar att det skulle införas en *påtalandeskyldighet* för leverantörer att anmärka mot fel och brister under viss tid av anbudstiden. Om så skett hade leverantören oförminskad rätt att få en ansökan om överprövning prövad ända fram till tilldelningsbeslut och avtalsspärr. Hade felet och bristen inte påtalats utan godtagbar ursäkt avskärs däremot rätten till överprövning.

Den sammantagna bilden är mot denna bakgrund att underrätters tillämpning av den påtalandeskyldighet som följer av det objektiva skaderekvisitet i praktiken får anses ha preklusionsliknande drag.

Det bör noteras att regeringen så sent som februari 2022 kom fram till att inte gå fram med lagförslaget som reglerade den preklusionsliknande mellanvägen. Skälen för det var att förslaget skulle göra regelverket ännu mer komplicerat, att leverantörernas vilja att delta i offentliga upphandlingar riskerade att minska och att det var sannolikt att vissa fel blir uppenbara för leverantörerna först i samband med tilldelningsbeslutet.

6.5 Konsekvenser för leverantörer

Det oklara rättsläget och den extensiva tolkningen av påtalandeskyldigheten som tillämpats hos underrätter är till förfång för små och medelstora leverantörer samt utländska leverantörer.

Underrätternas tillämpning innehåller ett antal exempel på när kraven på handlingsplikt ställts anmärkningsvärt högt. Frågan har redan berörts i avsnitt 5.3. Följande bör särskilt lyftas fram.

- I vissa fall har påtalandeskyldigheten även omfattat rättsliga fel eller liknande förhållanden som, under den korta anbudstid som ofta står till buds i genomsnittliga upphandlingar, framstår som allt för svåra att upptäcka för en liten eller medelstor leverantör som är rimligt välinformerad och normalt omsorgsfull. Rättsliga fel och liknande förhållanden kräver ofta tillgång till jurister eller annan särskild sakkunskap som de flesta små och medelstora leverantörer inte har i den egna verksamheten.
- I vissa fall har påtalandeskyldigheten ansetts medföra en mycket omfattande utredningsverksamhet för att klarlägga fel och brister i upphandlingsunderlagen. Det måste emellertid vara den upphandlande organisationen som bär ansvaret för att dessa underlag med sina krav och villkor är tillräckligt tydliga och som står risken för oklara kravformuleringar. En helt annan sak är att det är rimligt att leverantören påtalar sådana uppenbara brister som det var fråga om i HFD 2022 ref 4 I och II. Uppgift om den totala volymen under den kommande avtalsperioden framstår som central att ha tillgång till när leverantören ska ta ställning till affären och utarbeta anbud. I stora komplexa upphandlingar så som exempelvis infrastrukturprojekt som rör mycket stora kontraktsvärden kan det finnas skäl att ställa högre krav på leverantörens påtalandeskyldighet.
- Det finns också exempel där leverantörer ställt frågor och påtalat otydligheter under anbudstiden men inte fått tillfredsställande svar av den upphandlande organisationen och därför ansetts vara skyldig att ställa följdfrågor för att uppfylla sin påtalandeskyldighet. Det måste emellertid kunna krävas av en upphandlande organisation att aktivt medverka och ge klarläggande svar när en leverantör ställer frågor och påtalar brister. Skyldigheten att medverka till att fel och brister avhjälps måste med andra ord vara ömsesidig. Ordningen att lägga detta krav ensidigt på leverantören är anmärkningsvärd och det kan diskuteras om den är förenlig med rättsmedelsdirektivets krav på effektivitet och rättssäkerhet.



Att en upphandlande organisation förkastar ett anbud genom att tillämpa och tolka ett krav som den själv formulerat på ett sätt som inte kan utläsas av denna formulering är anmärkningsvärt.



- I något fall har det först vid tilldelningsbeslut stått klart att den upphandlande organisationen lagt en helt annan innebörd i ett visst uppställt krav än som objektivt kunde utläsas ur kravets lydelse. Att en upphandlande organisation förkastar ett anbud genom att tillämpa och tolka ett krav som den själv formulerat på ett sätt som inte kan utläsas av denna formulering är anmärkningsvärt. Att leverantören trots det även i det fallet inte ansågs ha uppfyllt sin påtalandeskyldighet och därmed inte heller ansågs lida skada torde typiskt sett gå långt utöver vad som kan avses skäligen med hänsyn till de rättssäkerhets- och skyndsamhetskrav som följer av rättsmedelsdirektivet.
- En vanligt förekommande uppfattning är också att leverantören själv måste ställa frågan och påtala bristen även om någon konkurrent redan ställt samma fråga. En sådan ordning är dock inte rimlig. Alla frågor och svar i upphandlingar publiceras regelmässigt på digitala webbplatser som är allmänt tillgängliga. Dessa frågor och svar under anbudsfasen utgör dessutom en del av upphandlingsunderlaget. Att ställa en fråga som redan har ställts av någon annan framstår som märkligt, i vart fall om den tidigare frågeställaren fått ett tillfredsställande svar. En annan sak är att det med tanke på det nu rådande oklara rättsläget och för att riskminimera dessvärre ändå framstår som välbetänkt för leverantören att ställa frågan en extra gång.

Underrätternas extensiva tolkning av påtalandeskyldigheten och det oklara rättsläget är till förfång för små och medelstora leverantörer och därmed även för den offentliga upphandlingen och samhällsekonomin i stort. Små och medelstora leverantörer har inte de stora konkurrenternas finansiella och personella resurser som handlingsplikten många gånger verkar kunna kräva.

Det gäller på motsvarande sätt även för utländska leverantörer, som inte kan förväntas följa med i domstolspraxis på samma sätt och som kan bli vilseledda när de förlitar sig föreskrifterna i den svenska upphandlingslagstiftningen.



6.6 HFD:s ventiler och omständigheterna i målet bör beaktas

Med hänsyn till vad som anförts ovan bör påtalandeskyldigheten tillämpas med försiktighet och inte utsträckas längre än vad som säkert kan anses framgå av HFD:s dom. HFD:s ventiler och begränsningar bör beaktas. Det bör likaså beaktas att omständigheterna i HFD:s mål rörde lättidentifierade fel och brister.

Den ovan beskrivna praxis som utvecklats av underrätter framstår som svårförenlig med HFD:s praxis rörande skaderekvisitet.

Det bör i denna del inledningsvis erinras om att omständigheterna i HFD:s mål rörde lättidentifierade fel och brister. Efter Coopservedomen om takvolymen var det tämligen uppenbart att många leverantörer använde sig av denna praxis för att utverka en ny chans att lämna anbud och vinna ramavtalsupphandlingen. Coopservedomen orsakade en mycket stor måltillströmning hos förvaltningsdomstolarna. Att en sådan central fråga som ramavtalets totala volym under den kommande avtalstiden saknades borde dock av åtminstone rent affärsmässiga skäl knappast ha undgått någon normalt aktsam

och rimligt välinformerad anbudsgivare. Det borde för övrigt gälla i lika hög grad såväl före som efter Coopservedomen. Uppgiften har uppenbar betydelse för möjligheterna att lämna konkurrenskraftigt anbud. Det gäller i synnerhet vid ramavtal med en leverantör som, beroende på omständigheterna, kan medföra inte bara en möjlighet utan också en förpliktelse att leverera de varor eller tjänster som ramavtalet avser.

Av domen följer vidare ett antal rekvisit för att identifiera om leverantör har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. HFD har därvid identifierat ett antal ventiler och begränsningar som bör beaktas vid tillämpningen av påtalandeskyldigheten.

- För det första följer det av domen att skyldigheterna gäller för leverantör som *anser* att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga. Begreppet ”anser” indikerar knappast att påtalandeskyldigheten skulle innefatta någon utredningskyldighet. Skrivningen innebär enligt sin lydelse att den endast omfattar leverantörer som insett bristen. Den omfattar alltså med denna läsart inte leverantörer som inte insett men som bort inse bristen. Skrivningen verkar bland annat ta sikte på att leverantörer inte ska kunna förtiga brister som de har upptäckt för att spara dessa till en eventuell överprövning om det vid tilldelningsbeslutet visar sig att någon konkurrent tilldelats kontraktet.



- För det andra aktualiseras skyldigheterna i det fall upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga. Det indikerar att bristerna är av enkel karaktär och lätta att identifiera. Att upphandlingsdokumenten är ofullständiga innebär att någon uppgift som borde varit med helt saknas och att dokumenten är otydliga innebär såklart att det behöver tillföras någon ytterligare upplysning för att göra en lämnad uppgift tydlig. Rättsliga brister eller liknande kan svårigen inrymmas i dessa formuleringar. Knappast heller brister som inte är av enklare beskaffenhet, exempelvis brister som rimligen bara kan uppstå efter en mer noggrann undersökning.
- För det tredje omfattar skyldigheterna att leverantören ställer frågor samt begär kompletteringar och förtydliganden. Inte heller dessa skyldigheter indikerar någon utredningsskyldighet. Syftet med frågorna ska såklart vara att uppmärksamma den upphandlande organisationen på bristen så att bristen kan avhjälpas. Att otillfredsställande svar från den upphandlande organisationen skulle medföra skyldighet för leverantören att ställa ytterligare frågor kan inte utläsas. Det finns ingenting i domen som skulle kunna ge stöd för att påtalandeskyldigheten skulle ha reducerat den upphandlande organisationens ansvar för att upphandlingsunderlagen är korrekta.
- För det fjärde behöver dessa skyldigheter inte fullgöras om det finns godtagbara skäl. Det utgör alltså en ventil för oförutsedda fall. Om inte annat ger ventilen ytterligare stöd för att skyldigheterna enligt de tre föregående punkterna här ovan knappast var avsedda att vara långtgående utan tvärtom snarare begränsade till relativt uppenbara brister och enklare åtgärder.
- För det femte framgår det att skaderekvisitet normalt sett inte kan vara uppfyllt om skyldigheterna enligt de fyra punkterna här ovan inte iakttagits. I undantagsfall finns det alltså en ventil som innebär att skaderekvisitet är uppfyllt trots att påtalandeskyldigheten inte fullgjorts. Den indikerar att det bland annat bör göras en avvägning mellan å ena sidan intresset av att upprätthålla påtalandeskyldigheten och å andra sidan intresset av att kunna ingripa mot allvarliga överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket.

Med hänsyn till vad som anförts ovan bör påtalandeskyldigheten tillämpas med försiktighet och inte utsträckas längre än vad som säkert kan anses framgå av HFD:s dom.



6.7 Ramavtal

Praxis rörande påtalandeskyldigheten och att skadan ska hänföra sig till upphandlingen som överprövas medför sammantaget att man i framtiden kan förvänta sig mycket få ingripanden mot ramavtal som har längre avtalstid än den tid som är tillåten enligt upphandlingslagarna.

I HFD 2022 ref 4 I och II fann HFD att det inte fanns grund att ompröva sitt tidigare ställningstagande i HFD 2017 ref. 62. Denna praxis innebär att en leverantör har rätt att få en upphandling överprövad endast om denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling. Det handlar alltså här om att det subjektiva skaderekvisitet – att leverantören anser sig lida skada – som utgör grund för talerätten inte anses uppfyllt.

Denna praxis får särskilt konsekvenser för periodiskt återkommande ramavtal. Av HFD 2022 ref. 4 I och II följer att påtalandeskyldigheten har tillämpats på sådant sätt att en leverantör som först vid tilldelningsbeslutet ansöker om överprövning och åberopar att den aktuella ramavtalstiden är mycket längre än den får vara, inte ansetts uppfylla skaderekvisitet.

En konsekvens av det riskerar bli att ramavtal som löper längre tid än vad som är tillåtet enligt upphandlingslagarna i praktiken svårligen kommer att kunna angripas genom överprövning.

Den givna invändningen är förstas att leverantörer på sätt som framgår av påtalandeskyldigheten ska ta upp frågan med den upphandlande organisationen redan under anbudstiden. I praktiken lär det ändå inte ske i de flesta fall. Som utgångspunkt är rimligen leverantörer intresserade av att få så lång avtalstid som möjligt. När ramavtalet inte medför något leveransåtagande utan bara försäljningsmöjligheter torde det överhuvudtaget inte finnas några affärsmässiga nackdelar och i sådant fall är det mycket lockande för leverantörer att spela med. Det kan inte heller helt uteslutas att en och annan mindre nogräknad upphandlande organisation drar nytta av situationen och tillämpar längre ramavtalstider än den annars skulle ha gjort.

Det finns därför risk för att ramavtal med avtalstider som är längre än de som gäller i upphandlingsreglerna kan bli vanligare framöver. Ramavtal är inte sällan stora och ibland landsomfattande. Närmare hälften av alla annonserade upphandlingar här i landet brukar avse ramavtal. Negativ påverkan på konkurrensen kan inte uteslutas. I sammanhanget bör det framhållas att EU-lagstiftaren i beaktandesats 61 i direktiv 2014/24/EU särskilt framhållit att ramavtal inte bör användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

”

Närmare hälften av alla annonserade upphandlingar här i landet brukar avse ramavtal.

”

7 Förslag och rekommendationer

7.1 Förhandsbesked från EU-domstolen bör inhämtas

Domstolar bör i den fortsatta utvecklingen av rättspraxis inom området inhämta förhandsbesked från EU-domstolen. Inte minst gäller det frågorna om hur omfattande leverantörens handlingsplikt är för att motverka skada och i vilken mån leverantörens handlande i dessa frågor kan beaktas av domstolarna utan annat lagstöd än det objektiva skaderekvisitet i upphandlingslagstiftningen.

Som utvecklats i avsnitt 2.2. har HD i visst fall funnit att det utgjort ett grovt rättegångsfel att en domstol som var sista instans inte inhämtat förhandsavgörande från EU-domstolen.⁵⁸ HD:s uttalande gör att skyldigheten att begära förhandsavgörande får anses gå längre än den tidigare ansetts göra.

Av denna rapport framgår att den praxis som utvecklats avseende påtalandeskyldigheten medför många oklara och svårbedömda frågor. Det gäller inte minst hur EU-domstolens praxis rörande art. 1.3 i rättsmedelsdirektivet ska tolkas och förstås i förhållande till vår svenska rättsliga reglering av skaderekvisitet och talerätten, som är annorlunda utformade och går längre och är mer generös än direktivets minimiregler. Redan det gör att EU-domstolens praxis inte alltid är relevant utan bör tillämpas försiktigt. Dessutom gäller många av EU-domstolens domar frågan huruvida nationella preklusionsregler är förenliga med rättsmedelsdirektiven och i dessa fall torde det vara ännu svårare att dra några säkra slutsatser i förhållande till vår svenska lagstiftning.

Förhandsbesked bör aktualiseras i frågor om hur omfattande handlingsplikt en leverantör har för att motverka skada och i vilken mån leverantörens handlande i dessa frågor kan beaktas av domstolarna utan annat lagstöd än det objektiva skaderekvisitet i upphandlingslagstiftningen. Det torde nämligen i dessa delar inte finnas någon klar och enhetlig praxis från EU-domstolen.

När EU-domstolen lämnat uttalanden med innebörd att skadelidande leverantörer bör agera skademinimerande var de befarade bristerna i upphandlingsunderlagen uppenbara för leverantörerna.⁵⁹ I HFD 2022 ref. 4 I och II handlade det likaså om lättidentifierade brister. I denna rapport har också en försiktig och återhållsam tillämpning förordats av HFD:s praxis rörande skaderekvisitet och påtalandeskyldigheten. Särskilt om det skulle övervägas en ytterligare skärpning av påtalandeskyldigheten med ännu högre krav på handlingsplikt finns det tungt vägande skäl för en förvaltningsdomstol att begära förhandsbesked från EU-domstolen.



Domstolar bör i den fortsatta utvecklingen av rättspraxis inom området inhämta förhandsbesked från EU-domstolen.



58 Högsta domstolens beslut 2022-12-20 i mål Ö 5978-21

59 Mål C-230/02 Grossmann och mål C-328/17 Amt Aziuenda, se vidare avsnitt 4.2.

7.2 Lagstiftningsåtgärder bör vidtas

Lagstiftningsåtgärder bör vidtas för att skapa tydlighet. Det bör klargöras att leverantörerna inte har en generell skyldighet att påtala brister och otydligheter i upphandlingsunderlagen. Syftet ska dock inte vara att gå tillbaka till det läge som rådde före HFD 2022 ref. 4 I och II utan i stället att införa en välavvägd balans som främjar både effektivitet och rättssäkerhet.

Före HFD 2022 ref 4 I och II hade leverantörerna alltid möjlighet att ansöka om överprövning i samband med tilldelningsbeslut, och det gällde även när de påtalade felen var hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Rättsläget gjorde det möjligt för mindre nogräknade leverantörer att förtiga brister som de hade upptäckt i samband med anbudsgivning för att spara dessa till en eventuell överprövning om det vid tilldelningsbeslutet visade sig att någon konkurrent tilldelats kontraktet. Om det var vanligt eller inte kan diskuteras, men det kan knappast råda någon tvekan om att ett sådant beteende förekom. Beteendet var till förfång för den offentliga upphandlingen och äventyrade skyndsamhets- och effektivitetskraven i rättsmedelsdirektiven.

Som framgår i den här rapporten blev dock regeringen i februari 2022 inte alls sannspådd när den i prop. 2021/22:120 förutsåg att påtalandeskyldigheten innebar ökade incitament men inte någon generell skyldighet att påtala brister och otydligheter. Underrättspraxis har nämligen därefter utvecklats på så sätt att det nu i praktiken föreligger en sådan generell skyldighet. Pendeln verkar alltså ha slagit över från den ena ytterligheten till den andra och ett problem har ersatts med ett annat.

De negativa konsekvenserna har belysts i denna rapport. Underrätternas tillämpning av påtalandeskyldigheten innebär i praktiken att det har införts en ordning som har likheter med den så kallade mellanvägen, som lagstiftaren så sent som sommaren 2022 valde att inte införa eftersom den som framgår i avsnitt 3.5 och 6.4 bedömdes medföra väsentliga nackdelar. Till det kommer att påtalandeskyldigheten helt utvecklas i rättspraxis och inte kan utläsas av lag. Som utvecklats i denna rapport finns det betydande osäkerheter och risker förknippade med det.

Lagstiftningsåtgärder bör därför vidtas för att skapa tydlighet. Det bör klargöras att leverantörerna inte har en generell skyldighet att påtala brister och otydligheter i upphandlingsunderlagen. Syftet ska dock inte vara att gå tillbaka till det läge som rådde före HFD 2022 ref. 4 I och II utan i stället införa en välavvägd balans som främjar både effektivitet och rättssäkerhet.

”

Pendeln verkar alltså ha slagit över från den ena ytterligheten till den andra och ett problem har ersatts med ett annat.

”

7.3 Skiss för att ta fram ett lagförslag

Skiss för att ta fram en ny bestämmelse i 20 kap. 6 a § LOU:

Om en överträdelse enligt 20 kap. 6 § första stycket avser fel eller brist i annons eller upphandlingsunderlag och om den upphandlande myndigheten åberopat att leverantören inte påtalat felet eller bristen till myndigheten under ansöknings- eller anbudstiden, får rätten avslå ansökan om dessa åberopade omständigheter gör att det är uppenbart att leverantören inte vidtagit skäligen åtgärder för att förhindra att skada uppkommer.

Vid bedömningen huruvida skäligen åtgärder vidtagits ska rätten ta hänsyn till bland annat leverantörens tekniska och personella resurser, upphandlingens komplexitet, de aktuella felens eller bristernas beskaffenhet samt hur allvarlig överträdelsen ska anses vara.

Ovanstående utgör en skiss till ny bestämmelse om leverantörens skäligen åtgärder för att undvika att skada uppkommer under ansöknings- eller anbudstiden. Utkastet gör alltså inte anspråk på att vara ett färdigt lagförslag utan bör vidareutvecklas. Bestämmelsen bör införas i 20 kap. LOU och den bör lämpligen placeras direkt efter 6 § som reglerar den materiella prövningen av en ansökan om överprövning och har följande lydelse:

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Lag (2021:1110).

Motsvarande bestämmelser bör införas i LUF, LUK och LUF5.

Bestämmelsen tar sikte på skadebedömningen vid konstaterade överträdelser av regelverket i det konkurrensuppsökande skedet. Bestämmelsen innebär inte att rätten ska pröva den aktuella frågan ex officio utan endast om den upphandlande myndigheten i överprövningsmålet åberopat att leverantören inte påtalat felet eller bristen under ansöknings- eller anbudstiden. Skrivningen att leverantörens åtgärder ska vara skäligen indikerar att de ska vara rimliga med hänsyn till alla omständigheter och inte får innebära för högt ställda krav i förhållande till bland annat leverantörens förmåga att upptäcka felet. Rekvisitet uppenbart innebär det ska stå helt klart att leverantören inte vidtagit skäligen åtgärder för att förhindra skadan. Behöver mer ingående överväganden göras i denna del kan uppenbarhetsrekvisitet inte längre anses uppfyllt.

I andra stycket återfinns en katalog med omständigheter som bör beaktas av rätten. Den innebär att en individuell bedömning bör göras. Bedömningen ska självfallet göras inom de ramar som följer av likabehandlingsprincipen.

Förmågan att upptäcka fel och brister får typiskt sett anses vara bättre för stora leverantörer än för små och medelstora. Är det fråga om en mycket stor och komplex upphandling som rör stora kontraktvärden bör kraven på leverantörerna också vara högre än för upphandlingar av normalgraden. Det bör normalt inte krävas att små eller medelstora leverantörer upptäcker fel eller brister som inte är av enklare beskaffenhet eller som rör rättsliga fel. Är det i stället fråga om en stor leverantör med omfattande resurser kan dock någonting annat gälla. Slutligen bör också leverantörens agerande för att undvika skada vägas mot hur allvarlig den upphandlande myndighetens överträdelse mot det upphandlingsrättsliga regelverket kan anses vara. Att ingripa mot allvarlig och uppsåtlig överträdelse som kan medföra stor skada för leverantören kan i det enskilda fallet väga tyngre än att strikt upprätthålla påtalandeskyldigheten.

Stockholm den 3 oktober 2023

Anders Asplund

