



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Nils Nordh

# Preklusionsfrist genom praxis

- En tolkning av HFD 2022 ref. 4 I och II

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Kacper Szkalej

Termin: VT2022

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>1</b>
1.1 Bakgrund	1
1.2 Syfte och frågeställning	3
1.3 Metod	3
1.4 Material och avgränsningar	4
1.4.1 Material	4
1.4.2 Avgränsningar	4
1.5 Disposition	5
<b>2 OFFENTLIG UPPHANDLING OCH ÖVERPRÖVNINGAR</b>	<b>7</b>
2.1 Offentlig upphandling	7
2.2 Upphandlingsprocessen	8
2.3 Överprövning av upphandlingar	9
2.3.1 Förutsättningar för överprövning	9
2.3.2 Skada på grund av brott mot LOU	9
<b>3 EN EFFEKTIVARE UPPHANDLINGSPROCESS GENOM PREKLUSIONSFRISTER</b>	<b>11</b>
3.1 Preklusion och preklusionsfrister	11
3.2 Utvecklingen i EU	12
3.2.1 Preklusion i rättsmedelsdirektiven	12
3.2.2 Domstolspraxis i EU	13
3.2.2.1 Hur resonerar EU-domstolen kring effektiviteten i överprövningsförfarandet	13
3.2.2.2 eVigilo	15
3.2.3 Slutsats och riktningen framåt	17
3.3 Sveriges inställning till preklusionsfrister	17
3.3.1 Utredningen om en effektivare överprövning	17
3.3.2 Utredningens bedömning	18
3.3.3 Utredningens förslag	21
3.3.4 Preklusion i svensk lagstiftning	22
3.3.5 Slutsats	23

<b>4</b>	<b>HAR SVENSK RÄTT EN PREKLUSIONSFRIST?</b>	<b>25</b>
4.1	AB Golv & Tak	25
4.2	Dokumentismen i Umeå AB	27
4.3	Analys och Slutsats	28
4.3.1	Avgörandets framtida användning	28
4.3.2	Förhållandet till tidigare förslag	29
4.3.3	De facto preklusionsfrist	29
<b>5</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>31</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>32</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>33</b>

# Summary

A more effective process for review of public procurement has been a subject of discussion, both in Sweden and in the EU. The problem with the review process has mainly been that it has taken too long and has resulted in many public procurement processes having to start over. As a solution the possibility of preclusion in the public procurement process has been studied in the report SOU 2015:12 and the government bill Prop. 2021/22:120. The conclusion of both were however that a preclusion rule should not be instated in the Swedish public procurement process. At the start of 2022, the Swedish Supreme Administrative Court released a new ruling. The ruling stated that the procuring parties in a public procurement process need to be made aware of deficiencies in the tender documents by the tenderer before the time for submission is over. In case this was not done the tenderer could not be said to have suffered damages or risk suffering damages in case the deficiencies were claimed during a review of the process. A result of this is the lack of possibility for a successful review process after the time for submission. The thesis therefore examines how this new court practice might be used and what implications it has for the subject of preclusion in Swedish public procurement.

In regard of the damage requisite in the Swedish review process in public procurement and how the new court practice was used in the cases that gave rise to it, tenderers, who does not make the procuring party aware of deficiencies, lose the possibility of reviewing a public procurement process after the time of submission has ended. Therefore, it could be said that the new court practice can be regarded as a de facto preclusion rule. It differs from the type of preclusion rule discussed in the report but have some similarities with the alternative solution presented in it. How the new court practice might come to be used should be answered by studying EU-court practice. The EU-court has multiple times expressed that a review system that allows for reviews at any time of the process does not fulfill the effectiveness

and speediness asked for in the public procurement process. Therefore, it should be assumed that the new court practice targets all deficiencies that were noticed or should have been noticed. However, deficiencies that were discovered only after the time of submission ended should still be able to lead to a successful review process for the tenderer.

# Sammanfattning

En effektivare överprövning av offentlig upphandling har under en längre tid varit en fråga som behandlats både i det svenska rättsväsendet och i EU. Problemet med överprövningsprocessen har främst varit att de varit att det har tagit för lång tid och resulterat till att upphandlingar har behövt göras om.

Som lösning på denna problematik har frågan om preklusionsfrister behandlats i bland annat SOU 2015:12 och prop. 2021/22:12. I båda dessa anfördes det att preklusionsfrister inte borde införas. Under början av 2022 utkom HFD med ett nytt avgörande som stadgade att brister i anbudsunderlaget för offentliga upphandlingar måste ha påtalats innan anbudstiden gått ut för att leverantörer ska anses ha lidit skada. Denna praxis leder till att leverantörer efter en viss tid förlorar möjlighet till en framgångsrik överprövning. Uppsatsen ämnar således undersöka vad denna nya praxis omfattar och hur den kan komma att användas.

Mot bakgrund av hur det svenska skaderekvisitet i överprövningsprocessen är utformat och hur det tillämpas av HFD i de målen som gav upphov till den nya praxisen är det tydligt att leverantörer, som inte påtalar fel, i realitet förhindras att överpröva upphandlingar efter anbudstidens utgång. Det bör därför kunna sägas att praxisen utgör en de facto preklusionsfrist. Den nya praxisen liknar inte den typ av preklusionsfrist som undersöktes och avfärdades i SOU 2015:12 men bär likheter med det alternativa förslaget som presenterades i den. Hur praxisen kan komma att användas och vad som omfattas av den bör främst kunna besvaras genom att studera EU-rättslig praxis på området, framförallt det som refereras till av HFD. Med hänsyn till EU-domstolens resonemang om upphandlingsprocessens skyndsamhet och effektivitet i liknande mål samt att det anses att rättsmedelsdirektiven inte uppfylls om leverantörer kan överklaga under hela upphandlingsprocessen bör det antas att praxisen omfattar alla fel som ej påtalats. Detta förutsätter dock att felen upptäckts eller borde ha upptäckts innan anbudstidens slut. För

det fel som upptäckts först efter anbudstidens utgång bör det fortfarande finnas möjlighet att föra en framgångsrik överprövningsprocess.

# Förkortningar

Direktiv 89/665/EEG	Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten
Direktiv 2007/18/EG	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av den rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
PBL	Plan- och bygglag (2010:900)
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar



# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är en lagreglerad inköpsprocess som ska se till att offentliga inköp öppnas för konkurrens och att offentliga medel används så effektivt som möjligt.<sup>1</sup> Målet med offentlig upphandling är att skapa nytta för medborgarna och samtidigt bidra till en hållbar samhällsutveckling.<sup>2</sup> Upphandling sker enligt något av upphandlingslagarna, t.ex. LOU eller LUF som baserar sig på EU-direktiv som implementerats i svensk rätt genom lagarna. I lagarna finns även delar som avviker från EU-direktiven bl.a. beroende på värdet av det som upphandlas, se kapitel 19 i LOU.

År 2019 genomfördes 8565 direktivstyrda upphandlingar. Av dessa överprövades 730 eller 8,5% till förvaltningsdomstolarna.<sup>3</sup> Handläggningstiden i förvaltningsdomstolarna för överprövningar som lett till sakprövning var år 2019 genomsnittligt 3,9 månader.<sup>4</sup> Denna statistik skiljer sig inte anmärkningsvärt åt från handläggningstiden av andra mål som behandlas i förvaltningsdomstolen. Med hänsyn till att överprövningarna hänför sig till offentliga upphandlingar kan dock handläggningstiden för målen bli problematisk för de som upphandlar. Problematiken ligger främst i att de upphandlande enheterna under handläggningstiden i många fall, om möjligt, behöver, lösa sina inköpsbehov på annat sätt och upphandlingarna drar ut på tiden eftersom överprövningar kan ske i alla stadier av upphandlingen<sup>5</sup> vilket bidrar till att myndigheterna inte kan agera effektivt.

---

<sup>1</sup> Lindahl Toftegaard, s. 23

<sup>2</sup> Statistik om offentlig upphandling 2020, Konkurrensverkets rapportserie 2020:5, s. 3 (Statistik om offentlig upphandling 2020)

<sup>3</sup> Statistik om offentlig upphandling 2020, s. 155

<sup>4</sup> Statistik om offentlig upphandling 2020, s. 166

<sup>5</sup> Asplund, m.fl., s. 186

Med hänsyn till detta har krav på effektivisering av överprövningar i upphandlingsmål kommit på fråga som bl.a. medfört att en statlig offentlig utredning genomförts på området.<sup>6</sup>

En av de frågor som diskuterades för att effektivisera överprövningsprocessen var införandet av en preklusionsfrist. En preklusionsfrist skulle innebära att vissa invändningar mot ett upphandlingsförfarande enbart skulle kunna framföras fram till en viss tidpunkt för att med framgång kunna ligga till grund för en talan om överprövning. En preklusionsfrist skulle sannolikt leda till att färre överprövningar resulterar i sakprövningar och att handläggningstiden för dessa mål därmed skulle minska. Utredningen rekommenderade dock inte att en renodlad preklusionsfrist infördes i svensk rätt vilket vi kommer se nedan.

I början av 2022 behandlade dock HFD en till en preklusionsfrist närliggande fråga i, HFD 2022 ref. 4 I och II. HFD kom i dessa mål fram till att för att en skada ska anses föreligga för en leverantör som överprövat en upphandling måste brister i anbudsunderlaget för offentliga upphandlingar ha påtalats av leverantören under anbudstiden, dvs fram till anbudet lämnats in till den upphandlande myndigheten. Detta har betydelse då för att en överprövning ska vinna framgång måste leverantören visa att de lidit skada eller kan komma att lida skada av bristen för att de ska kunna vinna framgång med en överprövning.<sup>7</sup>

Med hänsyn till avgörandet i HFD 2022 ref. 4 I och II kan frågan ställas om HFD därmed infört en de facto preklusionsfrist i svensk rätt utan lagstiftning. I domarna behandlas frågan inte så utförligt som kan önskas vilket gör att det finns ett behov av att undersöka hur praxisen kan komma att tillämpas och dess räckvidd.

---

<sup>6</sup> SOU 2015:12

<sup>7</sup> 20 kap. 6 § LOU

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att utreda om brister i förfrågnings- och anbudsunderlaget offentliga upphandlingar ska påtalas innan utgången av anbudstiden för att en leverantör ska anses ha lidit skada eller anses kunna komma att lida skada och om svensk rätt därmed de facto har en preklusionsfrist inom offentlig upphandling. Skaderekvisitet är väsentligt för att en leverantör med framgång ska kunna föra talan om överprövning av tilldelningsbeslut på grund av brister i anbudsunderlagen. Utgångspunkten för framställningen ett klargörande av HFD 2022 ref. 4 I och II som bl.a. förtydligar innebörden av skaderekvisitet hos leverantören som begär överprövning. Utöver detta ska undersökas hur HFD resonerar kring preklusion och hur avgörandet förhåller sig till de förslag på preklusion som diskuterades i SOU 2015:12. Mer specifikt ska utrönas

- Om HFD de facto har infört en preklusionsfrist för leverantörer under anbudstiden?
- Hur den nya praxisen förhåller sig till de förslag på effektiviseringar genom preklusionsfrister som tidigare diskuterats i Sverige?
- Vad den nya praxisen kan innebära i övrigt vid offentliga upphandlingar?

## 1.3 Metod

För framställningen av uppsatsen kommer den rättsdogmatiska metoden att användas. Den rättsdogmatiska metoden används för att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt.<sup>8</sup> Utgångspunkten för den rättsdogmatiska metoden är principerna för användningen av de allmänt accepterade rättskällorna.<sup>9</sup> Syftet med användningen av metoden i denna framställning är att utröna vad som är gällande rätt, dvs de lege lata. Enligt

---

<sup>8</sup> Olsen, SvJT 2004 s. 111

<sup>9</sup> Kleineman, s. 21

den rättsdogmatiska metoden kommer detta ta sin utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin.<sup>10</sup>

Utöver den rättsdogmatiska metoden har även den EU-rättsliga metoden använts. Att den EU-rättsliga metoden används trots fokuset på den svenska praxisen är med anledning av att offentlig upphandling är direktivstyrt och EU-reglerat. Således påverkas den svenska rättstillämpning av EU-rättsliga regler och praxis. Grunden för den EU-rättsliga metoden är tolkningen av EU-rättsliga källor utifrån deras ändamål och syfte eller så kallad teleologisk tolkning.<sup>11</sup> Uppsatsen kommer således behandla olika direktiv och praxis som är relaterade till frågeställningen.

## **1.4 Material och avgränsningar**

### **1.4.1 Material**

Det material som används kommer främst utgå ifrån de valda metoderna. Således kommer rättskällor så som lag, förarbeten, praxis och doktrin användas i enlighet med den rättsdogmatiska metoden. Utöver detta kommer EU-rättsliga källor, i denna framställning främst direktiv och EU-rättslig praxis, att användas.

Även artiklar som behandlar ämnet kommer användas i syfte att utöka perspektivet på frågan och ge ytterligare syner på ämnet.

### **1.4.2 Avgränsningar**

Det finns ett flertal lagar som reglerar offentlig upphandling inom olika sektorer. För denna framställning kommer dock frågeställningarna att hänföra sig i huvuddel till *lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)*, vilken

---

<sup>10</sup> Jareborg, SvJT 2004 s. 8

<sup>11</sup> Hettne, m.fl., s. 36

tillskillnad från andra lagar om offentlig upphandling inte är lika kopplad till en viss typ av upphandlingar och allmänt rör upphandling av varor och tjänster.<sup>12</sup>

Offentlig upphandling är, utöver de svenska lagarna, i stor del reglerad av EU-direktiv främst direktiv 2014/24/EU. De upphandlingsförfaranden som står utanför direktivets tillämpning kommer i denna uppsats inte att behandlas då frågeställningen inte påverkas av det som är specifikt för dessa typer av upphandling och därmed inte är relevant.

## 1.5 Disposition

*Avsnitt 2* inleder framställningen med en kartläggning av upphandlingsförfarandet och överprövning av offentlig upphandling behandlas. Det som kommer beröras är kort vad offentlig upphandling är och vilka lagar som reglerar förfarandet, hur en upphandlingsprocess går till samt hur överprövning av upphandlingar genomförs och vad som förutsätts för att vinna framgång i sådana mål.

I *Avsnitt 3* kommer preklusionsfrister i allmänhet samt EU-domstolens syn på preklusionsfrister och EU-rättslig praxis undersökas. Utöver detta kommer föreslagna preklusionsfrister inom offentlig upphandling i synnerhet behandlas. Avsnittet kommer innehålla en beskrivning av vad preklusion och preklusionsfrist innebär, en översiktlig beskrivning av existerande preklusionsregler i den svenska lagstiftningen, en genomgång av EU-domstolens syn på preklusionsfrister och skaderekvisitet samt en genomgång av SOU 2015:12 avseende de delar som behandlar preklusionsfrister samt proposition 2021/22:120 avseende de delar som behandlar preklusionsfrister under anbudstiden.

I *Avsnitt 4* kommer HFD ref. 4 I och II behandlas. Avsnittet kommer innehålla en genomgång av HFD 2022 ref. 4 I och II. Dels bakgrunden till målen, dels

---

<sup>12</sup> Se LUF, LUK och LUF5

domskälen kommer behandlas. Det är även i detta avsnitt som huvudsakliga analys och slutsats kring frågeställningen kommer presenteras.

Framställningen avslutas i *Avsnitt 5* där mina slutliga kommentarer kring ämnet kommer framföras.

## 2 Offentlig upphandling och överprövningar

Nedan kommer offentlig upphandling och överprövningar av upphandlingar som sker i enlighet med LOU kortfattat beröras.

### 2.1 Offentlig upphandling

Offentlig upphandling är det förfarande som offentliga organisationer måste använda sig av vid inköp. Förfarandet är dels ämnat att tillse att den offentliga sektorn öppnar upp sina inköp för konkurrens, dels för att tillse att skattemedlen används så effektivt som möjligt.<sup>13</sup> Den lag som huvudsakligen reglerar offentlig upphandling är *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling*. Offentlig upphandling är ett reglerat område inom EU-rätten. Sverige är således skyldig att införliva de direktiv som antagits på området och tillämpa dess bestämmelser. EU-rätten har således företräde framför den nationella rätten.<sup>14</sup>

För svensk upphandlingslagstiftning har detta inneburit nuvarande lagstiftningen som reglerar offentlig upphandling LOU är baserad på EU-direktiv. Främst är det direktiv 2014/24/EU, det senaste upphandlingsdirektivet som LOU är byggt på.

Det finns två olika upphandlingsförfaranden som regleras i LOU. Vilket av dessa förfaranden som används beror på om värdet av upphandlingen når upp till de tröskelvärden som återfinns i direktiv 2014/24/EU. Vid ett värde över tröskelvärdet ska det direktivstyrda förfarandet som regleras i LOU, med

---

<sup>13</sup> Lindahl Toftgaard, s. 23

<sup>14</sup> Bernitz, s. 100

undantag av kap.19 och 19a, användas medan vid ett värde som understiger tröskelvärdet ska reglerna i kap.19 och 19a användas.

I denna uppsats kommer dock endast det direktivstyrda förfarandet diskuteras.

## 2.2 Upphandlingsprocessen

Upphandlingsprocessen börjar med att en offentlig organisation identifierar ett behov av köp av varor eller tjänster som behöver åtgärdas och därmed påbörjar en upphandlingsprocess. I detta stadie beslutas vad som ska upphandlas och vilket förförande som ska tillämpas. När detta har bestämts kan arbetet med att ta fram upphandlingsdokument och förfrågningsunderlag påbörjas.

Upphandlingsdokument är alla de skriftliga dokument som den upphandlande organisationen använder för att beskriva eller fastställa innehållet i en upphandling.<sup>15</sup> Bland dessa är att uppmärksamma anbudsunderlaget även kallat förfrågningsunderlaget. Detta dokument brukar innehålla de krav som ställs på leverantören och produkten, grunder för utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt, kontraktsförslag och administrativa bestämmelser.<sup>16</sup> Efter att dessa tagits fram ska upphandlingen även annonseras för att informera om vad som ska upphandlas och för att bjuda in leverantörer att lämna anbud.<sup>17</sup>

När anbudstiden har löpt ut utvärderas sedan anbuderna och utifrån vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt och uppfyller de krav som ställts.<sup>18</sup> Detta

---

<sup>15</sup> Lindahl Toftegaard, s. 106

<sup>16</sup> Lindahl Toftegaard, s. 107 f.

<sup>17</sup> Lindahl Toftegaard s. 125

<sup>18</sup> 16 kap. 1 § LOU



mynnar slutligen ut i ett tilldelningsbeslut där en av de leverantörer som lämnat anbud tilldelas kontraktet.<sup>19</sup>

## **2.3 Överprövning av upphandlingar**

De beslut som tas under en upphandling kan bli föremål för överprövning. I de fall en negativt berörd leverantör anser att ett felaktigheter begåtts och ett felaktigt beslut därmed fattats i en upphandling kan denne överpröva det aktuella beslutet till förvaltningsdomstol. En överprövning av upphandling kan resultera i att upphandlingen görs om, att en rättelse görs innan upphandlingen avslutas eller att överprövningen avslås.

### **2.3.1 Förutsättningar för överprövning**

Förutsättningarna för överprövning framgår i 20 kap. 4 – 6 §§ LOU. Av lagtexten framgår det att endast två typer av överprövningar kan göras. Den ena är en överprövning av upphandlingen och kan endast göras om ett avtal inte har slutits mellan myndighet och leverantör. Den andra är överprövning av giltigheten av ett avtal som slutits mellan en myndighet och en leverantör. I denna uppsats kommer endast överprövning av upphandling beröras.

### **2.3.2 Skada på grund av brott mot LOU**

I 20 kap. 6 § LOU stadgas följande:

*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.*

---

<sup>19</sup> Lindahl Toftegaard s. 142

Av paragrafen framgår det att en leverantör som ansöker om överprövning måste ha lidit skada eller kan komma att lida skada av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU. Det är upp till den leverantören att visa att skadan har skett eller att risk för skada har uppkommit samt att denna skada har en koppling till den brist i upphandling som påtalas.<sup>20</sup> Utöver detta måste beskrivningen av skadan eller den skada leverantören kan komma att lida vara konkret och inte endast beskriven i allmänna ordalag.<sup>21</sup>

Det har tidigare inte varit självklart att det inte räckt med att en leverantör gjort gällande de förhållanden som kan medföra skada för denne om denne inte tilldelats kontraktet eller ramavtalet med den upphandlande enheten i samband med en överprövningsprocess.<sup>22</sup> Det har påståtts medföra ett ineffektivt förfarande.

---

<sup>20</sup> HFD 2022 ref. 4 I p. 23

<sup>21</sup> HFD 2022 ref. 4 I p. 23

<sup>22</sup> Jfr Prop. 2021/22:120 s. 39

# 3 En effektivare upphandlingsprocess genom preklusionsfrister

I detta avsnitt kommer preklusionsfrister behandlas. Till en början kommer preklusionsfristernas användning inom den svenska lagstiftningen behandlas. Utöver detta kommer utvecklingen av frågan i EU-domstolens avgöranden undersökas. Detta är relevant eftersom EU-rätten som tidigare nämnts samspelar med den svenska rätten och påverkar den svenska rättstillämpningen.

Den svenska inställningen till preklusionsfrister kommer även undersökas. Det sker genom översiktliga genomgångar av både SOU 2015:12 och Regeringens proposition 2021/22:120 *En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar*, då främst de delar som behandlar möjliga preklusionsfrister inom offentlig upphandling. Avsnittet ämnar undersöka de slutsatser som framkom kring frågan om lagstadgade preklusionsfrister samt regeringens nuvarande inställning till preklusionsfrister inom offentlig upphandling.

## 3.1 Preklusion och preklusionsfrister

Ett av de förslag som behandlats mest avseende effektiviseringen av överprövningar är införandet av preklusionsregler under upphandlings och överprövningsförfarandena. Preklusion brukar betyda att en rättighet inte längre kan göras gällande eller inom processrätten innebära förlusten av möjligheten att anropa nytt processmaterial.<sup>23</sup> Preklusionsregler är främmande för varken det svenska rättsväsendet eller det EU-rättsliga,

---

<sup>23</sup> Prop. 2021/22 s. 38

tvärtom finns det ett antal preklusionsregler inom skilda rättsområden. Bland annat i § 37 FPL finns regler som stadgar att i mål där prövningstillstånd krävs får bevis som först åberopas i HFD endast beaktas om det finns särskilda skäl. Även inom PBL återfinns regler som stadgar att ett överklagande av beslut om att anta, ändra eller upphäva detaljplaner endast får ske om den överklagande, innan granskningstidens utgång, skriftligen framfört synpunkter som inte blivit tillgodosedda.<sup>24</sup> Med preklusionsfrist menas således den tidsperiod under vilken talan kan väckas. För EU:s del kommer preklusion och preklusionsfrister inom EU-rättslig offentlig upphandlingsregleringar behandlas nedan.

## 3.2 Utvecklingen i EU

### 3.2.1 Preklusion i rättsmedelsdirektiven

EU-rättsliga regleringar om prövning av offentliga upphandlingar behandlas inte i direktiv 2014/24/EU. Istället regleras detta i de EU-rättsliga så kallade rättsmedelsdirektiven. Dessa består av första versionen direktiv 89/665/EEG samt ändringsdirektivet direktiv 2007/66/EG. Ändringsdirektivet tillförde och ändrade ett antal bestämmelser i första versionen, bland annat den nya bestämmelsen i artikel 2c som stadgar att införandet av preklusionsfrister är frivilligt upp till medlemsstaterna. Direktiv 89/665/EEG är dock att anse som gällande men med de ändringar som tillfördes av direktiv 2007/66/EG. Direktiven är ämnade att tillförsäkra att upphandlingsdirektivet efterlevs och att överträdelse av bestämmelser kan rättas skyndsamt.<sup>25</sup> Det finns enligt EU-rätten således inget hinder mot att införa nationella bestämmelser om preklusion.

---

<sup>24</sup> 13 kap. 11 § PBL

<sup>25</sup> Skältexten till direktiv 89/665/EEG

## 3.2.2 Domstolspraxis i EU

### 3.2.2.1 Hur resonerar EU-domstolen kring effektiviteten i överprövningsförfarandet

Frågan om en effektivare överprövningsprocess har under en längre tid varit föremål för både ett antal mål i EU-domstolen och även direktiv 89/665/EEG med tillhörande ändringsdirektivet direktiv 2007/66/EG.

De frågor som varit mest diskuterade är dels frågor om preklusionsfrister och talerätt, dels det skaderekvisit som återfinns i artikel 1.3.

#### Preklusion och talerätt

I bland annat målen *Universale Bau* och *Grossman Air Service* har EU-domstolen menat att ett uppnående av målen i direktiv 89/665/EEG skulle äventyras om en anbudsgivare tillåts överklaga en upphandling oavsett i vilket skede som det sker i.<sup>26</sup> Det är främst det skyndsamhet- och effektivitetsmål som återfinns i direktiv 89/665/EEG som EU-domstolen inte anser uppfyllda om denna möjlighet finns. Här kan det noteras att det i Sverige inte finns några lagregler som hindrar en anbudsgivare från att överklaga i något stadie av upphandlingen

Den främsta anledningen till EU-domstolens inställning är av allt att döma att det anses för riskfyllt för upphandlingars effektivitet och skyndsamhet att hela upphandlingar kan behöva göras om, även när de fortskridit till senare stadier. Av EU-domstolens tidigare fall framgår det dock att preklusionsfristen inte får vara så pass absolut att det är tillåtligt att avfärda alla ansökningar om överprövningar som inkommer efter preklusionsfristen. Istället måste det finnas möjligheter att väcka talan oavsett om överträdelser upptäcks först efter att preklusionsfristen har utgått. Detta framgår av mål C-241/06 *Lämmerzahl* där det sägs att en nationell preklusionsfrist inte får leda till att

---

<sup>26</sup> Mål C-470/99, *Universale Bau* p.75, Mål C-230/02 *Grossman Air Service* p. 37–39

det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva sina rättigheter enligt gemenskapsrätten.<sup>27</sup>

### Preklusion och skaderekvisitet

Utöver preklusionsfrister har även skadebegreppet i artikel 1.3 direktiv 89/665 varit föremål för tolkning av EU-domstolen. Jörgen Hettne menar, i sin artikel *Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen – om frånvaron av preklusionsregler i LOU*, att EU-domstolens resonemang i dessa typer av mål har gett upphov till en skyldighet för anbudsgivare att inte i onödan förlänga upphandlingsförfarandet.<sup>28</sup> Rätten för anbudsgivare att klaga måste således vägas mot det allmänna intresset av en skyndsam och effektiv upphandling, något som han menar ligger i linje med allmänna skaderättsliga principer om aktsamhet och skyldighet att begränsa sin egna skada.<sup>29</sup> Artikel 1.3 direktiv 89/665 innehåller ett skaderekvisit för de anbudsgivare som vill få till en prövning av en överträdelse inom en upphandling. Skaderekvisitet innebär att endast de som kan anses ha lidit skada eller riskerar att lida skada har en rättighet att göra gällande en överträdelse. Något som bekräftas i mål C-230/02 *Grossman Air Service*.<sup>30</sup> Detta innebär enligt Jörgen Hettne att skadeståndsrättsliga principer har relevans vid tolkningen alla bestämmelser av direktiv 89/665/EEG inte bara de som rör skadestånd.<sup>31</sup>

Artikeln menar att en tydlig tendens till ”Europeisering” av skadeståndsansvaret inom EU:s upphandlingsrätt kan noteras. Det anförs även att EU-domstolen uttryckt att det inte föreligger några principiella skillnader mellan medlemsländernas allmänna skadeståndsrättsliga ansvar för överträdelser av EU-rätten och den specifika skadeståndsskyldighet som kommer till uttryck i direktiv 89/665/EEG.<sup>32</sup> Detta är relevant då EU har fastställt begränsningar i skadeståndsskyldigheten. Det gemensamma för dessa begränsningar är enligt artikeln att de ger uttryck för principer som

---

<sup>27</sup> Mål C-241/06, *Lämmerzahl* p. 52

<sup>28</sup> Hettne, UrT 2016:3 s. 208–209

<sup>29</sup> Hettne, UrT 2016:3 s. 209

<sup>30</sup> Mål C-230/02 *Grossman Air Service* p. 25–26

<sup>31</sup> Hettne, UrT 2016:3 s. 209

<sup>32</sup> Hettne, UrT 2016:3 s. 209

delas av medlemsländerna vilket gör att de får anses vara förenliga med både likvärdighets- och effektivitetsprincipen.<sup>33</sup> Enligt denna begränsning får en nationell domstol för att fastställa en ersättningsgill skada beakta om den skadelidande ”har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande”.<sup>34</sup> Denna begränsning går även att finna inom den svenska skadeståndsrätten.<sup>35</sup>

Artikelns slutsats utmynnade i att med hänsyn till den praxis som utvecklats inom EU-rätten så fanns det inget hinder för de svenska domstolarna att i den skadeprövning som sker i överprövningsmål ta hänsyn till om anbudsgivarna påtalat fel och brister för myndigheterna innan tilldelningsbeslutet i upphandlingen. Utöver detta menas det att det inte skulle vara direktivkonformt att inte kontrollera om en anbudsgivare visat normal omsorg för att uppnå de skyndsamhets- och effektivitetsmål som uppställs i rättsmedelsdirektiven.<sup>36</sup>

### 3.2.2.2 eVigilo

EU-domstolens resonemang kring skaderekvisitet är för denna uppsats av central betydelse. Således ska målet *eVigilo* behandlas då målet ger en bra förståelse av EU-domstolens syn i frågan och hur frågan behandlades i målet.

Målet gällde en litauisk upphandlande myndighet som 2010 offentliggjorde en öppen anbudsinfordran kallad ”Inköp av ett system för att varna och informera allmänheten med hjälp av anbudsgivarnas nätverk för allmän mobiltelefoni”. Den 4 november 2010 meddelade den upphandlande myndigheten anbudsgivarna om resultatet av utvärderingen. Företaget *eVigilo* överklagade denna upphandling som till slut hamnade i EU-domstolen.

---

<sup>33</sup> Hettne, UrT 2016:3 s. 209

<sup>34</sup> Mål C-46/93, *Brasserie du Pêcheur*, p. 84

<sup>35</sup> Se RH 2010:48

<sup>36</sup> Hettne, UrT 2016:3 s. 214

Tre frågor ställdes till domstolen men för denna framställning är endast domstolens resonemang kring den första frågan, c) relevant. Frågan kretsade kring om det fanns en rätt att väcka talan angående en upphandlingslagenlighet, även efter att den nationella tidsfristen för att inkomma med denna talan hade passerat, för en anbudsgivare som kunnat förstå villkoren först vid den tidpunkt den upphandlande myndigheten lämnat uttömmande information om skälen för sitt beslut.

Domstolen konstaterar först av allt att artikel 1.1 tredje stycket i direktiv 89/665/EEG är ämnad att skydda anbudsgivare från upphandlande myndigheters godtycke samt för att förstärka befintliga åtgärder för att säkerställa en effektiv tillämpning av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.<sup>37</sup> Detta menar EU-domstolen gäller särskilt på det stadium då överträdelse fortfarande kan rättas till. De konstaterar även att nationella preklusionsfrister enligt praxis är tillåtna samt att ett fullständigt uppnående av effektivitetsmålen i direktiv 89/665/EEG skulle äventyras om anbudsgivare tilläts åberopa överträdelse av reglerna i varje skede av upphandlingen.<sup>38</sup>

EU-domstolen anför även att det är först när en anbudsgivare får kännedom eller borde fått kännedom om en överträdelse i upphandlingsprocessen som en preklusionsfrist görs gällande. Det är dock upp till de nationella domstolarna att avgöra om en anbudsgivare förstått eller borde ha förstått de tilldelningskriterier som var uppställda. Utgångspunkten för denna bedömning sägs vara hur en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare hade uppfattat situationen. I denna bedömning sägs det att den nationella domstolen ska beakta om anbudsgivaren och övriga anbudsgivare kunde lämna anbud och att den aktuella anbudsgivaren inte begärt förtydliganden från den upphandlande myndigheten.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Mål C-538/13, *eVigilo* p. 50 (*eVigilo*)

<sup>38</sup> *eVigilo* p. 51

<sup>39</sup> *eVigilo* p. 55–56



Således besvarades frågan med att en anbudsgivare kan väcka talan även efter en utgången tidsfrist förutsatt att anbudsgivaren varit rimligt informerad och normalt omsorgsfull om anbudsgivaren först efter att den upphandlande myndigheten lämnat uttömmande information om skälen för sitt beslut kunnat förstå villkoren.

### **3.2.3 Slutsats och riktningen framåt**

EU-domstolen har både i rättsmedelsdirektiven och de mål som behandlats uttryckt sig klart i frågan om preklusionsfrister och effektiviteten av offentliga upphandlingar. Preklusionsfrister är inte ett krav för att uppfylla målen i rättsmedelsdirektivet men det anses inte hållbart att överprövningar tillåts i alla skeden av en upphandling. Främst bör detta bero på tids- och kostnadsineffektivitet som inverkar negativt på medlemsstaternas skattebetalare. Med hänsyn till detta verkar det som det krävs eller i alla fall uppmuntras till att länder som inte har lagstadgade preklusionsfrister i alla fall agerar för att effektivisera överprövningsförfarandet på något sätt. Skaderekvisitet i direktiv 89/665/EEG verkar, enligt EU-domstolens och Jörgen Hettnes resonemang kring det, kunna utgöra ett sätt att effektivisera överprövningsprocessen utan användningen av renodlade preklusionsfrister. Något som i nedan behandlade HFD ref. 4 I och II blir uppenbart när samma typ av resonemang används tillsammans med *eVigilo*.

## **3.3 Sveriges inställning till preklusionsfrister**

### **3.3.1 Utredningen om en effektivare**

## överprövning

Det huvudsakliga uppdraget för SOU 2015:12 var att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen samt se över fristerna för att ansöka om upphandlingsskadeavgift och skadestånd. Med anledning av detta behandlades frågan om preklusionsfrister skulle införas eller ej genom att analysera frågan om en preklusionsfrist borde införas i upphandlingslagstiftningen.<sup>40</sup>

Med preklusionsfrist menas, enligt utredningen, att vissa av de inledande delarna av en upphandling endast får överprövas inom en viss tid. Ett exempel som gavs i utredningen var ett förbud mot invändningar mot utformningen av förfrågningsunderlaget efter att anbudstiden har löpt ut.

Anledningen till analysen kring preklusionsfrist var att de överprövningar som inkommer under ett senare skede av upphandlingen som hänför sig till antingen uppfattade brister i det inledande konkurrensuppsökande ledet och anbudsutvärderingen ofta resulterar till omfattande prövningar för både den handläggande domstolen och parterna i målet. Dessa prövningar resulterar till längre handläggningstider och högre kostnader för den upphandlande myndigheten om överprövningen bifalls och upphandlingen måste göras om. De längre handläggningstiderna och ökade kostnaderna skulle kunna motverkas om felen istället uppmärksammats och rättats tidigare.

### 3.3.2 Utredningens bedömning

En preklusionsfrist skulle syfta till att påskynda upphandlingsprocessen i de fall överprövning sker då det skulle innebära att leverantörer som inte inkommit med invändningar mot beslut i tidigare skeden i upphandlingsprocessen inte skulle kunna inkomma med dem i ett senare skede.

---

<sup>40</sup> SOU 2015:12 s. 33

Utredningen behandlade frågor kring införandet av en preklusionsfrist bland annat om Sverige skulle uppnå skyndsamhets- och effektivitetsprincipen så som stadgad i direktiv 89/665/EEG om en preklusionsfrist skulle införas.<sup>41</sup> Slutsatsen av bedömningen var att det inte inom EU-rätten fanns något hinder mot att införa en preklusionsfrist. Detta förutsatte dock att preklusionsfristen inte skulle resultera till att det skulle bli omöjligt eller göra det orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter.<sup>42</sup> Utredningen anförde vidare att medlemsstater enligt EU-praxis kan införa tidsfrister som innebär att leverantörer blir skyldiga att inkomma med invändningar mot preliminära beslut så snart som möjligt för att uppfylla de skyndsamhetsmål som ställs i direktiv 89/665/EEG.

Det undersöktes även om Sverige med sin nuvarande lagstiftning och praxis upplevde de mål om skyndsamhet och effektivitet som direktiv 89/665/EEG kräver. Med hänsyn till att leverantörer under hela upphandlingsprocessen kunde ansöka om överprövningen ansåg utredningen att detta kunde innebära att ett fullständigt uppnående av direktivet kunde äventyras. Detta då processen för överprövade upphandlingar kan bli lång och vid en bifallen överprövning leda till att hela upphandlingsprocessen behöver göras om oavsett i vilket skede som den befinner sig i när ansökan om överprövning sker.<sup>43</sup> Utredningen anför att en renodlad preklusionsfrist skulle kunna leda till att Sverige bättre uppnår målen men medger även att det inte utifrån EU-rättslig praxis går att utläsa om en sådan preklusionsfrist är obligatorisk eller ej.<sup>44</sup>

Praxis från HFD granskades även för att utröna om den praxis som utvecklats i Sverige har lett till att direktiv 89/665/EEG bättre uppnås. Med hänsyn till praxisen om att det är leverantörerna som måste visa på vilket sätt som brister i upphandlingsförfarandet har orsakat dem skada eller risk för skada menar utredning att målen till viss del uppnås. Utredningen menar att

---

<sup>41</sup> Direktiv 89/665/EEG art. 1.1

<sup>42</sup> SOU 2015:12 s. 144

<sup>43</sup> SOU 2015:12 s. 147

<sup>44</sup> SOU 2015:12 s. 147

skadeprövningen, genom praxisen, effektiviseras då domstolen inte behöver gå vidare till prövning om leverantören inte kan visa på att en skada eller risk för skada har uppstått. Samtidigt anses det att praxisen inte leder till att leverantörerna så snabbt som möjligt måste agera mot preliminära beslut eller förberedande handlingar inom ramen för upphandlingsförfarandet.<sup>45</sup> Det sägs även att, med hänsyn till HFD:s praxis, att en preklusionsfrist skulle innebära att Sverige bättre uppnår målen i direktiv 89/665/EEG.<sup>46</sup>

Utredningen anför dock att en preklusionsfrist bör ge utrymme för möjligheten att överpröva inledande moment av upphandlingen även efter tilldelningsbeslutet om felaktigheter visar sig först efter tilldelningsbeslutet. Detta anses behövligt med hänsyn till den EU-rättsliga effektivitetsprincipen som ställer krav på att nationella preklusionsfrister inte får innebära att det blir omöjligt eller orimligt svårt att överpröva beslut.<sup>47</sup> Detta skulle även lösa den främsta invändningen mot en preklusionsfrist som brukar anföras.

Ytterligare argument mot att införa en preklusionsfrist anses vara en farhåga för att det skulle innebära att fler ansökningar om överprövningar inkommer ”för säkerhets skull” för att leverantörer vill begränsa sin skada vid en eventuell skadeståndsprövning. Utredningen menar dock att syftet med en preklusionsfrist inte är att minska eller hålla nere antalet överprövningsmål, utan endast att påskynda upphandlingsprocessen.<sup>48</sup> Utöver detta menas det att det genom en preklusionsfrist skulle finnas en risk för att bristfälliga upphandlingsförfaranden tillåts fortgå utan möjlighet att korrigera bristerna, något som riskerar att strida mot de EU-rättsliga upphandlingsreglerna. EU-domstolen har dock i flertalet mål anført att preklusionsfrister är tillåtliga för att tillse att skyndsamhetsmålet uppfylls.<sup>49</sup> Det anses även finnas en risk för att leverantörer drar sig för att överpröva då de inte vill framstå som besvärliga.

---

<sup>45</sup> SOU 2015:12 s. 149 f.

<sup>46</sup> SOU 2015:12 s. 151

<sup>47</sup> SOU 2015:12 s. 152

<sup>48</sup> SOU 2015:12 s. 152

<sup>49</sup> SOU 2015:12 s. 152

Utredningens slutsats kring frågan om en renodlad preklusionsfrist borde införas var nekande. Detta motiverades främst med att skälen som lagts fram mot en preklusionsfrist var så pass starka trots motargumenten att en renodlad preklusionsfrist inte kunde anses vara motiverad.<sup>50</sup>

### 3.3.3 Utredningens förslag

Utredningen avslutade inte sin undersökning av preklusionsfrister inom offentlig upphandling med konstaterandet att en renodlad preklusionsfrist inte borde införas. Istället för en renodlad preklusionsfrist menades det i utredningen att en annat alternativ borde införas, ”Mellanvägen”.

Mellanvägen var ämnad att, utan att införa en renodlad preklusionsfrist, öka processens skyndsamhet genom att ge leverantörer ett incitament till att försöka begränsa sin skada. Detta föreslogs skulle uppnås genom att införa en regel som skulle innebära en påtalandeskyldighet för brister som den upphandlande myndigheten kunde gjorts uppmärksamma på tidigare.<sup>51</sup> Denna påtalandeskyldighet skulle i så fall gälla gentemot den upphandlande myndigheten och inte domstolen, även om alternativet att påtala bristen eller felaktigheten för domstolen istället för den upphandlande myndigheten skulle finnas.

Leverantörernas påtalandeskyldighet skulle enligt regeln omfatta alla de beslut och åtgärder som den upphandlande myndigheten tagit under den första hälften av anbudstiden. De brister eller fel som regeln hänför sig till ska vara i det konkurrensuppsökande skedet, således ska även brister och fel som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet men som först gjorts efter halva anbudstiden förlöpt inte anses prekluderade, det skulle i så fall kunna röra sig om felaktigheter i myndighetens uttalanden under ”frågor och

---

<sup>50</sup> SOU 2015:12 s. 153

<sup>51</sup> SOU 2015:12 s. 154

svar”. Utöver detta ska fel som upptäcks alltid kunna anmärkas till myndigheten inom tio dagar från och med dagen felet upptäcktes.

### 3.3.4 Preklusion i svensk lagstiftning

Den ovan berörda SOU 2015:12 gav upphov till prop. 2021/22:120 *En effektivare överprövning av offentlig upphandling*.<sup>52</sup> Ytterligare utredningar ligger även till grund för propositionen men då dessa inte behandlar frågan om preklusionsfrister kommer de delar av propositionen som hänför sig till dessa inte behandlas. Det är således endast de delar av propositionen som berör frågan om preklusionsfrister som kommer att behandlas.

Enligt propositionen bör en preklusionsfrist som innebär att det införs en skyldighet för leverantörer att påtala brister och fel i anbudsunderlaget under anbudstiden inte införas. Detta går emot det förslag som gavs i utredningen.<sup>53</sup>

I propositionen medges det att en sådan lösning skulle uppmuntra en ökad dialog mellan leverantörer och den upphandlande myndigheten. Något som förutspås leda till att brister och fel korrigeras redan under anbudstiden och således minska leverantörers behov av att ansöka om överprövning i senare skeden. Det antas även att förslaget skulle leda till större förutsägbarhet för de upphandlande myndigheterna avseende vilka frågor som kan komma att bli föremål för en möjlig överprövning.<sup>54</sup>

I utkastet för lagrådsremissen för propositionen anförs det dock att förslaget skulle kunna bli betungande för leverantörerna, särskilt för de mindre resursstarka. Detta då förslaget från SOU 2015:12 skulle innebära att leverantörer måste lägga tid och resurser på att granska anbudsunderlaget för felaktigheter som möjligen måste påtalas samtidigt som de förbereder sitt

---

<sup>52</sup> Prop. 2021/22:120 s. 19

<sup>53</sup> Prop. 2021/22:120 s. 38

<sup>54</sup> Prop. 2021/22:120 s. 40

anbud. Detta förutspås kunna leda till att färre leverantörer väljer att delta i upphandlingen med resultatet att upphandlingar kan bli dyrare.<sup>55</sup>

Utöver detta anses det att brister och fel kan framkomma först efter att tilldelningsbeslutet har skett. Det medges att den alternativa tiodagarsfristen som i SOU 2015:12 föreslås skulle teoretiskt sett vara möjlig att återropa i dessa fall men det anses att det skulle ställa höga krav på leverantörers rättsliga argumentationsförmåga.<sup>56</sup>

Regeringen menar dock i propositionen att behovet av en sådan preklusionsfrist som beskrivs i SOU 2015:12 i samband med HFD ref. 4 I och II framstår som mindre angeläget.<sup>57</sup>

### 3.3.5 Slutsats

I både utredningen och propositionen är man kritiska till införandet av en renodlad preklusionsfrist. Det vill säga att leverantörer har till en viss tid på sig att överpröva upphandlingen. Detta trots att man konstaterat att EU-domstolen inte anser att ett förfarande där leverantörer kan överpröva i alla skeden inte uppfyller effektivitets- och skyndsamhetsmålen i rättsmedelsdirektiven. I utredningen framför man istället ett alternativ till en renodlad preklusionsfrist den så kallade ”mellanvägen” som innebär att en slags påtalandeskyldighet införs. I propositionen anses det dock att denna lösning inte är önskvärd heller. Bland annat anförs HFD 2022 ref. 4 I och II, som nedan kommer behandlas, som en av anledningarna till att det inte anses behövligt att en påtalandeskyldighet införs. Detta talar för att det anses att den praxis som uppkommit genom HFD 2022 ref. 4 I och II anses vara tillräcklig för att effektivisera överprövningsförfarandet på det sätt som eftersträvas

---

<sup>55</sup> Utkast till lagrådsremiss 29-12-2020 *En effektivare överprövning av offentliga utredningar* s. 40

<sup>56</sup> Prop. 2021/22:120 s. 40

<sup>57</sup> Prop. 2021/22:120 s. 40 f.

både i rättsmedelsdirektiven och i SOU 2015:12 eller i alla fall tillräckligt mycket för att ett införande av preklusionsfrist anses vara obehövt.



## 4 Har svensk rätt en preklusionsfrist?

I detta avsnitt kommer de två målen som behandlades i HFD 2022 ref. 4 I och II undersökas. Syftet med avsnittet är att ge en överblick över fallen som gav upphov till den nya praxisen samt att redogöra för vilka resonemang som HFD använde sig av samt att undersöka vad praxisen kan komma att innebära, omfattas av och hur den kan komma användas.

### 4.1 AB Golv & Tak

HFD 2022 ref. 4 I avsåg en överprövning av en upphandling avseende ett ramavtal. Det av Västerås stad ägda bostadsföretaget Mimer hade genomfört en upphandling av ramavtal avseende golvarbeten. I upphandlingen hade bolaget AB Golv & Tak rangordnats på andra plats. Avropen från ramavtalet skulle ske dels i enlighet med rangordningen, dels, om avropet översteg ett visst belopp, genom förnyad konkurrensutsättning där de antagna ramavtalsleverantörerna bjöds in att komma med nya anbud.

I upphandlingsdokumentet angavs dock endast en ungefärlig volym per år för Mimer och således saknades ett takbelopp för ramavtalet. Av gällande EU-praxis strider denna avsaknad av takbelopp för ramavtalet mot öppenhetsprincipen.<sup>58</sup> Med hänsyn till detta överprövade AB Golv & Tak upphandlingen då de menade att upphandlingen gått till fel då takvolymen inte angetts och att de på grund av detta lidit skada då de skulle kunnat inkommit med ett bättre anbud om då de bättre hade kunnat planera och resursallokera om de hade haft informationen om takvolymen.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Se Mål C-2016/17, *Coopservice-domen*

<sup>59</sup> HFD 2022 ref. 4 I p. 5

Förvaltningsrätten biföll AB Golv & Taks talan och i Kammarrätten avslogs Mimers överklagan. Detta främst med resonemanget att Golv & Tak AB hade lidit en skada eller skulle kunna komma att lida en skada i och med den uteblivna takvolymen. Således skulle upphandlingen göras om i enlighet med Kap. 20 § 6 LOU.

I Högsta Förvaltningsdomstolen biföll man dock Mimers yrkande om att avslå överprövningen. HFD likt både Förvaltningsrätten och Kammarrätten ansåg att takvolymens avsaknad i ramavtalet innebar ett fel i upphandlingen som stred mot upphandlingslagstiftningen.<sup>60</sup> HFD gjorde dock en annan bedömning avseende skadeprövningen som krävs för att Kap. 20 § 6 LOU ska bli aktuell.

HFD anförde för det första att den part som påstår att de har lidit en skada eller kan komma att lida en skada som har att visa detta. Skadan eller det sätt som leverantören kan komma att lida skada på ska vara konkretiserad och ska tydligt kunna beskrivas av leverantören. Av domstolens resonemang verkar det som de anser att beskrivningen av skadan var relativt allmän men inte så pass att den helt skulle avvisas.

För det andra menade de att AB Golv & Tak inte hade gjort det som kan krävas av dem, som leverantör, för att avvärja skadan. HFD menade att då AB Golv & Tak inte hade påtalat bristen kunde de inte mena att bristen i underlaget hade inneburit en skada för dem. Till stöd för denna uppfattning om skadeprövningen hänvisade HFD till EU-domen *eVigolo*, som ovan behandlats.<sup>61</sup>

Således menade HFD att trots att brister i underlaget förelåg hade AB Golv & Tak inte visat att de lidit någon skada i upphandlingen och således skulle överprövningen avslås.

---

<sup>60</sup> HFD 2022 ref. 4 I p. 20

<sup>61</sup> HFD 2022 ref. 4 I p. 25

## 4.2 Dokumentismen i Umeå AB

Även HFD 2022 ref. 4 II avsåg ett ramavtal. Örnsköldsviks kommun, Stiftelsen Gideågården samt ett antal kommunala bolag genomförde en upphandling avseende ett ramavtal benämnd ”Utskrifttjänst som funktion”. Ramavtalet avsåg kommunens m.fl. behov av utskrifter, kopiering och skanning. Likt det föregående målet fanns ingen takvolym i upphandlingsdokumenten utan endast historiska volymer och uppskattningar av framtida volymer. Som sagt ovan strider detta mot EU-praxis.

I upphandlingen hade bolaget Dokumentismen i Umeå AB lämnat ett anbud men inte antagits som leverantör för tjänsten. Med anledning av detta överklagade bolaget upphandlingen avseende den bristen av takvolym i upphandlingsdokumenten. Bolaget menade likt AB Golv & Tak att om takvolym funnits hade de gjort en annan kalkyl och lämnat ett annorlunda pris.<sup>62</sup> Bolaget menade således att de lidit skada eller skulle kunna komma att lida skada.

Förvaltningsrätten avslog ansökan och menade att den upphandlande myndigheten genom de historiska volymerna och uppskattningarna av framtida volymer hade gjort tillräckligt klart för leverantörerna vilka volymer som kunde förväntas. Således menade förvaltningsrätten att leverantörerna fått tillräckligt med information för att kunna lämna in ett konkurrenskraftigt anbud. Domen överklagades till kammarrätten i Sundsvall som även där avslog överklagandet. Kammarrätten menade dock att fel hade begåtts i upphandlingen med hänsyn till bristen av takvolym. De ansåg dock inte att Dokumentismen hade lidit skada med hänsyn till att de inte ansåg att bristen medfört att Dokumentismen inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

---

<sup>62</sup> HFD 2022 ref. 4 II p. 5

Även i HFD avslogs överklagandet. HFD konstaterade likt kammarrätten att fel hade begåtts i och med avsaknaden av takvolym i upphandlingsdokumenten. Dock anfördes de samma resonemang kring skadeprovningen som i HFD 2022 ref. 4 I.<sup>63</sup> Det ansågs nämligen att Dokumentismen under anbudstiden hade kunnat begära ett förtydligande från den upphandlande myndigheten men istället valde att lämna ett anbud som tog höjd för uppskattningen som myndigheten lämnat i upphandlingsdokumenten. Det menades således att Dokumentismen inte visat att de lidit skada eller riskerade att lida skada genom att inte ha kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud.<sup>64</sup> Således ansågs det inte att en överprovning enligt 20 kap. 6 § LOU kunde bifallas.

## 4.3 Analys och Slutsats

### 4.3.1 Avgörandets framtida användning

I båda målen, AB Golv & Tak och Dokumentismen i Umeå AB, kan man se hur HFD framförallt tagit hänsyn till EU-domstolens resonemang i *eVigilo* som i båda målen refererats till i resonemanget kring skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU. Ett skaderekvisit som inte anses uppfyllt om leverantören inte påtalat fel i anbudsunderlaget innan anbudstidens utgång. En utgång som överensstämmer med Jörgen Hettnes resonemang kring skaderekvisitet i EU-rätten. Med hänsyn till detta är det min mening att praxisens användning, med största sannolikhet, kommer att präglas av EU-domstolens resonemang kring effektivitet och skyndsamhet i överprövningsprocessen. Resultatet av detta bör vara att majoriteten av, om inte alla, de brister och fel i anbudsunderlag måste påtalas innan anbudstidens slut. Detta skulle överensstämma med EU-domstolens inställning till att leverantörers rätt till överprovning måste balanseras med intresset av en skyndsam och effektiv upphandlingsprocess. Fel och brister i anbudsunderlaget som inte upptäckts, och inte heller borde

---

<sup>63</sup> HFD 2022 ref. 4 II p. 24

<sup>64</sup> HFD 2022 ref. 4 II p. 26-27

ha upptäckts, innan anbudstidens slut bör dock inte påverkas av HFD:s avgörande i målet. Skaderekvisitet bör med bakgrund till EU-domstolens resonemang i *eVigilo* fortsättningsvis kunna anses uppfyllt i dessa fall. Bedömningen av vilka fel som inte anses vara möjliga att upptäcka innan anbudstidens slut och vad som utgör en normalt omsorgsfull och aktsam leverantör är dock frågor som får bedömas av nationella domstolar i framtiden.

### **4.3.2 Förhållandet till tidigare förslag**

Praxisen från HFD 2022 ref.4 I och II skiljer sig som sagt från den typ av renodlad preklusionsfrist som det talas om i SOU 2015:12 och Prop. 2021/22:120. Det finns således ingen tidsfrist för när en ansökan om överprövning måste inkomma. Den är dock slående lik det i SOU 2015:12 föreslagna alternativet till preklusionsfrist vilket innebär det genom denna praxis uppkommit en slags påtalandeskyldighet. Tillskillnad från det alternativa förslaget är dock den nya praxisen mindre begränsande, till exempel är fristen för att inkomma med påtalanden inte halva anbudstiden utan gäller till anbudstiden har utgått. Men likt förslaget så kan brister och fel påtalas till den upphandlande myndigheten och behöver inte till domstolen. Man kan, enligt min mening, tydligt se hur förslaget från utredningen är inspirerat från fallet *eVigilo* även om det inte nämns i utredningen.

### **4.3.3 De facto preklusionsfrist**

Praxisen skiljer sig från en renodlad preklusionsfrist, som diskuterats i SOU 2015:12, på det sättet att det inte är tiden för att inkomma med en överprövningsansökan som är i fokus utan om anbudsgivarna hade möjlighet att begränsa sin skada genom att påtala felen. Påtalandena måste ha inkommit innan anbudstiden löpt ut för att det ska anses att anbudsgivarna har gjort det som kan begäras av dem för att begränsa sin skada men detta har snarare med

att det den skada som en anbudsgivare kan säga sig ha lidit eller riskerar att lida först kan uppkomma efter att anbudstiden har löpt ut och ett tilldelningsbeslut har meddelats. Det blir således inte en tidsfrist för att väcka talan utan en tidsfrist för att påtala fel och brister, som kan leda till en överprövning, för den upphandlande myndigheten. Preklusion brukar i allmänna ordalag betyda att en rättighet fråntas eller i processuella sammanhang att man förlorar möjligheten att anropa nytt processmaterial. Enligt mig är det således rimligt att anse att praxisen de facto utgör en preklusionsfrist likt den som går att finna i 13 kap. 11 § PBL. Detta då en leverantör i realiteten förlorar möjligheten att vinna framgång i en överprövning om denne inte agerar genom att påtala brister i anbudsunderlag. Detta stöds även av regeringens resonemang i prop. 2021/22:120 i vilken det sägs att en renodlad preklusionsfrist inte anses behövlig med hänsyn till HFD 2022 ref. 4 I och II.

## 5 Avslutande kommentarer

Min mening med framställningen är att visa att frågan om preklusionsfrist varit utförligt behandlad både på nationell och EU-nivå innan HFD 2022 ref. 4 I och II. Genom HFD:s dom kan man dock säga att domstolen agerade innan regeringen i frågan och av prop. 2021/22:120 att döma verkar det som regeringen inte har någon avsikt att införa någon lagstadgad preklusionsfrist utan är nöjda med den praxis som utvecklats. Något som med hänsyn till min tolkning av HFD ref. 4 I och II innebär att man kan tala om att en de facto preklusionsfrist införts. Praxisen är fortfarande ny och kommer med största sannolikhet utvecklas inom framtiden.

Det är inte heller klart om denna de facto preklusionsfrist kommer få den avsedda effekten att minska handläggningstiderna utan detta är något som framtiden får utvisa. Med största sannolikhet bör dock praxisen leda till att leverantörer i större utsträckning påtalar de fel och brister som de hittar i upphandlingsdokumenten då detta nu verkar vara en förutsättning för en framgångsrik överprövning. Detta bör i bästa fall kunna leda till mer dialog mellan upphandlande myndigheter och leverantörer och en minskning av antalet överprövningar som resultat.

# Käll- och litteraturförteckning

## Källor

### Tryckta källor

#### *Propositioner*

Prop. 2021/22:120 En effektivare överprövning av offentlig upphandling

#### *Statens offentliga utredningar*

SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.

#### *Annat tryck*

Konkurrensverket, Rapportserie 2020:5, *Statistik om offentlig upphandling*

Utkast till Lagrådsremiss 29-12-2020, *En effektivare överprövning av offentlig upphandling*

## Litteratur

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel, Olsson, Erik, Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, Jure. (cit: Asplund, m.fl.)

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2011, Nordstedts Juridik. (cit. Hettne m.fl)

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod. I: Juridisk metodlära (Korling, Fredric och Zamboni, Mauro red.), första upplagan, 2013, Studentlitteratur. (cit: Kleineman)

Lindahl Toftegaard, Eva, Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen, 2018, Studentlitteratur. (cit. Lindahl Toftegaard)

## Tidskrifter

Hettne, Jörgen, Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen – om frånvaron av preklusionsregler i LOU, UrT 2016:3, s. 201–214. (cit. Hettne, UrT 2016:3)

Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 1-10. (cit: Jareborg, SvJT 2004)

Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004, s. 105-145. (cit: Olsen, SvJT 2004)



# Rättsfallsförteckning

## HFD

HFD 2022 ref. 4 I och 2

## Övriga domstolar

RH 2010:48

## EU-domstolen

Mål C-46/93 Brasserie du Pêcheur, domstolens dom den 5 mars 1996.  
Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen  
mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.  
ECLI:EU:C:1996:79

Mål C-470/99 Universale-Bau m.fl., Domstolens dom (sjätte avdelningen)  
den 12 december 2002. Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft:  
1. Hinteregger & Söhne Bauges.mBH Salzburg, 2. ÖSTU-STETTIN  
Hochund Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH.  
ECLI:EU:C:2002:746.

Mål C-230/02 Grossmann Air, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 12  
februari 2004. Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GbmH  
& Co. KG mot Republiken Österrike. ECLI:EU:C:2004:93

Mål C-241/06 Lämmerzahl, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 11  
oktober 2007. Lämmerzahl GmbH mot Freie Hansestadt Bremen.  
ECLI:EU:C:2007:597.

Mål C-538/13 eVigilo Ltd, Domstolens dom (femte avdelningen) den 12  
mars 2015. eVigilo mot Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas  
prie Vidaus reikalų ministerijos, med stöd av NT Service UAB, HNITBaltic  
UAB. ECLI:EU:C:2015:166.

Mål C-216/17 Coopservice, Domstolens dom (åttonde avdelningen) den 19  
december 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato -  
Antitrust och Coopservice Soc. coop. arl mot Azienda Socio-Sanitaria  
Territoriale della Vallecamonica - Sebino (ASST) m.fl.  
ECLI:EU:C:2018:1034