



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Julia Ferdinandsson

Det skadar inte att ställa frågor
Om överprövningsprocessen i upphandlingsmål
i ljuset av påtalandeskyldigheten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin: HT 2023

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord.....	6
Förkortningar	7
1 Inledning	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar.....	9
1.3 Avgränsning	10
1.4 Metod och material.....	11
1.4.1 Rättsdogmatisk metod.....	11
1.4.2 EU-rättslig inverkan.....	14
1.4.3 Urval av rättsfall	16
1.5 Forskningsläge.....	16
1.6 Disposition.....	17
2 Rättslig bakgrund.....	19
2.1 Grundläggande principer för offentlig upphandling.....	19
2.2 Utformning av upphandlingsdokument och anbudsutvärdering.....	22
3 Överprövningsprocessen i upphandlingsmål.....	25
3.1 Möjligheten att begära överprövning	25
3.1.1 Överprövningsförfarandet i förhållande till rätts säkerhet	25
3.1.2 Överprövningsförfarandet i förhållande till effektivitet	26
3.1.3 Särskilt om den svenska överprövningsprocessen.....	27
3.2 Talerätt.....	29
3.3 Förutsättningar för ingripande.....	31
3.4 Skyldigheten att begränsa skadan.....	32
3.5 Processramen i upphandlingsmål	33
3.5.1 Leverantörens åberopsbörda och domstolens utredningsansvar	33
3.5.2 Tidsfrister m.m.....	36
3.6 Reflektioner kring skadebedömningen och överprövningsprocessen i upphandlingsmål.....	39
3.6.1 Bör kretsen av talerätsberättigade göras snävare?.....	39
3.6.2 Är det möjligt att använda skaderekvisitet strategiskt? .	40
3.6.3 Är leverantörens åberopsbörda och bevisbörda proportionerlig?.....	42

3.6.4	Bör det finnas en avgift i upphandlingsmål?	43
3.6.5	Är tidsgränser i upphandlingsmål fördelaktigt?.....	44
4	Påtalandeskyldigheten	46
4.1	HFD 2022 ref. 4 I och II.....	46
4.1.1	Bakgrund i målen.....	46
4.1.2	Högsta förvaltningsdomstolens bedömning.....	47
4.2	Allmänt om påtalandeskyldigheten i relation till skaderekvisitet	48
4.3	Påtalandeskyldighetens genomslag i kammarrätt.....	49
4.3.1	Situationer där påtalandeskyldigheten <i>inte</i> ansetts vara uppfylld	49
4.3.2	Situationer där påtalandeskyldigheten ansetts vara uppfylld	53
4.4	Möjligheten att införa en påtalandeskyldighet i lagtext	56
4.5	Reflektioner kring påtalandeskyldigheten.....	58
4.5.1	Vilka omständigheter omfattas av påtalandeskyldigheten?	58
4.5.2	Vilka omständigheter omfattas <i>inte</i> av påtalandeskyldigheten?	62
4.5.3	Införa en påtalandeskyldighet i lagtext?	63
5	Avslutande kommentarer.....	65
	Källförteckning	67
	Rättsfallsförteckning	70

Summary

A tenderer who feels that the contracting authority has deviated from the specifications in the procurement documents and/or is in breach of the procurement legislation, has a vast opportunity to apply for a review procedure. However, during the last couple of years, several actions have been taken with the aim of making the Swedish review procedure more efficient and predictable. For instance, requirements to handle procurement cases expeditiously and time limits regarding the tenderer's opportunity to invoke new circumstances to its application for review, have been instituted.

In order for the tenderer to obtain approval to its application for review, the procurement impropriety must have caused or may cause the tenderer harm. In January 2022, in the judgement *HFD 2022 ref. 4 I and II*, the Supreme Administrative Court in Sweden stated that the tenderer has an obligation to present contingent complaints before submitting its tender. If a tenderer does not ask questions or requests clarifications regarding ambiguous requirements in the procurement documents before submitting its tender, the tenderer cannot obtain favourable judgement in a review procedure due to the ambiguities.

However, the distinction between what facts and situations must be presented before submitting the tender and what not, is diffuse. In this essay, several judicial decisions by administrative courts of appeal are being analysed with the aim of clarifying what conditions these courts consider constitutes the obligation to present complaints. Overall, in general conclusions, the obligation appears to cover all types of errors and ambiguities in the public procurement, unless it is undoubtedly that the procurement impropriety could not have been detected earlier nor have been eliminated even if being remarked before submitting the tender. This means that the tenderer should assume that the court will make a strict interpretation of the obligation to present complaints. Therefore, the tenderer should remark on *any* ambiguities being noted. This applies even if the ambiguity has already been remarked by another tenderer.

By expanding the requirements that a tenderer must fulfil to obtain approval to its application for review, the review procedure becomes more burdensome. An advanced review procedure affects a small tenderer greater than a large one, eventually leading to small tenderers choosing not to request to participate in procurements. This in turn could reduce the procurement competition, which would be contrary to the idea behind public procurement. Furthermore, it would increase the risk of not obtaining approval to the application for review as well as inadequate procurements not being reviewed by the court. Such development is incompatible with both the perspective of rule of law and the perspective of non-limiting competition. The thesis is mainly based on a legal dogmatic approach, supported by an EU legal method.

Sammanfattning

En leverantör som upplever att den upphandlande myndigheten har gjort avsteg från föreskrifterna i upphandlingsdokumenten och/eller från det upphandlingsrättsliga regelverket, har en vidsträckt möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen. Under de senaste åren har dock en rad åtgärder vidtagits i syfte att göra den svenska överprövningsprocessen mer effektiv och förutsebar. Bland annat har det införts krav på att upphandlingsmål ska hanteras skyndsamt samt tidsramar för vilken leverantören kan återöppna nya omständigheter till grund för sin talan.

För att en leverantör ska kunna få bifall till sin ansökan om överprövning av en upphandling fordras att det så kallade *skaderekvisitet* är uppfyllt. I januari 2022 meddelades HFD 2022 ref. 4 I och II, vilken innebar en ny tolkning av skaderekvisitet i upphandlingsmål. I avgörandet slog HFD fast att leverantörer har en *påtalandeskyldighet*. I korthet innebär påtalandeskyldigheten att en leverantör under anbudsstiden ska vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden avseende påstådda brister. Har leverantören inte påtalat eventuella brister kan denne inte anses lida skada av bristerna vid en senare överprövningsprocess.

Gränsen för vilka omständigheter och situationer som omfattas av påtalandeskyldigheten är emellertid diffus. I uppsatsen analyseras ett flertal kammarrättsavgöranden för att därigenom undersöka hur kammarrätter har tolkat påtalandeskyldigheten. Vid ett försök att dra generella slutsatser förefaller påtalandeskyldigheten, enligt kammarrättspraxis, omfatta alla typer av fel och brister, om det inte är *uppenbart* att bristen inte hade kunnat uppdagas tidigare eller att bristen inte hade kunnat undanröjas även om den hade påtalats under anbudsstiden. Det innebär att leverantören bör utgå från att domstolen gör en sträng tolkning av påtalandeskyldigheten och att leverantören därför torde dra fördel av att påtala *alla* eventuella otydligheter och fel som noteras under anbudsfasen. Det gäller även om felet eller otydligheten redan har påtalats av en annan leverantör.

En risk med att utöka de rekvisit som leverantörer har att beakta vid en överprövning är att överprövningsprocessen försvåras för leverantörerna. En mödosam överprövningsprocess slår hårdast mot små leverantörer och riskerar att på sikt leda till att små leverantörer väljer att helt avstå från att delta i offentliga upphandlingar. Det kan i sin tur minska konkurrensen vilket skulle strida mot grundtanken bakom offentlig upphandling. Vidare riskerar en försvårad överprövningsprocess dels att minska möjligheten att få bifall till sin ansökan om överprövning av en upphandling, dels att bristfälliga upphandlingar förblir oprövade av domstol. En sådan utveckling är problematisk såväl ur ett rättssäkerhetsperspektiv som ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Vid besvarandet av uppsatsens syfte och frågeställningar har huvudsakligen en rättsdogmatisk metod, med stöd i EU-rättslig metod, använts.

Förord

I skrivande stund är jag timmar från att lämna in mitt examensarbete och juristexamen är endast ett stenkast bort. Det är svårt att förstå att fyra och ett halvt år på juristprogrammet redan har passerat. Ända sedan jag var 14 år gammal har min målsättning varit att studera juridik och sedermera arbeta som advokat. Det är svårt att greppa att första steget på resan nu är avklarat. Åren i Lund har gett mig många fantastiska vänskaper och ovärderliga minnen. Trots tentaångest och stunder då studiemotivationen varit svår att finna, kommer jag minnas åren i Lund med värme. Innan jag säger tack och adjö till juristprogrammet finns det ett antal personer som jag särskilt vill tacka.

Jag vill tacka min familj och mina vänner som ovillkorligt stöttat mig under hela utbildningen. Ert stöd och era peppande tillrop har varit ovärderliga för mig. Tack för att ni alltid har funnits där för mig under resans gång.

Jag vill även rikta ett stort tack till min handledare Vilhelm Persson för goda råd, vägledning och insiktsfulla diskussioner under skrivprocessen.

Slutligen vill jag tacka Advokatfirman Lindahl för en lärorik uppsatspraktik och ett givande deltidsarbete vid sidan av mina studier. Tiden hos er har verkligen fått mig att se fram emot arbetslivet som verksam jurist.

Lund, den 3 januari 2024

Julia Ferdinandsson

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Kommunallag (2017:725)
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
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I samband med att en upphandlande myndighet ska genomföra inköp av varor, tjänster eller byggentreprenader kommer myndigheten behöva förhålla sig till de bestämmelser som finns i de lagar, föreskrifter och den praxis som konstituerar det upphandlingsrättsliga regelverket. Regelverket syftar i huvudsak till att säkerställa en effektiv konkurrens i myndigheters inköpsprocesser, att upprätthålla en fri rörlighet inom EU samt att tillse att skattemedel hanteras på ett kostnadseffektivt sätt.¹ Vidare ska det upphandlingsrättsliga regelverket i synnerhet underlätta för små och medelstora leverantörer att delta i offentliga upphandlingar.²

En leverantör som anser att en offentlig upphandling inte har genomförts i enlighet med det upphandlingsrättsliga regelverket, har en möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol. Genom överprövningen tillförsäkras en leverantör som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av brister i upphandlingen, en ny möjlighet att lämna anbud inom ramen för ett nytt, felfritt förfarande alternativt att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts.³

Den svenska överprövningsprocessen inom offentlig upphandling har genom åren blivit föremål för kritik avseende att processen brister i effektivitet och förutsebarhet.⁴ Exempel på åtgärder som vidtagits med hänsyn till kritiken är att det i lagtext har införts processuella preklusionsfrister och ett uttryckligt skyndsamhetskrav vad gäller handläggningen i domstol. Ytterligare kritik som framförts är att förfarandet upplevs som komplicerat av många leverantörer.⁵ Statistik som Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket tagit fram visar att den upphandlande myndigheten vinner framgång i ungefär 75 procent av de mål som prövas i sak.⁶ Mot bakgrund av nyss presenterad statistik förefaller risken för att leverantörens ansökan avvisas vara större än möjligheten att få bifall. Enligt min mening är det inte otänkbart att leverantörens möjlighet att få bifall till sin ansökan om överprövning minskar ännu mer, om överprövningsprocessen kompliceras ytterligare.

För att en leverantör ska kunna få bifall till sin ansökan om överprövning, fordras att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. För att uppnå rekvisitet ”lidit eller kan komma att lida skada” krävs bland annat att leverantören har agerat på ett skademinimerande sätt, vilket bland annat innefattar

¹ Lindahl Toftegaard (2022) s. 21 f.

² Prop 2021/22:120 s. 28.

³ Prop. 2021/22:120 s. 50.

⁴ Jfr prop 2021/22:120 s. 29 f.

⁵ Prop. 2021/22:120 s. 40.

⁶ Jfr Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket (2020) s. 160 f.

att påtala eventuella fel och brister i upphandlingsdokumenten redan under anbudstiden. Det var i samband med att HFD i januari 2022 meddelade två domar⁷, som HFD slog fast att leverantörer har en skyldighet att påtala brister i upphandlingsdokumenten och att detta ska göras till den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång. Om leverantören underlåter att ställa frågor samt att begära kompletteringar och förtydliganden under anbudstiden, och sedan ansöker om överprövning av upphandlingen, finns det en risk att domstolen bedömer att leverantören inte kan anses lida skada på grund av bristen eftersom leverantören då inte anses ha gjort vad som kan krävas för att undvika att skada uppkommer.⁸ Rekvisitet har kommit att kallas för *påtalandeskyldigheten*. Påtalandeskyldigheten har flitigt citerats i underrätt sedan den introducerades av HFD. Den 14 december 2023 gav en fritextsökning av orden *påtalandeskyldigheten* och *HFD 2022 ref. 4* i databasen *JUNO* en träff på 56 respektive 402 avgöranden.

En fördel med påtalandeskyldigheten är att onödiga överprövningsprocesser kan undvikas genom att leverantörer förhindras att medvetet avvakta att påtala eventuella fel och brister till efter anbudstidens utgång för att därigenom använda skaderekvisitet strategiskt.⁹ Samtidigt kan den tänkas skapa ett incitament för upphandlande myndigheter att besvara eventuella frågor som inkommer på ett tillfredsställande sätt. Införandet av påtalandeskyldigheten riskerar emellertid att försvåra överprövningsprocessen för den sökande leverantören, genom att ännu en parameter har adderats i skadebedömningen. Vidare uppstår gränsdragningsproblem kring vilka omständigheter som borde ha upptäckts redan under anbudstiden och vilka som inte borde ha upptäckts. Finns det någon tydlig gräns för vilka omständigheter leverantören är skyldig att påtala? Påverkas bedömningen av om leverantören är ett stort eller mindre bolag? Gör det någon skillnad om det är en upplevd brist eller ett konstaterat fel i upphandlingsdokumenten? Är det leverantörens påtalandeskyldighet som väger tyngst eller är det den upphandlande myndighetens skyldighet att utforma adekvata upphandlingsdokument?

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda överprövningsprocessen i upphandlingsmål. Uppsatsens syfte mer specifikt är uppdelat i två delar. Den första delen behandlar övergripande överprövningsprocessen och tar sikte på dels vilka rekvisit som behöver vara uppfyllda för att en leverantör ska kunna få bifall till sin ansökan om överprövning av en offentlig upphandling, dels huruvida rekvisiten bidrar till att processen blir effektiv och förutsebar. Den andra delen analyserar mer djupgående en av beståndsdelarna i överprövningsprocessen, närmare bestämt påtalandeskyldigheten. I denna del analyseras dels vilka omständigheter och situationer som träffas av påtalandeskyldigheten, dels

⁷ Jfr HFD 2022 ref 4. I och II. Hädanefter kommer rättsfallen gemensamt benämnas som *HFD 2022 ref. 4*.

⁸ Se HFD 2022 ref. 4.

⁹ Se uppsatsens avsnitt 3.6.2.

vilken inverkan HFD 2022 ref. 4 får på överprövningsprocessen i upphandlingsmål. För att besvara denna del av syftet analyseras ett flertal kammarrättsavgöranden för att därigenom undersöka hur kammarrätter har tolkat påtalandeskyldigheten.

För att uppnå syftet med uppsatsen besvaras följande frågeställningar:

- Är rekvisiten avseende möjligheten att få bifall till en ansökan om överprövning av en offentlig upphandling effektiva och förutsebara, särskilt vad gäller påtalandeskyldigheten?
- Hur är påtalandeskyldigheten utformad?

1.3 Avgränsning

Ett antal avgränsningar kommer att göras avseende uppsatsens omfång. Av utrymmesskäl utgår uppsatsen från lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och behandlar således inte de andra upphandlingsrättsliga lagarna uttryckligen. De övriga upphandlingslagarna är: lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS). Regleringen avseende överprövning är närmast identisk i de olika lagarna. Däremot förekommer vissa skillnader, exempelvis i bestämmelserna som behandlar överprövning av ett avtals giltighet. Mot bakgrund av att det inte finns någon mer auktoritativ källa inom de områden som träffas av LUF, LUK eller LUFSS, är min bedömning att en närmare genomgång av lagarna inte skulle tillföra mer till mina resonemang i uppsatsen.

Som anförts ovan i avsnitt 1.1 är den upphandlande myndigheten förpliktad att i samband med inköp upphandla enligt LOU. Plikten att upphandla enligt LOU regleras av så kallade tröskelvärden. Olika bestämmelser i LOU blir tillämpliga för upphandlingar över respektive under tröskelvärdena.¹⁰ Fram till och med den 31 december 2023, är tröskelvärdet för upphandlingar av varor och tjänster för statliga myndigheter 1 456 476 kronor, för upphandling av varor och tjänster för övriga upphandlande myndigheter 2 236 731 kronor och för upphandling av byggtreprenader för samtliga upphandlande myndigheter 7 802 550 kronor.¹¹ Upphandlande myndighet har även i vissa fall möjlighet att använda så kallad *direktupphandling*.¹² Av utrymmesskäl utgår uppsatsen från upphandlingar som sker över tröskelvärdena i enlighet med 1 kap. 4 § LOU och som därmed regleras av det direktivstyrda området. Detta då direktivstyrda upphandlingar överprövas i högre utsträckning än upphandlingar som inte är direktivstyrda.¹³ Reglerna för överprövning är desamma över och under tröskelvärdena, men själva upphandlingsförfarandet skiljer sig

¹⁰ Pedersen och Lindberg (2023) s. 78.

¹¹ Se Tillkännagivande (2022:190) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹² Se 19 a kap. LOU.

¹³ Jfr Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket (2020) s. 155.

åt. Vid direktupphandlingar däremot blir andra bestämmelser tillämpliga. Det som kan överprövas avseende direktupphandlingar är huruvida direktupphandlingsförfarandet varit otillåtet.¹⁴ Det nyss nämnda saknar således relevans i förhållande till påtalandeskyldigheten.

Statistik som Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket tagit fram visar att av alla upphandlingar som genomförs överprövas ungefär 6,6 procent.¹⁵ Mål om överprövning kan handla om dels en upphandling, dels ett avtals giltighet. Om något avtal inte har ingåtts mellan den vinnande leverantören och den upphandlande myndigheten kan en ansökan om överprövning resultera i att upphandlingen ska rättas eller göras om. För det fall ett avtal redan har ingåtts kan överprövningen i stället resultera i att avtalet ogiltigförklaras.¹⁶ Av utrymmesskal tar uppsatsen sikte på överprövningar av upphandlingar, det vill säga påstådda felaktigheter och brister som uppstått i förfaranden där avtal ännu inte hade tecknats. Min bedömning är att det skulle bli alltför omfattande att beröra eventuella specifika frågor som kan uppkomma i relation till skadebedömningen vid en överprövning av ett avtals giltighet.

För att anpassa den löpande texten till uppsatsens syfte och frågeställning har jag genomgående använt begreppet *upphandlande myndighet*. I uppsatsen omfattar begreppet alla typer av enheter och organisationer som är skyldiga att upphandla. Dessa enheter består bland annat av statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och regioner, offentligt styrda organ, företag som är verksamma inom de sektorer där myndigheterna har ett bestämmande inflytande och sammanslutningar som bildats av en eller flera av nyss nämnda enheter.¹⁷

1.4 Metod och material

1.4.1 Rättsdogmatisk metod

I arbetet med den här uppsatsen har huvudsakligen en rättsdogmatisk metod använts. Rättsdogmatisk metod innebär studerande av de allmänt accepterade rättskällorna vilka utgörs av lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin.¹⁸ Detta görs i syfte att fastställa gällande rätt inom området eller i ett visst konkret sammanhang.¹⁹

Vid diskurser om den rättsdogmatiska analysen förekommer varierande uppfattningar om och i vilken omfattning rättsdogmatiken tillåter en analys av gällande rätt. Peczenik är av uppfattningen att rättsdogmatiken både beskriver gällande rätt och utvecklar normativa ståndpunkter som rättfärdigar och

¹⁴ Pedersen och Lindberg (2023) s. 97 ff.

¹⁵ Jfr Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket (2020) s. 151 ff.

¹⁶ Prop. 2015/16:195 s. 318.

¹⁷ Arrowsmith (2014) s. 341 ff.

¹⁸ Kleineman (2018) s. 21.

¹⁹ Kleineman (2018) s. 26 ff.

kritiserar.²⁰ Även Jareborg delar denna uppfattning, men uttrycker det i stället som att rättsdogmatiken primärt förknippas med gällande rätt, men att detta inte utgör ett hinder mot att vidga perspektivet vid en rättsdogmatisk argumentation.²¹ Genom att inkludera en mer analytiskt färgad metod till det dogmatiska arbetssättet, kan analysen även bygga på annat material än sådant som traditionellt skapar gällande rätt.²² Sandgren är dock av uppfattningen att den rättsdogmatiska metoden inte ger utrymme för en sådan analys eftersom metoden avser att fastställa gällande rätt. Enligt Sandgren bör en metod där rätten analyseras i stället kallas för rättsanalytisk.²³ I likhet med Peczenik och Jareborg har jag en bred syn på rättsdogmatiken där jag har valt att innefatta analys av gällande rätt i begreppet. I uppsatsen kommer detta till uttryck genom att gällande rätt genomgående analyseras.

I beskrivningen av överprövningsprocessen, vilket framför allt tar sikte på uppsatsens kapitel 3, har jag nästan uteslutande använt traditionellt material. I kapitel 4 nedan, i utredningen av påtalandeskyldigheten, har jag efter noga överväganden valt att även använda annat material i form av underrättspraxis. Det har gjorts för att få en djupare förståelse för hur påtalandeskyldigheten tillämpas i praktiken. I uppsatsen behandlas ett rättsområde som i hög utsträckning styrs av förvaltningsdomstolarna, eftersom påtalandeskyldigheten saknar en generell lagreglering. Påtalandeskyldigheten presenterades för första gången av HFD i mål HFD 2022 ref. 4. Jag har endast lyckats hitta ett avgörande från HFD, i form av HFD 2022 ref. 30, som publicerats därefter som behandlar samma område. Antalet vägledande avgöranden är därmed ytterst begränsat. Påtalandeskyldigheten har emellertid varit föremål för prövning vid ett flertal tillfällen i underrätt. Mot bakgrund av att det råder brist på vägledande prejudikat avseende påtalandeskyldigheten har jag därför valt att inkludera kammarrättsavgöranden i min utredning.

Sandgren är av uppfattningen att underrättsavgöranden generellt har ett lågt rättskällevärde.²⁴ Vidare ter sig den rättsdogmatiska metoden ointresserad av rättstillämpningen hos exempelvis underrätter och myndigheter, eftersom dessa inte utgör rättskällor enligt den klassiska synen av rättsdogmatisk metod. Enligt Kleineman är detta förhållningssätt emellertid inte ägnat att förringa betydelsen av underinstansernas omvärldsbetraktelser, eftersom dessa kan tillföra rättsdogmatiken konstruktiv kritik samt föreslå förändringar av rättsläget.²⁵ För att kunna besvara uppsatsens syfte och frågeställningar på ett adekvat sätt har jag därför, efter noga överväganden, valt att vidga mitt urval av material till att även innefatta kammarrättsavgöranden. Kammarrättsavgöranden har inte använts för att fastställa gällande rätt beträffande påtalandeskyldigheten. Avgörandena har i stället använts som en utgångspunkt för

²⁰ Peczenik (2005) s. 249 f.

²¹ Jareborg (2004) s. 4.

²² Sandgren (2018) s. 45 ff.

²³ Sandgren (2018) s. 45 ff.

²⁴ Sandgren (2018) s. 47 f.

²⁵ Kleineman (2018) s. 24.

argumentation samt en indikation på hur HFD möjligen skulle kunna döma i liknande fall. Kammarrättsavgöranden har utgjort betydande material i uppsatsen, i synnerhet med hänsyn till avsaknaden av prejudicerande rättsfall på området. Bristen av rättsfall med högre dignitet gäller i synnerhet påtalandeskyldigheten i kapitel 4 och preklusionsfrister i avsnitt 3.5.2 i uppsatsen. Jag har bedömt det vara berikande att analysera kammarrättsavgöranden för att därigenom få en indikation på hur påtalandeskyldigheten tillämpas i praktiken. Utifrån de slutsatser som kan nås av studerandet av kammarrättsavgöranden, kommer jag resonera kring hur dessa slutsatser förhåller sig till upphandlingsrättens syn på skadebedömningen i överprövningsprocessen i upphandlingsmål.

Enligt 20 kap. 5 § LOU och 34 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL) krävs prövningstillstånd för prövning i kammarrätt. Det är således rimligt att tänka att en part endast gör sig besväret att överklaga om denne anser att det är sannolikt att kammarrätten kommer ge bifall till ansökan, med hänsyn till eventuella ombudskostnader och de handläggningstider som är förknippade med ett överklagande. Vidare meddelar kammarrätten prövningstillstånd om det finns ett behov av vägledning i frågan som målet gäller. Med hänsyn till att kammarrättsavgöranden har prövats i två instanser får kammarrättsavgöranden anses ha mer tyngd än exempelvis förvaltningsrättsavgöranden som endast har prövats av en instans. En risk med att använda kammarrättsavgöranden är emellertid att HFD kan komma att publicera ett avgörande som kastar omkull den underrättspraxis som redan meddelats. Det innebär att de slutsatser som dragits i uppsatsen avseende påtalandeskyldighetens ramar riskerar att bli oriktiga om det skulle komma ett rättsfall med högre dignitet som inte delar kammarrätternas respektive bedömning. Vidare är kammarrätter inte prejudikatinstans vilket innebär att rättstillämpare inte är bundna av kammarrättsavgöranden. Med hänsyn till att uppsatsen delvis syftar till att utreda hur påtalandeskyldigheten tillämpas av kammarrätter idag, anser jag att eventuella framtida prejudicerande avgöranden inte påverkar slutsatserna i uppsatsen, men det är ändå något som läsaren bör ha i åtanke.

Sammantaget kommer jag i uppsatsen att göra en analys av de lagregler som finns kopplade till överprövningsprocessen i upphandlingsmål samt de uttalanden som framförts i förarbeten och doktrin kring ämnet, så att slutsatserna som dras avseende problemformuleringarna återspeglar innehållet i gällande rätt. Eftersom praxis har ett stort inflytande på det upphandlingsrättsliga området har även ett flertal rättsfall, såväl nationella som EU-rättsliga, analyserats. Slutligen görs en rekonstruktion av gällande rätt, jämte kammarrättsavgöranden, och genom en friare argumentation dras slutsatser kring hur verkligheten är beskaffad.²⁶

²⁶ Jfr Jareborg (2004) s. 1 ff.

För att jag ska kunna föra en adekvat diskussion har jag kritiskt granskat källornas trovärdighet. En del av de källor som använts publicerades innan nuvarande LOU trädde i kraft, exempelvis äldre förarbeten. Med tanke på att dessa källor i huvudsak är ämnade att utreda bakgrunden till samt få en förståelse för grunderna i ämnet anses detta inte påverka uppsatsens tillförlitlighet. Vidare har ett flertal artiklar använts. Artiklarna har huvudsakligen hämtats från *Upphandlingsrättslig Tidskrift* och *Europarättslig Tidskrift*. Återigen bör framhållas att en stor del av det material som använts i kapitlet som närmare behandlar påtalandeskyldigheten utgörs av kammarrättspraxis, trots att den inte utgör gällande rätt enligt rättsdogmatiken. Som tidigare anförts anser jag inte att det har en direkt påverkan på trovärdigheten avseende de slutsatser som dras utifrån dessa rättsfall, med hänsyn till att uppsatsen utreder hur påtalandeskyldigheten hittills har tillämpats av kammarrätter.

1.4.2 EU-rättslig inverkan

LOU utgör Sveriges genomförande av upphandlingsdirektivet²⁷. Vidare bygger bestämmelserna om överprövning och skadestånd i LOU på de så kallade rättsmedelsdirektiven²⁸ vilka bland annat ska säkerställa dels rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar, dels en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektivet.²⁹ Eftersom upphandlingsrätten har sitt ursprung i EU-rätten, är EU-rätten av stor relevans för tolkningen av hur reglerna i LOU ska förstås och vad syftet bakom de enskilda bestämmelserna är.³⁰ Enligt Hettne ska EU-domstolens praxis i anslutning till rättsmedelsdirektiven iakttas vid tillämpningen av de svenska upphandlingsreglerna.³¹ Av artikel 4.3 i fördraget om Europeiska unionen (FEU) framgår att unionsbygget utgår från principen om lojalt samarbete, vilket bland annat innebär att medlemsstaterna har en skyldighet att följa EU-rätten och tolka nationella regler i ljuset av EU-rätten.³² Ytterligare en viktig princip, som följer av artikel 5 FEU, är att den kompetens som inte har tilldelats unionen kvarstår hos medlemsländerna. Av artikel 4 FEU framgår att den tilldelade befogenheten ska utövas med medlemsländernas nationella identitet i åtanke.³³

Av den så kallade *företrädesprincipen* följer att lagstiftning på EU-rättslig nivå har företräde framför nationell rätt samt att alla EU-medborgare ska garanteras samma skydd. Om den nationella lagstiftningen och EU-rätten står i strid med varandra, ska EU-rätten således ges företräde.³⁴ Principen kommer till uttryck i artikel 288 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) vari tillämpligheten för EU:s rättsakter stadgas. Vidare kan

²⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

²⁸ Direktiv 89/665/EEG, Direktiv 92/13/EEG och Direktiv 2007/66/EG.

²⁹ Prop. 2021/22:120 s. 29.

³⁰ Jfr prop. 2015/16:195, s. 281 ff.

³¹ Hettne (2016) s. 213.

³² Reichel (2018) s. 112 f.

³³ Hettne och Eriksson (2011) s. 83.

³⁴ Se exempelvis C-6/64 *Costa*, EU:C:1964:66.

bestämmelser i fördrag och direktiv ha *direkt effekt*. Det innebär att dessa bestämmelser under vissa förutsättningar kan åberopas direkt i den nationella domstolen, trots att bestämmelsen inte har implementerats i nationell rätt.³⁵ En förutsättning för att bestämmelsen ska ha direkt effekt är att den är klar, entydig och ovillkorlig. Utöver direkt effekt har direktiven även en *indirekt effekt*. Det innebär att domstolen har en skyldighet att, så långt det är möjligt, tolka nationella bestämmelser som genomför EU-direktivet så att ändamålen och direktivens resultat uppnås. Förfarandet innebär att domstolen är skyldig att föra en *direktivkonform tolkning*.³⁶

Mot bakgrund av att den svenska upphandlingsrätten har sitt ursprung i EU-rätten, har EU-rättslig metod i denna uppsats använts som ett verktyg för att hantera EU-rättens inverkan på rättsområdet. Vidare har EU-rättslig metod nyttjats för att säkerställa en korrekt tolkning av de EU-rättsliga källorna i förhållande till den svenska rätten.³⁷ EU-rättslig metod innebär att tolkningen av en bestämmelse styrs av EU-rättens källor och tolkningsmetoder.³⁸ De relevanta rättskällorna finns bland annat i primär- och sekundärrätten tillsammans med praxis från EU-domstolen. Eftersom EU-domstolen är den högsta uttolkaren av direktivens ordalydelser och syften, spelar EU-rättslig praxis en betydande roll i att fastställa gällande rätt.³⁹ EU-domstolens tolkningsmetod kan beskrivas som fri och starkt ändamålsorienterad, vilket innebär att det görs en teleologisk tolkning där de konkreta rättsreglerna tolkas utifrån deras ändamål. Därutöver ska hänsyn tas till de övergripande mål som ställts upp för hela Europeiska unionen och som kommer till uttryck genom primärrätten. Tolkningen ska även göras utifrån sammanhanget som reglerna finns i.⁴⁰ Tolkningsmetoden medför att den slutsats som dras inte alltid är den mest bokstavliga tolkningen som finns att tillgå. EU-domstolen har uttalat tre faktorer som är avgörande vid tolkningen av en bestämmelse: dess anda, uppbyggnad och ordalydelse.⁴¹ Den teleologiska tolkningen ska således inte enbart förstås som en ändamålstolkning av den enskilda bestämmelsen, utan EU-domstolen ser till både ändamålet med bestämmelsen och ändamålet med den rättsliga kontexten.⁴²

I ett antal avsnitt i uppsatsen hänvisar jag till EU-rättsfall för tolkning av den svenska lagen. Detta görs eftersom den svenska lagen behöver tolkas mot bakgrund av direktiven på upphandlingsområdet.⁴³ Även om EU-rätten stundtals inte är direkt relevant, kan den vara indirekt relevant eftersom EU-rätten sätter de yttersta ramarna för hur medlemsländer och nationella domstolar får

³⁵ Se C-26/62 *van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

³⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 27 ff.

³⁷ Reichel (2018) s. 109.

³⁸ Reichel (2018) s. 125.

³⁹ Reichel (2018) s. 126 f. Se även Hettne och Eriksson (2011) s. 189 f.

⁴⁰ Hettne och Eriksson (2011) s. 36 och s. 168 f.

⁴¹ C-26/62 *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1.

⁴² Reichel (2018) s. 122 f.

⁴³ Reichel (2018) s. 112 f.

agera. Med hänsyn till att ett flertal avgöranden från EU-domstolen har använts i uppsatsen vid fastställandet av gällande rätt, kan de slutsatser jag drar inte alltid härledas till en uttrycklig bestämmelse eller princip utan får i stället härledas till hur EU-domstolen har tolkat den aktuella rättsregeln. Därutöver har jag i min reflektion tagit hänsyn till hur det som presenterats i uppsatsen vid fastställandet av gällande rätt, förhåller sig till de övergripande mål som ställts upp för unionen samt till grundtankarna bakom upphandlingsrätten.

Sammantaget har jag utrett och besvarat uppsatsen syfte och frågeställningar genom att använda rättsdogmatisk metod⁴⁴ med stöd i EU-rättslig metod.

1.4.3 Urval av rättsfall

Urvalet av rättsfall har huvudsakligen baserats på en fritextsökning av orden *påtalandeskyldigheten* och *HFD 2022 ref. 4* i databaserna *InfoTorg* och *JUNO*. Även andra rättsfall som har bedömts vara av intresse för påtalandeskyldigheten har använts. Den senaste sökningen gjordes den 14 december 2023. Eventuella rättsfall som publicerats efter det och som rör påtalandeskyldigheten har således inte behandlats i uppsatsen. Exempel på en alternativ fritextsökning som hade kunnat göras är *skaderekvisitet*. Mot bakgrund av att skaderekvisitet torde aktualiseras i samtliga upphandlingsmål, anser jag dock att en sådan sökning hade blivit alltför bred.

Att urvalet av domar har baserats på sökord som jag själv har valt samt att domar efter ett specifikt datum inte har behandlats, medför utrymme för att de slutsatser som har dragits eventuellt hade kunnat bli annorlunda om andra rättsfall hade behandlats. Jag anser dock att det material som använts har varit tillräckligt för att undersöka syftet med uppsatsen och besvara frågeställningarna på ett adekvat sätt.

1.5 Forskningsläge

Mängden forskning som finns inom offentlig upphandling är mycket begränsad. De fåtal verk som finns behandlar rättsfrågor som inte varit hänförliga till denna uppsats syfte och frågeställningar. Ämnet offentlig upphandling behandlas emellertid i ett flertal juridiska framställningar. På EU-rättslig nivå bör särskilt nämnas Sue Arrowsmiths verk *The law of public and utilities procurement, regulation in the EU and UK*. För nationellt vidkommande bör särskilt nämnas Kristian Pedersen och Olle Lindbergs verk *Upphandlingsrättens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningsfaktorerna*, Eva Lindahl Toftegaards verk *Offentlig upphandling - LOU och upphandlingsprocessen* samt Niclas Forsbergs verk *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFs och LOV*. Nyss nämnda verk är relevanta för uppsatsen då de kan ge en god generell bakgrund till de regler och principer som finns på upphandlingsområdet. I övrigt finns det ett flertal juridiska artiklar publicerade om offentlig upphandling. Bland dessa bör särskilt nämnas

⁴⁴ Se uppsatsens avsnitt 1.4.1.

Tankar om skada i upphandlingsrätt vilken är skriven av Olsson m.fl. Artiklarna har varit relevanta för att ge uppsatsen ett bredare perspektiv, eftersom artiklarna innehåller en mer djupgående och praktiskt inriktad skildring av upphandlingsförfarandet. Samtliga framställningar behandlar nuvarande LOU och allmänna beståndsdelar i såväl offentlig upphandling som överprövningsprocessen.

Uppsatsen belyser en relativt ny princip inom det upphandlingsrättsliga området. Med anledning härav har det inte gått att finna någon forskning eller juridisk framställning som har anknytning till påtalandeskyldigheten, med undantag för rättsfallsanalyser. Det finns således anledning att utreda ämnet närmare. Min förhoppning är att uppsatsen ska bidra till att påtalandeskyldighetens omfattning klargörs för yrkesverksamma på upphandlingsområdet. Min förhoppning är även att uppsatsen ska tjäna som ett komplement till de juridiska framställningar som behandlar överprövningsprocessen, genom att belysa nya och viktiga perspektiv.

1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i fem kapitel och inleds med en bakgrundsbeskrivning följt av en presentation av syfte, frågeställningar, avgränsning, metod och material samt forskningsläge.

I andra kapitlet ges viss rättslig bakgrund till upphandlingsområdet i form av en översiktlig beskrivning av de grundläggande rättsliga principerna som ska beaktas vid offentliga upphandlingar. Vidare ges en översiktlig presentation av de utgångspunkter som myndigheten ska beakta vid utformning av upphandlingsdokument och anbudsutvärdering. Syftet med kapitlet är att ge läsaren en introduktion till upphandlingsrättens byggstenar för att läsaren enklare ska kunna tillgodogöra sig uppsatsens innehåll.

Tredje kapitlet redogör för beståndsdelarna i en överprövningsprocess samt de bestämmelser som finns avseende förfarandet. Syftet med kapitlet är att utreda vad som krävs för att en leverantör ska kunna få bifall till sin ansökan om överprövning av en offentlig upphandling. Kapitlet utgör en central del av uppsatsen eftersom det även sätter ramarna för diskussionerna som förs i de efterföljande kapitlen.

Fjärde kapitlet behandlar påtalandeskyldigheten. Kapitlet innehåller en presentation av målen som lade grunden för införandet av en påtalandeskyldighet samt en genomgång av kammarrättsavgöranden som behandlat påtalandeskyldigheten. Syftet med kapitlet är att undersöka vilka omständigheter som behöver påtalas för att en leverantör ska anses ha agerat skademinimerande. I kapitlet diskuteras även möjligheten att införa påtalandeskyldigheten i lagtext.

Avslutningsvis i femte kapitlet dras sammanfattande slutsatser med beaktande av uppsatsens frågeställningar.

2 Rättslig bakgrund

I detta kapitel ges en översiktlig rättslig bakgrund av upphandlingsområdet. I avsnitt 2.1 behandlas på ett övergripande plan de upphandlingsrättsliga principer som det upphandlingsrättsliga regelverket bygger på. Syftet med avsnittet är att ge läsaren tillräcklig bakgrundsinformation om de principer som ska beaktas under hela upphandlingsförfarandet. På så vis får läsaren en djupare förståelse för upphandlingsområdet och kan därigenom tillgodogöra sig uppsatsens innehåll på ett adekvat sätt. Därefter i avsnitt 2.2 redogörs för allmänna utgångspunkter avseende utformning av upphandlingsdokument och anbudsutvärdering. Syftet med avsnittet är att ge läsaren en grundläggande förståelse för upphandlingsförfarandet, för att läsaren ska kunna förstå de rättsfall som presenteras i det efterföljande avsnittet.

2.1 Grundläggande principer för offentlig upphandling

Ett upphandlingsförfarande kan delas in i tre huvudsakliga stadier: förberedelsestadiet, genomförandestadiet och leveransstadiet.⁴⁵ Själva genomförandestadiet kan i sin tur delas in i två faser: en konkurrensuppsökande fas samt en kvalificerings- och utvärderingsfas.⁴⁶ Uppdelningen är av stor betydelse vid en eventuell överprövning, eftersom det påverkar domstolens val av påföljd.⁴⁷ Den upphandlande myndigheten ska under hela genomförandestadiet säkerställa att upphandlingen är förenlig med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.⁴⁸

Det upphandlingsrättsliga regelverket vilar på fem grundläggande principer som ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet. De upphandlingsrättsliga principerna finns i artikel 18 i upphandlingsdirektivet och har även implementerats i svensk rätt genom 4 kap. 1 § LOU. Principerna innefattar krav på likabehandling, proportionalitet, öppenhet, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande. Principernas närmare innebörd har konkretiserats genom praxis från EU-domstolen samt genom avgöranden från de allmänna förvaltningsdomstolarna i Sverige.

Majoriteten av alla överprövningsmål inom offentlig upphandling aktualiserar på ett eller annat sätt någon eller några av de fem grundprinciperna, eftersom principerna ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet och även ligger till grund för övriga bestämmelser i lagen.⁴⁹ Relevansen och den faktiska innebörden av de olika principerna varierar dock beroende på upphandlingsärendets karaktär och föremål. Bland annat får värdet på upphandlingen

⁴⁵ Lindahl Toftagaard (2022) s. 67 f.

⁴⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 189.

⁴⁷ Överprövning av upphandling behandlas vidare i kapitel 3 i uppsatsen.

⁴⁸ Lindahl Toftagaard (2022) s. 71 f.

⁴⁹ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 254.

betydelse för vilka krav som principerna rent faktiskt ställer på den upphandlande myndigheten.⁵⁰ Principerna gäller gentemot alla leverantörer, oaktat om leverantören har deltagit i upphandlingen eller inte.⁵¹

Principen om *icke-diskriminering* har sin grund i artikel 18 i FEUF och innebär ett förbud mot att diskriminera en leverantör på grund av dess nationalitet.⁵² En upphandlande myndighet får exempelvis inte ställa krav som endast svenska företag kan uppfylla.⁵³ Principen om icke-diskriminering har varit föremål för prövning ett flertal gånger. EU-domstolen har bland annat slagit fast att även indirekt diskriminering är oacceptabelt, vilket innebär att principens omfattning är relativt vid.⁵⁴ Vidare ska leverantörer från andra orter behandlas på samma sätt som leverantörer från den egna kommunen.⁵⁵

Av *likabehandlingsprincipen* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och att särbehandling av en viss leverantör inte får ske om det inte finns objektiva godtagbara skäl för det. En offentlig upphandling får inte heller utformas så att den medvetet favoriserar eller missgynnar vissa ekonomiska aktörer på ett otillbörligt sätt.⁵⁶ Likabehandlingsprincipen kommer till uttryck på olika sätt genom upphandlingens olika faser. I den inledande fasen innebär principen bland annat att samtliga leverantörer ska ges möjlighet att få del av all information avseende upphandlingen.⁵⁷ Principen förhindrar att enstaka leverantörer får del av mer information om upphandlingen än övriga leverantörer eller att en enstaka leverantör får information om upphandlingen tidigare än de andra leverantörerna.⁵⁸ Vidare ska inkomna frågor från leverantörer och svar från myndigheten finnas tillgängliga för alla leverantörer samtidigt. I praktiken innebär det en skyldighet för den upphandlande myndigheten att publicera alla inkomna frågor och tillhörande svar med samma förfarande som upphandlingen annonserats på, om inget annat framgår av upphandlingsdokumenten. På så vis blir all information känd för samtliga potentiella leverantörer.⁵⁹ Likabehandlingsprincipen medför således ett krav på att alla leverantörer ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud.⁶⁰ Den upphandlande myndigheten får inte heller tillåta att endast en eller ett par leverantörer kompletterar eller förtydligar sina anbud på innehållsmässigt olika sätt, eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att lika fall

⁵⁰ HFD 2018 ref. 60.

⁵¹ Pedersen och Lindberg (2023) s. 33.

⁵² Pedersen och Lindberg (2023) s. 31.

⁵³ Prop. 2006/07:128 s. 131 f.

⁵⁴ Se de förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP och Santorseo v. Comune di Torino*, EU:C:2008:277.

⁵⁵ Prop. 2006/07:128 s. 155.

⁵⁶ Pedersen och Lindberg (2023) s. 31 f. Se även EU-domstolens dom i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, EU:C:2005:127.

⁵⁷ Prop. 2006/07:128 s. 132.

⁵⁸ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2458-11.

⁵⁹ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 258 f.

⁶⁰ C-496/99 *P Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236.

behandlas olika.⁶¹ Enligt Kammarrätten i Stockholm innebär det exempelvis att det inte är tillåtet att låta en av leverantörerna komplettera sitt anbud med referenser som helt utelämnats i anbudet som givits in.⁶² Vid utvärderingen medför likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten inte får lov att bortse från ett ska-krav som ställts upp i upphandlingsdokumenten och inte heller uppställa ytterliga krav vid utvärderingen.⁶³

Av *proportionalitetsprincipen* följer att de åtgärder som en upphandlande myndighet genomför, exempelvis de ska-krav som uppställs i upphandlingsdokumenten, ska stå i proportion till det mål som eftersträvas.⁶⁴ Prövningen av huruvida en åtgärd eller ett beslut är proportionerligt består av ett lämplighetstest, ett nödvändighetstest och en slutlig avvägning. För att kravet på proportionalitet ska anses uppnått krävs att åtgärden är lämplig och effektiv för att uppnå det tilltänkta syftet, att den är nödvändig och att en eventuell negativ effekt inte får vara oproportionerlig eller överdriven i förhållande till syftet.⁶⁵

Av principen om *öppenhet*, tillika *transparensprincipen*, följer ett krav på att upphandlingen ska präglas av öppenhet och förutsebarhet.⁶⁶ Det medför bland annat krav på att upphandlingen ska annonseras offentligt, att upphandlingsdokumenten som huvudregel är offentliga samt att leverantörer som deltagit i anbudsförfarandet ska informeras om resultatet av upphandlingen.⁶⁷ Vidare innebär transparensprincipen att krav och kriterier i upphandlingsdokumenten ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt.⁶⁸ Upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör ska kunna utläsa och avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse.⁶⁹ Vidare ska utvärderingsmodellen vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.⁷⁰ EU-domstolen har uttalat att kravet på öppenhet innebär att villkoren ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer ska kunna förstå den exakta innebörden av villkoren samt kunna tolka dem på samma sätt.⁷¹ Principen innefattar även ett krav på att upphandlande myndigheter ska förhålla sig till de upphandlingsdokument som tagits fram i upphandlingen samt att väsentliga förutsättningar som ställts upp i dokumenten inte får ändras under upphandlingens gång.⁷² När det slutgiltiga tilldelningsbeslutet ska fattas medför transparensprincipen att den upphandlande myndigheten dels har en skyldighet att förhålla sig till kraven och kriterierna som framgår av

⁶¹ Jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 1404-12.

⁶² Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7138-10.

⁶³ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 261 ff.

⁶⁴ Prop. 2006/07:128 s. 155.

⁶⁵ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 271 ff.

⁶⁶ Pedersen och Lindberg (2023) s. 32.

⁶⁷ Prop. 2006/07:128 s. 155.

⁶⁸ C-27/15 *Pizzo*, EU:C:2016:404, punkt 36.

⁶⁹ RÅ 2002 ref. 50.

⁷⁰ RÅ 2002 ref. 50.

⁷¹ C-27/15 *Pizzo*, EU:C:2016:404, punkt 36.

⁷² Forsberg (2019) s. 32.

upphandlingsdokumenten, dels att det i beslutet ska framgå vilka omständigheter som har tillmätts betydelse vid utvärderingen.⁷³ Syftet är bland annat att säkerställa att konkurrerande leverantörer i efterhand ska ha möjlighet att kontrollera att upphandlingen har utförts i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.⁷⁴

Principen om *ömsesidigt erkännande* innebär att intyg, certifieringar och liknande dokumentation från andra medlemsländer ska godtas och tillmätas samma vikt som den nationella motsvarigheten i upphandlingar.⁷⁵

2.2 Utformning av upphandlingsdokument och anbudsutvärdering

I de så kallade *upphandlingsdokumenten* ställs ramarna för upphandlingen upp, det vill säga de villkor som ska gälla för upphandlingsförfarandet. En upphandlande myndighet får inte lov att anta ett anbud eller en anbudsgivare som inte uppfyller de krav som följer av upphandlingsdokumenten. Myndigheten får inte heller beakta andra förutsättningar än de kvalificeringskrav och tilldelningskriterier som angivits i upphandlingsdokumenten.⁷⁶

Ett upphandlingsdokument består typiskt sett av fem beståndsdelar: urvalskriterier, kravspecifikation, tilldelningskriterier/utvärderingskriterier, kommersiella villkor samt administrativa föreskrifter. En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten ska utformas, vilka krav som ska gälla för en viss upphandling samt vad som ska tillmätas betydelse, under förutsättning att de grundläggande principerna iakttas.⁷⁷ I urvalskriterierna i upphandlingsdokumenten beskrivs de krav som den upphandlande myndigheten ställer på leverantören. Dessa krav kan antingen vara obligatoriska enligt LOU eller fakultativa kvalificeringskrav.⁷⁸ Att den upphandlande myndigheten har getts ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställande av urvalskriterier, beror bland annat på att den upphandlande myndigheten har ansetts ha bäst förutsättningar för att bedöma sina behov. Den upphandlande myndigheten är därför i princip fri att bedöma vilka villkor som leverantören behöver uppfylla för att säkerställa att kontraktet sedan fullgörs enligt en lämplig kvalitetsstandard. Kravet behöver dock vara motiverat, proportionerligt och i övrigt stämma överens med upphandlingsdirektivet.⁷⁹

Kvalificeringskrav används för att den upphandlande myndigheten ska kunna bedöma leverantörens förmåga att leverera de varor eller tjänster som upphandlingen avser, och kan exempelvis bestå av erfarenhet, utrustning och

⁷³ RÅ 2002 ref. 50.

⁷⁴ Se exempelvis C-324/98 *Telaustria*, EU:C:2000:669.

⁷⁵ Forsberg (2019) s. 384.

⁷⁶ Pedersen och Lindberg (2023) s. 125.

⁷⁷ HFD 2018 ref. 50 och HFD 2020 ref. 24.

⁷⁸ Jfr 13 kap. och 14 kap. LOU.

⁷⁹ C-195/21 *LB*, EU:C:2022:239, punkt 50.

personal. Oftast bedömer den upphandlande myndigheten först om leverantören ska uteslutas på någon av de obligatoriska grunder som följer av LOU. Därefter bedöms om leverantören ska uteslutas på grund av att denne inte uppfyller några av de fakultativa krav som den upphandlande myndigheten har ställt upp i upphandlingsdokumenten. På så vis kan leverantörer som inte kvalificerar sig uteslutas tidigt i upphandlingen.⁸⁰ De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumenten ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsvärdering och tilldela anbudsgivaren kontraktet.⁸¹ I kravspecifikationen i upphandlingsdokumenten beskrivs själva kontraktsföremålet. Specifikationen kan bland annat utgöras av prestanda- eller funktionskrav.⁸²

Den upphandlande myndigheten har stor frihet i att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas samt vilken relativ vikt de valda tilldelningskriterierna ska tillmätas, under förutsättning att kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁸³ Även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan tillåtas i ett upphandlingsförfarande, under förutsättning att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna inte överträds.⁸⁴ EU-domstolen har dock fastslagit att utvärderingsmodeller som inte möjliggör för leverantörer att utläsa hur utvärderingen ska ske, inte är förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.⁸⁵ Ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska förkastas, eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att anta ett sådant anbud.⁸⁶ I mål om överprövning åberopas fel som hänför sig till utvärderingen av anbuderna eller anbudsansökningarna i runt 45 procent av ansökningarna.⁸⁷

Potentiella leverantörer som har frågor rörande upphandlingsdokumenten har en möjlighet att ställa dessa frågor till den upphandlande myndigheten under upphandlingsprocessen. Mot bakgrund av transparensprincipen och likabehandlingsprincipen är utgångspunkten att eventuella frågor ska besvaras skriftligen så att alla potentiella leverantörer får möjlighet att ta del av samma information.⁸⁸ Av 12 kap. 11 § LOU och 19 kap. 13 § LOU följer att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att, på begäran av en leverantör, lämna kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten. I praktiken hanteras det oftast genom att leverantörerna tillåts ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden i det elektroniska

⁸⁰ Pedersen och Lindberg (2023) s. 146 ff.

⁸¹ HFD 2016 ref. 37.

⁸² Lindahl Toftegaard (2022) s. 124.

⁸³ RÅ 2002 ref. 50.

⁸⁴ C-19/00 *SIAC Construction*, EU:C:2001:553 Se även RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78.

⁸⁵ C-532/06 *Lianakis m.fl.*, EU:C:2008:40.

⁸⁶ HFD 2016 ref. 37.

⁸⁷ Jfr Upphandlingsmyndigheten (2017) s. 56.

⁸⁸ Lindahl Toftegaard (2022) s. 140 f.

upphandlingssystem som används vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten kan därefter besvara frågorna i systemet. På så sätt får samtliga leverantörer möjlighet att ta del av såväl frågorna som svaren.⁸⁹ Möjligheten att ha en öppen och löpande dialog kan bland annat nyttjas för att undvika att onödiga missförstånd uppstår under upphandlingen. Det kan även minska risken för överprövningar.⁹⁰

⁸⁹ Lindahl Toftegaard (2022) s. 140 f.

⁹⁰ Prop. 2021/22:5 s. 122 f.

3 Överprövningsprocessen i upphandlingsmål

I detta kapitel ges en redogörelse för de beståndsdelar som ingår i och som har anknytning till överprövningsprocessen i upphandlingsmål. Syftet med kapitlet är dels att presentera relevanta delar av överprövningsprocessen så att läsaren ges en adekvat grund att lättare ta till sig materialet som presenteras i kapitel 4 i uppsatsen, dels undersöka huruvida de nationella bestämmelserna är förenliga med den EU-rättsliga lagstiftningen på området.

I avsnitt 3.1 ges en presentation av det bakomliggande skälet till att det finns en möjlighet att begära överprövning. Avsnittet behandlar även den svenska överprövningsprocessen i förhållande till rättssäkerhet och effektivitet. Därefter följer i avsnitt 3.2 en redogörelse för talerätten i upphandlingsmål samt i avsnitt 3.3 en redogörelse för de förutsättningar som ska uppfyllas för att aktualisera ingripande. I avsnitt 3.4 behandlas den skyldighet leverantören har avseende att begränsa sin skada. De nyss nämnda avsnitten syftar tillsammans till att åskådliggöra vilka förutsättningar som behöver vara uppfyllda för att leverantören ska ha möjlighet att vinna bifall till sin ansökan om överprövning.

Därefter presenteras i avsnitt 3.5 de bestämmelser och principer som finns avseende processramen i upphandlingsmål. Exempel på rekvisit som behandlas är leverantörens åberopsbörda och domstolens utredningsansvar. Vidare presenteras de olika tidsfrister som leverantören har att ta hänsyn till vid en överprövningsprocess. Avsnitten syftar till att ge en bild av det ansvar som åligger leverantören inom ramen för själva överprövningsprocessen. Slutligen presenteras i avsnitt 3.6 egna reflektioner avseende det som framförts i kapitlet.

3.1 Möjligheten att begära överprövning

3.1.1 Överprövningsförfarandet i förhållande till rättssäkerhet

En leverantör som anser att den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt felaktigt eller att den upphandlande myndigheten har genomfört upphandlingsprocessen felaktigt, har en möjlighet att klaga på upphandlingen. Initiativet till överprövningen av upphandlingen ska således komma från en leverantör.⁹¹ Möjligheten att begära överprövning hänför sig bland annat till att säkerställa rättssäkerhet för enskilda leverantörer.⁹²

⁹¹ Prop. 2010/11:150 del 1 s. 455.

⁹² Prop. 2021/22:120 s. 29.

Det finns ett flertal teorier om vad begreppet rättssäkerhet innebär. Enligt Frändberg innebär rättssäkerhet en rättsligt grundad förutsebarhet. Frändberg menar att fyra villkor behöver vara uppfyllda för att rättssäkerhet ska råda i ett samhälle: (i) att rättssystemet tillhandahåller svar på frågor av rättslig karaktär (ii) att svaren är klara och tydliga (iii) att svaren är lättillgängliga (iv) att man ska kunna lita på svaren.⁹³ Rättssäkerheten är viktig inom offentlig upphandling för att säkerställa dels att den upphandlande myndigheten inte tillämpar lagregler godtyckligt, dels att det finns en möjlighet att initiera överprövningsprocesser om den upphandlande myndighetens beslutsfattande inte har gått rätt till.⁹⁴

I svensk rätt regleras möjligheten till överprövning av upphandlingar samt rätten till skadestånd i 20 kap. LOU. Bestämmelserna om överprövning och skadestånd i LOU bygger på de så kallade rättsmedelsdirektiven.⁹⁵ I artikel 1.1 i första och andra rättsmedelsdirektivet, anges att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt och skyndsamt, när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar unionslagstiftningen. Vidare följer av artikel 1.3 första och andra rättsmedelsdirektivet att medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena är tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva angett, vilket i vart fall omfattar den eller de leverantörer som har eller har haft intresse av att ingå avtal samt den eller de leverantörer som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Av EU-domstolens praxis framgår att syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa att upphandlingsdirektivens bestämmelser tillämpas korrekt i nationell lagstiftning, att beslut som fattas av upphandlande myndigheter och som strider mot upphandlingsbestämmelserna kan upphävas, samt att ersättning kan ges till den som lidit skada av överträdelsen.⁹⁶ Rättsmedelsdirektiven har således dels ett reparativt syfte, dels ett preventivt syfte.⁹⁷ Direktivens bestämmelser syftar till att skydda de leverantörer som lider eller riskerat att lida skada till följd av att bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har överträtts. Direktiven ska även garantera att upphandlingsdirektivens effektivitet upprätthålls.⁹⁸

3.1.2 Överprövningsförfarandet i förhållande till effektivitet

Medlemsstaterna har i enlighet med den EU-rättsliga principen om processuell autonomi stor frihet att utforma sina processrättsliga regler. EU-domstolen har dock fastställt två kriterier som måste vara uppfyllda vid tillämpningen av de nationella bestämmelserna, för att dessa bestämmelser inte ska riskera att

⁹³ Frändberg (2019) s. 29 f.

⁹⁴ Jfr Asplund m.fl. (2012) s. 92 ff.

⁹⁵ Direktiv 89/665/EEG, Direktiv 92/13/EEG och Direktiv 2007/66/EG.

⁹⁶ C-81/98 *Alcatel Austria m.fl.*, EU:C:1999:534.

⁹⁷ NJA 2007 s. 349.

⁹⁸ Pedersen och Lindberg (2023) s. 201.

inkräkta på EU-rätten. Den första principen är *likvärdighetsprincipen*, vilken innebär att reglerna för prövningen av en överträdelse av unionsrätten inte får vara mindre gynnsamma än reglerna som gäller för en motsvarande överträdelse inom den nationella rätten. Den andra principen är *effektivitetsprincipen*, vilken innebär att nationella bestämmelser inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten.⁹⁹ Principen medför bland annat att prövningar och processer ska avklaras skyndsamt samt att de nationella rättsmedlen ska tillförsäkra att beslut om offentlig upphandling kan verkställas.¹⁰⁰ Rätten till effektiva rättsmedel framgår även av artikel 19.1 FEU och artikel 47.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

Samtliga beslut som tas under upphandlingsprocessen kan bli föremål för överprövning enligt LOU.¹⁰¹ När leverantörer gör gällande ett fel i upphandlingen, kan överträdelserna delas in i två huvudkategorier: överträdelser som skett i upphandlingens konkurrensuppsökande skede och överträdelser som skett i upphandlingens utvärderings- eller kvalificeringsfas.¹⁰² Den första kategorin tar sikte på överträdelser som bestått i att den upphandlande myndigheten har fattat felaktiga beslut innan anbudstiden har löpt ut. Felen som kan göras gällande kan exempelvis hänföra sig till utformningen av krav på leverantörer eller upphandlingsföremålet samt utformningen av kvalificerings- och tilldelningskriterier. Den andra kategorin rör omständigheter som påvisas efter att anbudstiden har löpt ut och eventuella anbud har kommit in. Det kan exempelvis handla om påståenden om att den upphandlande myndigheten har agerat felaktigt i sin prövning och bedömning av de inkomna anbuden eller påståenden om att den upphandlande myndigheten skulle ha tilldelat kontrakt till annan leverantör.¹⁰³

3.1.3 Särskilt om den svenska överprövningsprocessen

Den svenska överprövningsprocessen har ansetts ha vissa brister avseende effektivitet och förutsebarhet i domstolsprocessen.¹⁰⁴ Ett problem med överprövningar som har lyfts fram under åren är de långa handläggningstiderna i domstolen.¹⁰⁵ I de flesta domstolars arbetsordningar anges att upphandlingsrättsliga mål ska handläggas med förtur.¹⁰⁶ Även om upphandlingsmål i regel avgörs snabbare än många andra måltyper vid allmänna förvaltningsdomstolar, föreligger en ovisshet avseende hur lång tid en överprövningsprocess kan

⁹⁹ Se exempelvis C-531/16 *Specializoutas transportas*, EU:C:2018:324, punkt 36 och C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166, punkt 39. Se även Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 881 f.

¹⁰⁰ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 881 f.

¹⁰¹ Asplund m.fl. (2012) s. 176. Se även C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005, punkt 34.

¹⁰² Asplund m.fl. (2012) s. 189.

¹⁰³ Asplund m.fl. (2012) s. 189 ff.

¹⁰⁴ Jfr prop. 2021/22:120 s. 29 f.

¹⁰⁵ SOU 2013:12 s. 341.

¹⁰⁶ Prop. 2021/22:120 s. 25.

tänkas ta.¹⁰⁷ Det ligger även i samtliga parterns intresse att upphandlingen avslutas i rimlig tid. Om processen drar ut på tiden finns dels en risk att leverantörer inte kan stå fast vid sina anbud, dels att leverantörer avstår helt från att lämna anbud i upphandlingen.¹⁰⁸ För den upphandlande myndigheten ligger intresset i att inte stå utan den vara eller tjänst som har upphandlats.¹⁰⁹ Vidare är det av vikt att handläggningen av upphandlingsmål är snabb och förutsebar av samhällsekonomiska skäl. Offentliga myndigheters anskaffningar av varor och tjänster utgör en betydande del av den svenska samhälls ekonomin. Med anledning härav är det väsentligt att en eventuell domstolsprocess inte får till följd att syftet med det upphandlingsrättsliga regelverket motverkas, genom att leverantören avhåller sig från att delta i en upphandlingsprocess.¹¹⁰

Ur ett rättssäkerhetsperspektiv är en snabb och effektiv domstolsprövning av särskild vikt för små och medelstora leverantörer, vars ekonomiska och organisatoriska kapacitet i en överprövningsprocess inte sällan är begränsad.¹¹¹ I förarbeten har diskuterats möjligheten att införa en tidsfrist för när upphandlingsmål senast ska vara avgjorda. Som skäl för att införa en tidsfrist anfördes bland annat att det skulle öka förutsebarheten vid överprövningar. Regeringen ansåg dock att kravet på en skyndsamt handläggning jämte reglerna om preklusionsfrister utgjorde tillräckliga åtgärder, varför en tidsfrist för målens avgörande inte ansågs behövligt.¹¹² Preklusionsfrister behandlas närmare nedan i avsnitt 3.5.2.

För att minska antalet överprövningar av upphandlingar, har det i förarbeten även förts diskussioner avseende möjligheten att införa ansökningsavgifter och ett ömsesidigt processkostnadsansvar i upphandlingsmål.¹¹³ Ansökningsavgifter förekommer i dagsläget inte i den svenska förvaltningsprocessen.¹¹⁴ En fördel med ansökningsavgifter som lyfts fram är bland annat att det skulle kunna minska antalet obefogade ansökningar om överprövningar.¹¹⁵ En risk som lyfts fram med att införa ansökningsavgifter är emellertid att små och kapitalsvaga leverantörer eventuellt avstår från att ansöka om överprövning på grund av ansökningsavgiften.¹¹⁶ Om beloppet däremot är överkomligt även för små företag, torde en ansökningsavgift inte hota rättssäkerheten för dessa leverantörer.¹¹⁷ Även i fråga om ett ömsesidigt processkostnadsansvar bedömdes en risk föreligga att mindre och kapitalsvaga leverantörer skulle drabbas negativt. Om små och mindre resursstarka leverantörer helt avstår från att

¹⁰⁷ Prop. 2021/22:120 s. 31.

¹⁰⁸ SOU 2013:12 s. 341 ff.

¹⁰⁹ Prop. 2021/22:120 s. 31.

¹¹⁰ Prop. 2021/22:120 s. 30.

¹¹¹ Prop. 2021/22:120 s. 30.

¹¹² Prop. 2021/22:120 s. 34 f.

¹¹³ Jfr SOU 2015:12, SOU 2018:44 och prop. 2021/22:120.

¹¹⁴ Prop. 2021/22:120 s. 56.

¹¹⁵ Prop. 2021/22:120 s. 56.

¹¹⁶ SOU 2015:12 s. 108 ff.

¹¹⁷ SOU 2018:44 s. 473 ff.

delta i upphandlingar på grund av kostnadsskäl, skulle konkurrensen på sikt påverkas negativt.¹¹⁸ Vidare ansågs ett processkostnadsansvar kunna medföra att en förlorande part i större utsträckning överklagar domen till högre instans i hopp om att befrias från ersättningsskyldigheten, vilket i sin tur riskerar att bidra till fler antal mål och längre handläggningstider i domstolen.¹¹⁹ Ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle innebära en förhållandevis stor inskränkning av rätten till en kostnadsfri domstolsprövning av myndighetsbeslut.¹²⁰ En fördel som har lyfts fram avseende processkostnadsansvar är att det eventuellt skulle kunna uppmuntra leverantörer att vara mer aktiva under upphandlingsförfarandet och i större utsträckning påpeka eventuella fel och brister redan under anbudstiden, för att därigenom eventuellt slippa överpröva upphandlingen och på så vis undvika ett eventuellt processkostnadsansvar.¹²¹

3.2 Talerätt

I enlighet med 20 kap. 4 § LOU kan en leverantör som anser att den har lidit eller kan komma att lida skada, till följd av att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU, ansöka om överprövning. Vidare framgår av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektiven att prövningsförfarandet ska vara tillgängligt för var och en som har eller har haft ett intresse att få ingå ett visst avtal och som har eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Utöver att det ska ha förekommit en felaktighet i upphandlingen ska felet alltså även ha lett till skada för den sökande leverantören. Det som kan överprövas är ett avtals giltighet, ett beslut att avbryta en offentlig upphandling eller ett upphandlingsförfarande.¹²² Om det visar sig att något fel har begåtts kan domstolen besluta att felet ska rättas inom ramen för den pågående upphandlingen alternativt att upphandlingen ska göras om.¹²³ Överprövningsprocessen tar således sikte på att kontrollera huruvida den upphandlande myndigheten har förfarit korrekt genom att följa de regler och principer som följer av LOU, och inte på upphandlingens materiella resultat.¹²⁴

För att anses ha lidit eller riskerat att lida skada behöver beslutet ha gått den sökande emot.¹²⁵ Vid en överprövning innebär det typiskt sett att leverantörens möjligheter att tilldelas avtal har försämrats.¹²⁶ Rekvisitet *skada* kan således tolkas på två sätt. Enligt det ena synsättet uppnås skaderekvisitet i och med att anbudet felaktigt har förkastats eller att leverantören har uteslutits. Det andra synsättet kräver därutöver att den sökande leverantören visar att denne skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om det inte vore för

¹¹⁸ Prop. 2021/22:120 s. 59.

¹¹⁹ SOU 2015:12 s. 119 ff.

¹²⁰ Prop. 2021/22:120 s. 58.

¹²¹ Prop. 2021/22:120 s. 59.

¹²² Pedersen och Lindberg (2023) s. 201.

¹²³ Lindahl Toftegaard (2022) s. 219 f.

¹²⁴ HFD 2013 ref. 5.

¹²⁵ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 900.

¹²⁶ Asplund m.fl. (2012) s. 213.

överträdelsen av LOU.¹²⁷ Den eller de leverantörer som har vunnit upphandlingen kan därmed inte ansöka om överprövning.¹²⁸ En vinnande leverantör kan dock överklaga en förvaltningsdomstols dom, som går leverantören emot, vid en överprövning av en offentlig upphandling.¹²⁹

HFD har förklarat att det följer av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektiven att talerätt förutsätter att leverantören har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen.¹³⁰ Även leverantörer som inte har lämnat anbud, men som haft ett intresse i att lämna anbud i upphandlingen, kan ansöka om att upphandlingen överprövas.¹³¹ Begreppet *leverantör* definieras i 1 kap. 16 § LOU och omfattar alla fysiska och juridiska personer eller grupper av leverantörer som tillhandahåller varor, tjänster eller byggentreprenader på marknaden. Begreppet *marknad* ska tolkas i vid mening. En leverantör som inte är faktiskt verksam inom den marknad som upphandlingen avser, kan ändå ses som en leverantör.¹³² HFD har dock slagit fast att en leverantör som inte har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen saknar talerätt.¹³³ I det aktuella målet konstaterade HFD att LOU förvisso inte innehåller ett uttryckligt krav på ett sådant intresse, men att det följer av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektiven.

Eftersom talerätten bygger på att leverantören *anser sig* ha lidit eller kunna komma att lida skada, är skaderekvisitet i 20 kap. 4 § LOU i princip en subjektiv bedömning som lämnas till leverantören att göra. Att det är den sökandes egen uppfattning om skada eller risk för skada som är relevant för en eventuell överprövning, medför att beviskravet är lågt ställt. Skaderekvisitet för talerätt kan således anses vara uppfyllt redan genom ett påstående om skada.¹³⁴ Enligt Asplund m.fl. vore det fel av en domstol att avvisa en ansökan om överprövning enbart för att det objektivt sett inte går att fastställa att någon skada har uppstått eller kan komma att uppstå för den sökande.¹³⁵ Kamrarrätten i Sundsvall har anfört att när det är fråga om brister i det konkurrensuppsökande skedet så är skaderekvisitet förhållandevis lågt ställt.¹³⁶ Olsson m.fl. menar att även om rekvisitet *anser sig* är subjektivt bestämt av leverantören, så innehåller begreppet *skada* även en objektiv del eftersom rättsordningen endast erkänner en viss typ av skada.¹³⁷ Exempelvis kan en leverantör vars anbud rätteligen har förkastats normalt sett inte anses lida skada till följd av felaktigheter i upphandlingen. Om invändningen direkt eller indirekt skulle medföra att samtliga anbud förkastats så att inga anbud återstår i

¹²⁷ Olsson m.fl. (2018) s. 750.

¹²⁸ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 900.

¹²⁹ HFD 2011 ref. 29.

¹³⁰ HFD 2017 ref. 62.

¹³¹ Jfr de förenade målen C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5, punkt 40.

¹³² Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 95.

¹³³ HFD 2017 ref. 62.

¹³⁴ Forsberg (2019) s. 329. Se även HFD 2013 ref. 53.

¹³⁵ Asplund m.fl. (2012) s. 103.

¹³⁶ Jfr Kamrarrätten i Sundsvall, mål nr 2770-19.

¹³⁷ Olsson m.fl. (2018) s. 747.

den aktuella upphandlingen, och att upphandlingen därför behöver göras om, anses leverantören dock ha lidit skada.¹³⁸

3.3 Förutsättningar för ingripande

Förutom att rekvisitet om talerätt i 20 kap 4 § LOU ska vara uppfyllt, uppställer 20 kap. 6 § LOU ytterligare två rekvisit som ska vara uppfyllda för att en ansökan om överprövning ska kunna bifallas och föranleda ingripande. Av 20 kap. 6 § LOU följer att det måste finnas ett orsakssamband mellan den konstaterade bristen eller felaktigheten och sökandens skada eller risk för skada, för att rätten ska besluta om ingripande i upphandlingen. Det är således inte tillräckligt att det har förekommit en brist eller ett fel i upphandlingen, utan felet eller bristen ska även ha medfört skada för leverantören. Rekvisitet benämns som *skaderekvisitet*.¹³⁹ Vid fel som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, räcker det att den sökande leverantören övertygar domstolen om att felet har påverkat leverantörens utformande av anbudet samt att leverantören hade kunnat utforma ett mer konkurrenskraftigt anbud om felet inte hade förelegat.¹⁴⁰ Om leverantören däremot har brustit i sin omsorgplikt när denne utformat anbudet, och det har medfört att anbudet inte har varit konkurrenskraftigt utformat, ska skaderekvisitet inte anses vara uppfyllt.¹⁴¹

Det är leverantören som har bevisbördan avseende skadan.¹⁴² Enligt 20 kap. 6 § LOU ska intresset av att delta i en kommande upphandling inte beaktas vid en överprövning av en upphandling. Den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska således hänföra sig till möjligheten att konkurrera i den upphandling som begärs överprövat.¹⁴³ Rättsmedelsdirektiven innehåller ingen direkt motsvarighet till den skadeprövning som domstolen ska göra enligt 20 kap. 6 § LOU. Skaderekvisitet är dock utformat på samma sätt som det skaderekvisit som gäller för själva talerätten enligt artikel 1.3 i direktiven. Skadeprövningen enligt 20 kap. 6 § LOU ska därför göras med beaktande av den praxis som EU-domstolen har utvecklat i anslutning till rättsmedelsdirektiven.¹⁴⁴ Asplund menar att till skillnad från artikel 1.3. i rättsmedelsdirektiven är frågan huruvida skada föreligger i objektiv mening i svensk rätt inte kopplad till själva talerätten, utan i stället till den efterföljande materiella prövningen av sakomständigheterna i målet.¹⁴⁵

¹³⁸ C-100/12 *Fastweb SpA*, EU:C:2013:448 och C-689/13 *PFE*, EU:C:2016:199.

¹³⁹ Asplund m.fl. (2012) s. 188.

¹⁴⁰ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 925.

¹⁴¹ C-599/10 *SAG*, EU:C:2012:191. Se även Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 925.

¹⁴² HFD 2013 ref. 53.

¹⁴³ Se C-724/19 och C-722/19 *Sisal m.fl.*, EU:C:2021:672, punkt 60.

¹⁴⁴ HFD 2022 ref. 4.

¹⁴⁵ Asplund (2023) s. 12.

3.4 Skyldigheten att begränsa skadan

Vid bedömningen av om en brist eller felaktighet i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en leverantör, ska även beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer.¹⁴⁶ Enligt Lindén, Ljöstad och Lindqvist är det en allmänt känd princip att en skadelidande måste begränsa sin skada.¹⁴⁷ Skyldigheten att begränsa sin skada blir framför allt aktuell vid bedömningen av om den sökande leverantören har rätt till skadestånd. Enligt 20 kap. 20 § LOU ska en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ersätta den skada som därigenom har orsakats leverantören. För att skadestånd ska kunna utgå krävs att det finns kausalitet mellan den överträdelse som den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till och den skada som leverantören har lidit. Enligt förarbetena ska det typiskt sett innebära att leverantören ska ha förlorat kontraktet till följd av den upphandlande myndighetens felande.¹⁴⁸ Skadeståndsskyldigheten i 20 kap. 20 § LOU innebär att en leverantör som sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsfelet inte hade förelegat, kan bli berättigad till ersättning för utebliven vinst enligt det positiva kontraktsintresset. Rätten till skadestånd förutsätter dock att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av lagen.¹⁴⁹ Rätten till skadestånd inbegriper även, enligt det negativa kontraktsintresset, en rätt till ersättning för kostnader som uppstått vid förberedandet av anbudet samt deltagandet i upphandlingen, om överträdelsen menligt har påverkat leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet.¹⁵⁰ Av 20 kap. 21 § LOU följer att en talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol.

Rättsmedelsdirektiven bygger på principen om att en överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket ska rättas till på ett så tidigt stadium som möjligt. Typiskt sett innebär det att överträdelsen ska rättas innan kontraktet har tecknats.¹⁵¹ EU-domstolen har bland annat uttalat att en part som anser sig lida skada av ett upphandlingsfel ska visa rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller begränsa skadans omfattning samt använda de rättsmedel som står till dess förfogande.¹⁵² Om en leverantör inte agerar så snart som möjligt mot överträdelser, finns en risk att upphandlande myndigheter i högre grad tvingas göra om upphandlingar för att korrigera överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet. Om överträdelserna uppmärksammas tidigt kan den upphandlande myndigheten vidta rättelser redan under anbudstiden. Detta torde även vara en förutsättning för att rättsmedelsdirektivens mål om skyndsamhet ska vara uppfyllt.¹⁵³ HFD har uttalat att leverantörer har en påtalandeskyldighet, vilken innebär att en leverantör som anser att

¹⁴⁶ C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166, punkt 55-56.

¹⁴⁷ Lindén, Ljöstad och Lindqvist (2022) s. 98.

¹⁴⁸ Prop. 1992/93:88 s. 103.

¹⁴⁹ NJA 2016 s. 358.

¹⁵⁰ NJA 2016 s. 369.

¹⁵¹ Ehn m.fl. (2022) s. 6.

¹⁵² Se de förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du pêcheur mot Tyskland* och *Factortame mot The Queen*, EU:C:1996:79, punkt 84-85.

¹⁵³ SOU 2015:12 s. 146 ff.

upphandlingsdokumenten innehåller brister ska vända sig till den upphandlande myndigheten redan under anbudstiden och ställa frågor samt begära förtydliganden och kompletteringar.¹⁵⁴ Påtalandeskyldigheten behandlas närmare i kapitel 4 i uppsatsen.

3.5 Processramen i upphandlingsmål

3.5.1 Leverantörens åberopsbörda och domstolens utredningsansvar

Upphandlingsmål räknas till de förvaltningsrättsliga måltyperna. Eftersom LOU saknar vidare regler om vad domstol får eller bör beakta i sin prövning, med undantag för 20 kap. LOU, ska reglerna i FPL tillämpas. Enligt 33 § 2 st. FPL får en dom från en förvaltningsdomstol överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot. Detta innebär att två krav uppställs för talerätt; domen måste angå den som överklagar (saklegitimation) samt gå denne emot (kontraritet).¹⁵⁵

Såväl åberopsbördan för att skada föreligger som bevisbördan för att skaderekvisitet är uppfyllt, åligger den leverantör som ansöker om överprövning.¹⁵⁶ Den part som gör gällande att en offentlig upphandling är felaktig ska på ett klart sätt ange vilka omständigheter som ligger till grund för talan.¹⁵⁷ En leverantör som ansöker om överprövning av en offentlig upphandling måste således konkretisera på vilket sätt en brist i upphandlingen har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.¹⁵⁸ Intentionen har varit att begränsa domstolarnas utredningsansvar snarare än att införa en åberopsbörda för parterna, likt den som finns inom den allmänna domstolsprocessen. Von Essen är av uppfattningen att en ren åberopsplikt skulle vara svårförenlig med FPL.¹⁵⁹ Enligt Olsson m.fl. innebär de materiella bevisbördeteorier att bevisbördan fördelas på det sätt som gör att lagens syfte får sitt största genomslag. När det gäller skaderekvisitet i LOU får syftet med bestämmelsen anses vara att rättsliga ingripanden vid fel i myndigheters upphandlingar enbart ska kunna ske när felet har begränsat leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt. Lagens syfte kan således uppnås genom att placera bevisbördan på den som uppger sig att lidit skada. Olsson m.fl. menar att det även ur ett bevissäkringsperspektiv framstår som rimligt att placera bevisbördan hos den sökande leverantören, eftersom leverantören generellt har bäst förutsättningar för att säkra eventuell bevisning samt föra en argumentation angående de negativa effekter myndighetens överträdelse har medfört för denne.¹⁶⁰

¹⁵⁴ HFD 2022 ref. 4.

¹⁵⁵ Blomberg och Södergren (2020) s. 123.

¹⁵⁶ HFD 2013 ref. 53. Se även SOU 2015:12 s. 147.

¹⁵⁷ RÅ 2009 ref. 69.

¹⁵⁸ HFD 2013 ref. 53.

¹⁵⁹ Von Essen (2016) s. 57 f.

¹⁶⁰ Olsson m.fl. (2019) s. 134.

Vad som ska vara styrande för processramen i överprövningsmål bör som utgångspunkt vara vad sökanden har framfört i målet.¹⁶¹ Domstolens prövning är således begränsad till de grunder som den klagande parten har åberopat.¹⁶² För det fall att det föreligger skäl för domstolen att ingripa mot upphandlingen enligt LOU, har domstolen att välja mellan att besluta att upphandling ska göras om eller att den ska rättas. Domstolen är emellertid inte bunden av leverantörens yrkande beträffande val av åtgärd, utan rätten väljer själv om upphandlingen ska rättas eller göras om. Valet av åtgärd beror på i vilket skede felet har begåtts.¹⁶³ En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden i form av rättelse ska kunna väljas, är att det fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Om felet i upphandlingen påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om i sin helhet, annars räcker det att upphandlingen rättas i den felaktiga delen.¹⁶⁴ I vissa fall ska dock domstolen förordna att upphandlingen ska göras om trots att felet inte har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Detta gäller exempelvis om domstolen vid sin prövning finner att samtliga anbud rätteligen borde ha uteslutits och att det därmed inte kvarstår några anbud i upphandlingen.¹⁶⁵ Den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd.¹⁶⁶ Om domstolen beslutar att upphandlingen ska göras om, är det förbjudet för den upphandlande myndigheten att fortsätta den pågående upphandlingen.¹⁶⁷ En sådan dom innefattar dock inget krav på att den upphandlande myndigheten ska genomföra en ny upphandling.¹⁶⁸

Om domstolen i stället bedömer att ett fel har begåtts i kvalificerings- eller utvärderingsfasen, kan domstolen förordna att upphandlingen ska rättas. Exempel på sådana fel är om ett anbud inte uppfyller de krav som ställts och därför ska uteslutas eller om den upphandlande myndigheten har underlåtit att följa de utvärderingskriterier som framgår av upphandlingsdokumenten så att utvärderingen behöver göras om.¹⁶⁹ En dom om rättelse innebär att den upphandlande myndigheten inte får lov att ingå avtal med en leverantör innan rättelse har skett.¹⁷⁰ För att en upphandlande myndighet ska ha möjlighet att åtgärda de fel som domstolen anser har begåtts i upphandlingen, är det av vikt att domstolen tydligt preciserar i domen vad det är som ska rättas.¹⁷¹

Enligt 20 kap. 5 § LOU ska en ansökan om överprövning göras hos förvaltningsrätten i den domkrets där leverantören har sin hemvist. Det finns inga

¹⁶¹ Jfr HFD 2013 ref. 24.

¹⁶² RÅ 2009 ref. 69.

¹⁶³ RÅ 2005 ref. 47 och HFD 2013 ref. 5.

¹⁶⁴ RÅ 2005 ref. 47.

¹⁶⁵ Johansson (2016) s. 69.

¹⁶⁶ HFD 2012 ref. 2 och HFD 2013 ref. 5.

¹⁶⁷ RÅ 2005 ref. 17.

¹⁶⁸ Asplund m.fl. (2012) s. 215 f.

¹⁶⁹ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 934 f.

¹⁷⁰ Jfr RÅ 2008 ref. 26.

¹⁷¹ Asplund m.fl. (2012) s. 216.

formkrav i LOU på vad en ansökan om överprövning ska innehålla. Förvaltningsprocesslagens bestämmelser är således tillämpliga på ansökningar av överprövningar.¹⁷² I 4 § FPL stadgas att en ansökan om överprövning ska innehålla information om vad som yrkas och vilka omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Enligt 30 § FPL ska rättsens avgörande av målet grundas på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt har förekommit i målet. Detta innebär att allt som sagt, skrivits eller på annat sätt förekommit i målet utgör processmaterial, på vilket rätten kan grunda sitt avgörande. Rätten är således inte bunden av parternas åberopanden.¹⁷³ Bestämmelsen ger uttryck för den så kallade *officialprövningsprincipen* vilken gäller inom förvaltningsprocesser. Principen medför att parterna inte själva fullt ut förfogar över tvisteföremålet och att domstolen inte är helt bunden av de omständigheter som parterna åberopat i målet.¹⁷⁴

Domstolens utredningsansvar i upphandlingsmål är emellertid begränsad. Officialprövningsprincipen har ett nära samband med den så kallade *officialprincipen* som ligger till grund för såväl domstolens processledningsplikt som domstolens utredningsansvar. Principen kommer till uttryck i 8 § FPL och stadgar att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Officialprincipen innebär att det yttersta ansvaret för målets utredning ligger hos förvaltningsdomstolen.¹⁷⁵ Ansvaret träder dock in först när det finns brister i utredningsmaterialet. Vidare ska, eftersom sökande leverantörer har en tydlig åberopsbörda, officialprincipen tillämpas med försiktighet.¹⁷⁶ Enligt Ehn innebär detta inte att domstolen ska vara passiv och avstå helt från processledning, utan endast att domstolarnas processram är begränsad till vad parterna har åberopat i målet.¹⁷⁷ Inom ramen för sitt utredningsansvar kan domstolen i vissa fall vara skyldig att begära in uppgifter från den upphandlande myndigheten, om uppgifterna behövs för att domstolen effektivt ska kunna granska upphandlingsförfarandet.¹⁷⁸ Det är dock viktigt att domstolen hanterar eventuellt inhämtat material med försiktighet, så att granskningen enbart sker utifrån de skäl för vilka materialet hämtades in. Om materialet skulle påvisa andra brister utöver de som leverantören har åberopat, ska domstolen bortse från dessa.¹⁷⁹ Den bakomliggande orsaken till att domstolen saknar materiellt processledningsansvar i upphandlingsmål är att parterna i dessa mål ses som jämbördiga, då det är ett företag mot en myndighet och inte en enskild mot en myndighet.¹⁸⁰

¹⁷² Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 897.

¹⁷³ Von Essen (2016) s. 57.

¹⁷⁴ Blomberg och Södergren (2020) s. 101 f.

¹⁷⁵ Blomberg och Södergren (2020) s. 41 och s. 101 f. Se även RÅ 2009 ref. 69.

¹⁷⁶ RÅ 2009 ref. 69.

¹⁷⁷ Ehn (2017) s. 252 f.

¹⁷⁸ HFD 2015 ref. 55 och C-450/06 *Varec*, EU:C:2008:91.

¹⁷⁹ HFD 2018 ref. 28.

¹⁸⁰ Jfr RÅ 2009 ref. 69.

3.5.2 Tidsfrister m.m.

Ett avgörande i ett mål om överprövning vinner inte negativ rättskraft.¹⁸¹ Det finns således inget hinder mot att en offentlig upphandling överprövas vid flera olika tillfällen under förfarandet eller att domstolen överprövar upphandlingen på nytt efter ett tidigare ingripande.¹⁸² Det finns emellertid ett antal tidsfrister som en sökande leverantör behöver beakta. Enligt 20 kap. 11 § LOU ska ansökan om överprövning av en upphandling lämnas in till förvaltningsrätten innan den så kallade avtalsspärren har löpt ut. När avtalsspärren löper är den upphandlande myndigheten förhindrad att ingå avtal med en leverantör.¹⁸³ Enligt 20 kap. 1 och 3 §§ LOU får avtal inte ingås förrän tio dagar har passerat sedan underrättelse om tilldelningsbeslut skickats, om underrättelsen har skickats med elektroniskt medel. Det följer även av artikel 2a punkten 2 i ändringsdirektivet¹⁸⁴, att ett avtal inte får ingås förrän minst tio kalenderdagar har passerat, räknat från dagen då tilldelningsbeslut meddelades till de anbudssökande. Av skäl 3 i ändringsdirektivet framgår att syftet med ändringsdirektivet var att åtgärda vissa brister som EU-domstolen uppdatat avseende medlemsstaternas prövningsförfaranden sedan det ursprungliga rättsmedelsdirektivet infördes. Det ansågs bland annat finnas ett behov av mer effektiva lösningar på den nationella nivån avseende överprövningsprocessen.

Av 20 kap. 1 § 2 st. LOU följer att om underrättelsen skickas på annat sätt än med ett elektroniskt medel, gäller avtalsspärren i stället i 15 dagar. När sökanden lämnar in en ansökan om överprövning under avtalsspärren, fortsätter avtalsspärren att löpa under tiden ärendet handläggs hos förvaltningsrätten. Detta kallas för förlängd avtalsspärr.¹⁸⁵ Syftet med att ha en avtalsspärr är att ge leverantörer möjlighet att överväga behovet av en överprövning av upphandlingen samt att skapa en möjlighet att ansöka om överprövning innan den upphandlande myndigheten ingår avtal med en leverantör.¹⁸⁶ När avtal har ingåtts upphör möjligheten att ansöka om överprövning av upphandlingen och det är därför endast möjligt att ansöka om överprövning av avtalets giltighet.¹⁸⁷

Förutom reglerna om avtalsspärr innehåller LOU även så kallade preklusionsfrister. Preklusion innebär att en rättighet eller omständighet inte kan göras gällande om den inte anmäls eller blir föremål för en talan i domstolen innan en viss tidpunkt.¹⁸⁸ Av 20 kap. 5 b § LOU följer att den sökande leverantören

¹⁸¹ HFD 2013 ref. 36.

¹⁸² Prop. 2021/22:120 s. 23.

¹⁸³ Forsberg (2019) s. 324.

¹⁸⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹⁸⁵ Forsberg (2019) s. 333 ff.

¹⁸⁶ Prop. 2009/10:180 s. 352.

¹⁸⁷ Rosén Andersson m.fl. (2020) s. 890.

¹⁸⁸ Prop. 2021/22:120 s. 38.

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, om leverantören inte gör sannolikt att omständigheten inte har kunnat åberopas tidigare eller att leverantören annars har haft en giltig ursäkt att inte göra det. En leverantör kan således inte inkomma med nya omständigheter efter tre veckor från det att leverantören ansökt om överprövning. Bestämelsen tar sikte på nya rättsfakta, och inte bevisfakta eller bevisning. Vad nya omständigheter närmare innebär framgår dock inte av förarbetena.¹⁸⁹ Utgångspunkten för bedömningen är att de nya omständigheterna inte får medföra att saken ändras.¹⁹⁰

Exempel på när en leverantör inte har kunnat åberopa en omständighet tidigare kan vara när leverantören fått kännedom om omständigheten först efter att fristen har löpt ut.¹⁹¹ Undantaget om en giltig ursäkt kan exempelvis omfatta situationer då motparten åberopat en omständighet som leverantören inte haft anledning att överväga tidigare. I dessa fall ska leverantören ges möjlighet att åberopa grunder som är nödvändiga för att bemöta denna omständighet. Att en motpart uppmärksammar domstolen på grundläggande brister i en ansökan om överprövning, exempelvis formella brister eller avsaknad av motivering för skada, bör dock inte utgöra en giltig ursäkt för ett sent åberopande.¹⁹² Vidare har EU-domstolen anfört att om en normalt informerad och rimligt omsorgsfull leverantör hade kunnat förstå villkoren för anbudsförfarandet först efter att tilldelningsbeslut fattats och efter att uttömmande information lämnats av den upphandlande myndigheten, kan leverantörens talan inte anses prekluderad.¹⁹³

Enligt 20 kap. 5 c § LOU får en omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten endast beaktas av rätten om parten gör sannolikt att omständigheten inte har kunnat åberopas i förvaltningsrätten eller att det funnits skäl för att inte göra det. Kammarrätten i Sundsvall har anfört att det ankommer på en leverantör som vill ansöka om överprövning av en offentlig upphandling att försäkra sig om att ansökan inkommer till domstolen i rätt tid.¹⁹⁴ Vidare har Kammarrätten i Jönköping anfört att ett eventuellt anstånd med att komplettera sin ansökan om överprövning som överstiger tidsgränsen för preklusion, inte innebär att preklusionsfristen förlängs.¹⁹⁵

Syftet med införandet av preklusionsfrister har varit att göra överprövningsprocessen mer lättöverskådlig, effektiv och förutsebar.¹⁹⁶ Enligt Hettne är regler om preklusion nödvändiga för att uppfylla rättsmedelsdirektivens mål.

¹⁸⁹ Prop. 2021/22:120 s. 85.

¹⁹⁰ Von Essen (2017) s. 355.

¹⁹¹ Prop. 2021/22:120 s. 85.

¹⁹² Prop. 2021/22:120 s. 86.

¹⁹³ C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166, punkt 57-58.

¹⁹⁴ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1827-21.

¹⁹⁵ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1791-23.

¹⁹⁶ Prop. 2021/22:120 s. 46.

Enligt Hettne finns det dock andra tillvägagångssätt för att uppnå rättsmedelsdirektivens fulla verkan i svensk rätt än att lagstadga om preklusion. Hettne menar att 20 kap. 6 § LOU, med ledning av praxis från EU-domstolen, kan tänkas innebära en skyldighet för leverantörer att begränsa sin skada. Genom en förändrad och direktivkonform tolkning av begreppet *skada* i 20 kap. 6 § LOU, och genom att dra paralleller till skadeståndsrättsliga principer vid tolkningen av rättsmedelsdirektiven, finner Hettne att paragrafen medför en viss skyldighet för leverantörer att begära rättelse eller påtala oegentligheter för att leverantören ska ha möjlighet att väcka talan efter att talefristen har löpt ut samt ha möjlighet att lida skada i rättslig mening. Enligt Hettne är en sådan tolkning av skaderekvisitet möjlig, eftersom nationella bestämmelser kan ges en förändrad innebörd genom en direktivkonform tolkning.¹⁹⁷ Hettnes uppfattning ligger nära den tolkning som HFD sedermera gjorde genom HFD 2022 ref. 4. Skillnaden är att frågan om preklusion tar sikte på att talerätten i visst avseende avskärs medan påtalandeskyldigheten tar sikte på den efterföljande materiella prövningen av skaderekvisitet.¹⁹⁸

Preklusionsfrister är generellt ovanliga inom förvaltningsrätten, men det finns ett fåtal undantag.¹⁹⁹ Enligt 13 kap. 7 § kommunallagen (2017:725) (KL) får en kommunmedlem i en laglighetsprövning inte åberopa andra omständigheter än de som åberopats innan överklagandetiden av ett kommunalbeslut har löpt ut. I laglighetsprövningsmål får rätten endast beakta sådant som ingetts efter klagotidens utgång om materialet utgör förtydliganden eller preciseringar av det som har åberopats innan klagotidens utgång.²⁰⁰ Vidare finns det en preklusionsfrist för allmän förvaltningsprocessrätt avseende nya omständigheter och bevis som åberopas i HFD. Av 37 § FPL följer att HFD inte får beakta omständigheter eller bevis som åberopats först i HFD om det inte finns särskilda skäl. HFD har dock inte varit särskilt tydlig avseende hur regeln ska tillämpas, även i de fall motparten har anfört att det har åberopats ny bevisning eller nya omständigheter.²⁰¹

Preklusionsfristerna i LOU innebär att möjligheten att ansöka om överprövning på grund av brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet upphör vid en viss tidpunkt. På sikt skulle preklusionsfristerna kunna leda till färre ansökningar om överprövning, vilket i sin tur skulle leda till att fler offentliga upphandlingar avslutas fortare. Om en part åberopar nytt processmaterial sent under ett domstolsförfarande, finns det en betydande risk att avgörandet av målet försenas.²⁰² EU-domstolen har även uttalat att rättsmedelsdirektivens mål inte uppfylls fullt ut om en leverantör tillåts åberopa överträdelser i samtliga skeden av upphandlingsförfarandet, eftersom det då skulle finnas en risk att den upphandlande myndigheten tvingades göra om hela

¹⁹⁷ Jfr Hettne (2016) s. 213 f.

¹⁹⁸ Asplund (2023) s. 33 f.

¹⁹⁹ Prop. 2021/22:120 s. 44.

²⁰⁰ RÅ 1994 ref. 65.

²⁰¹ Blomberg och Södergren (2020) s. 145 f.

²⁰² Prop. 2021/22:120 s. 41 ff. Se även prop. 2009/10:180 s. 155 ff.

förfarandet för att kunna korrigera överträdelser i det tidigare skedet.²⁰³ Regler om preklusion kan även säkerställa att upphandlande myndigheters rättsstridiga beslut påtalas och korrigeras så snart leverantörer får kännedom om överträdelsen, vilken i sin tur överensstämmer med rättsmedelsdirektivens mål.²⁰⁴ Vidare har EU-domstolen uttalat att en preklusionsfrist enbart får börja löpa från det datum som leverantören haft eller borde haft vetskap om den överträdelse som görs gällande i överprövningsmålet.²⁰⁵ Det är dock av vikt att de nationella reglerna om preklusionsfrister genomförs på ett sätt som uppfyller kraven på rättssäkerhet. Det innebär att bestämmelser avseende tidsfrister ska vara så precisa, klara och förutsebara att enskilda ges en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.²⁰⁶

En nackdel som pekats ut med preklusionsfrister är att det kan bli svårt för leverantörer att hinna gå igenom och behandla alla de omständigheter som kan vara relevanta för fallet. Det gäller inte minst för leverantörer som saknar stor kompetens och erfarenhet avseende överprövningsprocesser samt leverantörer som saknar medel för att anlita ombud.²⁰⁷ Reglerna om preklusion tar endast sikte på de omständigheter som den ansökande leverantören ska åberopa. Upphandlande myndigheter har således ingen preklusionsfrist att ta hänsyn till.²⁰⁸

3.6 Reflektioner kring skadebedömningen och överprövningsprocessen i upphandlingsmål

3.6.1 Bör kretsen av talerätsberättigade göras snävare?

Som framgår av avsnitt 3.1 ovan syftar rättsmedelsdirektiven till att säkerställa att det finns snabba och effektiva rättsmedel, för det fall att de EU-rättsliga reglerna för offentlig upphandling överträds. Enligt min mening är det essentiellt att det går att överpröva upphandlingar på ett effektivt sätt, eftersom upphandlingar i grunden finansieras av nationella skattemedel samt att offentliga upphandlingar har stor påverkan på samhällsekonomin generellt. Det är därför av vikt att säkerställa att skattemedlen används kostnads-effektivt och ändamålsenligt samt att det finns möjlighet till ingripande, i form av en överprövning, om så inte är fallet. Upphandlande myndigheter ska inte kunna agera illojalt eller rättsstridigt utan att det medför konsekvenser.

Att endast en begränsad krets av leverantörer tillerkänns talerätt i upphandlingsmål menar jag kan leda till färre överprövningar. En snävare grupp av taleberättigade leverantörer anser jag även uppfyller rättsmedelsdirektivens

²⁰³ C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, EU:C:2002:746; C-241/06 *Lämmerzhal GmbH*, EU:C:2007:597 och C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, EU:C:2010:46.

²⁰⁴ C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, EU:C:2002:746.

²⁰⁵ C-406/08 *Uniplex*, EU:C:2010:45, punkt 32.

²⁰⁶ C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, EU:C:2010:46, punkt 60-62.

²⁰⁷ Prop. 2021/22:120 s. 46.

²⁰⁸ Prop. 2021/22:120 s. 50.

mål om såväl skyndsamhet som förutsebarhet väl. En fråga som uppkommer är emellertid om kretsen av taleberättigade leverantörer är tillräckligt snäv för att fullt ut uppfylla kravet på förutsebarhet. Som behandlats ovan i avsnitt 3.2 räcker det att leverantören ska ha haft ett intresse i att delta i upphandlingen, för att tillerkännas talerätt. En leverantör kan således anses ha lidit eller riskerat att lida skada, trots att leverantören inte har lämnat anbud i upphandlingen. Om kretsen taleberättigade leverantörer hade gjorts snävare anser jag att förutsebarheten i överprövningsprocessen hade kunnat öka, inte minst för den upphandlande myndigheten. Det blir oförutsebart för den upphandlande myndigheten att en leverantör som inte på något vis har deltagit i upphandlingsförfarandet utan förvarning kan ansöka om överprövning. Om talerätten exempelvis endast tillerkändes leverantörer som faktiskt lämnat anbud i upphandlingen, skulle en eventuell överprövningsprocess bli mer förutsebar för den upphandlande myndigheten. Dock hade en åtstramning av den talerättsberättigade kretsen troligtvis varit svårförenlig med det grundläggande syftet bakom det upphandlingsrättsliga regelverket, avseende att främja en effektiv konkurrens på marknaden samt att tillse att offentliga medel används effektivt. Det är av väsentlig betydelse att det finns en möjlighet att ansöka om överprövning om den upphandlande myndigheten inte har förfarit korrekt enligt regelverket. Genom att tillerkänna en vid krets av leverantörer talerätt, ökar möjligheten att tillse att rättssäkerheten upprätthålls genom att fler parter ges möjlighet att ansöka om överprövning för det fall det är befogat. Med hänsyn till att överprövningsförfarandet utgör en viktig kontrollfunktion, anser jag att det är adekvat att ha en vidsträckt talerätt i upphandlingsmål.

3.6.2 Är det möjligt att använda skaderekvisitet strategiskt?

Att skaderekvisitet i 20 kap 6 § LOU är beroende av att ett upphandlingsfel har begåtts *samt* att den sökande leverantören har lidit eller riskerat att lida skada av felet, är enligt min mening inte helt oproblematiskt. Enligt min mening blir det märkligt och svårt att acceptera att den upphandlande myndigheten de facto kan ha begått ett fel, men kan undkomma att stå till svars för felet, om ”fel” leverantör ansöker om överprövning. Om den sökande leverantören har erhållit en låg placering i utvärderingen har leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt inte påverkats av det påstådda felet. Således kan leverantören inte få bifall till sin ansökan om överprövning vilket i sin tur innebär att den felaktiga upphandlingen får bestå. Leverantören torde ha ett stort intresse i att förfarandet är rättssäkert och att upphandlingsprocessen genomförs i enlighet med det upphandlingsrättsliga regelverket, eftersom det innebär en stor ekonomisk fördel att antas som leverantör.

Vidare krävs, som anförts ovan i avsnitt 3.2 och avsnitt 3.5.1, att leverantören visar att denne uppfyller skaderekvisitet. Det är, enligt min mening, inte otänkbart att en leverantör medvetet underlåter att lämna anbud för att på så vis placera sig i en bättre position avseende bedömningen av skaderekvisitet. Som exempel kan nämnas en leverantör som har lämnat anbud, vars anbud erhöll lägst poäng vid utvärderingen alternativt förkastades på grund av att

leverantören inte uppfyllde samtliga krav i upphandlingsdokumenten. Eftersom leverantören inte uppfyllde kraven, alternativt inte placerade sig tillräckligt högt i den totala utvärderingen, kan leverantören inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada och därmed kan leverantören inte få bifall till sin ansökan om överprövning. Om en leverantör däremot väljer att inte lämna anbud, saknas verifikat avseende vilken placering leverantören skulle ha erhållit i utvärderingen, vilket i sin tur medför en svårighet att hävda att leverantören *inte* har lidit eller riskerat att lida skada. Det är således inte otänkbart att en leverantör, som bedömer att denne troligtvis inte kommer tilldelas kontrakt, avstår från att lämna anbud för att därigenom enklare kunna bevisa att skaderekvisitet är uppfyllt i en kommande överprövningsprocess. Det kan i sin tur leda till att leverantörens möjlighet att uppfylla rekvisiten i 20 kap. 6 § LOU ökar, vilket även ökar möjligheten att få bifall till sin ansökan om överprövning. En leverantör som inte bedömer det troligt att denne kommer tilldelas kontrakt eller i vart fall placera sig i toppen av anbudsgivarna, torde därför ha en fördel i att inte lämna anbud och i stället ansöka om överprövning.

Enligt min mening är det inte helt oproblematiskt att leverantören kan agera strategiskt för att öka sannolikheten att få bifall vid en framtida överprövningsprocess. Bland annat anser jag att det är otillbörligt att en leverantör kan gynnas av ett sådant strategiskt förfarande samtidigt som statliga medel behöver läggas på en överprövningsprocess. Enligt min mening är det otvivelaktigt att ett förordnande om att upphandlingen ska göras om är mer ingripande än ett rättelseförordnande. Här bör dock framhållas att leverantören omfattas av omsorgsplikten och av skyldigheten att begränsa sin skada, trots att denne inte har lämnat anbud. Leverantören behöver exempelvis fortfarande påtala eventuella fel och brister samt begära förtydliganden och kompletteringar under anbudstiden. Vidare kan en leverantör som inte lämnat anbud enbart yrka att upphandlingen ska göras om, eftersom en rättelse inte påverkar en leverantör som inte lämnat anbud. Av den anledningen anser jag inte nödvändigtvis att konkurrensen påverkas negativt av att en leverantör avstår från att lämna anbud och i stället ansöker om överprövning.

En fråga som uppstår är dock om skadebedömningen är förutsebar och effektiv. Att en leverantör kan avstå från att lämna anbud men ändå ges rätt att ansöka om överprövning jämte det faktum att domstolen gör en enskild bedömning av skaderekvisitet i varje enskilt fall, gör förfarandet oförutsebart och oberäkneligt för såväl leverantörer som den upphandlande myndigheten. På så vis försämrar rättssäkerheten i detta avseende. Bestämmelserna i LOU, och det EU-rättsliga upphandlingsregelverket, är över lag generellt hållna. Domstolen behöver således göra en bedömning i varje enskilt fall. Enligt min mening är det en fördel, om inte en nödvändighet, att ha generella lagregler och bedöma varje situation och varje upphandling för sig. Det gäller inte minst för att inte riskera att ett anbud skulle behöva förkastas vid varje avvikelser från upphandlingsdokumenten. Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv

skulle det medföra alltför stora konsekvenser i form av onödiga kostnader. Det är således nödvändigt att domstolen ges ett visst utrymme för att göra enskilda bedömningar. Rättssäkerheten blir därför hög i form av förutsebarhet, på så vis att godtycklighet inte kan förekomma i lika stor utsträckning när det finns möjlighet till överprövning. Genom insyn i upphandlingen minskar risken att en upphandlande myndighet kan välja sin leverantör godtyckligt. Att domstolen, enligt 20 kap. 6 § LOU, inte heller får beakta möjligheten att delta i framtida upphandlingar i sin bedömning anser jag är rimligt. Jag anser att skadebedömningen hade blivit alldeles för oförutsebar, om skadan kunnat svälla i obegränsad omfattning. Enligt min mening är det således befogat att domstolens prövning endast tar sikte på den aktuella upphandlingen.

3.6.3 Är leverantörens åberopsbördan och bevisbördan proportionerlig?

Till skillnad från förvaltningsprocesser inom andra rättsområden, saknar domstolen ett materiellt processledningsansvar i upphandlingsmål eftersom parterna i upphandlingsmål anses jämbördiga.²⁰⁹ Frågan är dock om mindre leverantörer kan anses jämbördiga med en upphandlande myndighet. Den upphandlande myndigheten torde ha större kunskap om offentlig upphandling än en mindre leverantör samt ha större ekonomisk möjlighet att anlita juridisk expertis om det skulle krävas. Således anser jag inte att parterna är helt jämbördiga.

Att bevisbördan åläggs den sökande leverantören framstår enligt min mening som rimligt. För det första får det anses enklare att bevisa att något är fel jämfört med att bevisa att något inte är fel. Hur ska en upphandlande myndighet kunna bevisa att leverantören inte har lidit skada? Det är således skäligt att den sökande leverantören behöver konkretisera på vilket sätt denne lidit eller riskerat att lida skada. För det andra anser jag att det är rimligt att leverantören konkretiserar skadan för att inte göra möjligheten att ansöka om överprövning alltför enkel. Mot bakgrund av att det är kostnadsfritt att ansöka om överprövning samt att leverantören inte behöver stå för några kostnader (bortsett från eventuella ombudskostnader och interna kostnader för nedlagd tid), anser jag att det framstår som resonligt att leverantören åläggs en viss bördan för att förhindra att leverantören överprövar en offentlig upphandling av illvilliga skäl. Därigenom upprätthålls rättsmedelsdirektivets och det upphandlingsrättsliga regelverkets krav på effektivitet.

En potentiell risk med att placera bevisbördan och åberopsbördan på leverantören är dock att bördan riskerar att bli alltför stor för leverantören. Det torde slå hårdast mot mindre leverantörer, eftersom det förefaller utmanande för ett litet bolag att uppfylla en bevisbördan och åberopsbördan om leverantören saknar juridisk kunskap avseende överprövningsprocessen. Generellt framstår det, enligt min uppfattning, som enkelt att uppfylla rekvisiten för att kunna

²⁰⁹ Se uppsatsens avsnitt 3.5.1.

överpröva en offentlig upphandling men desto svårare att vinna framgång med sin ansökan, med anledning av de höga kraven på bevisföring. Vidare riskerar förfarandet att bli problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Det finns en risk att det blir en ojämnvikt mellan parterna, på så vis att den upphandlande myndigheten torde ha större möjligheter att anlita ett juridiskt ombud som är van vid processföringen, jämfört med en mindre leverantör som saknar denna kunskap och erfarenhet samt saknar medel för att kunna ta in juridisk expertis. Sammantaget finns det en risk att det blir svårt för leverantören, inte minst för små bolag, att vinna framgång i en överprövningsprocess.

3.6.4 Bör det finnas en avgift i upphandlingsmål?

I förarbeten har det förts en diskussion om att införa en ansökningsavgift och ett ömsesidigt processkostnadsansvar i upphandlingsmål.²¹⁰ Mot bakgrund av att det upphandlingsrättsliga regelverket vilar på EU-rättslig grund, uppkommer frågan om det är möjligt att införa ett processkostnadsansvar utan att samtidigt överträda likvärdighetsprincipen.

Som anförts ovan i avsnitt 3.5.1 och avsnitt 3.6.3, anses upphandlingsmål föras mellan två jämbördiga parter. I grunden är det näringsidkare som konkurrerar om ett kontrakt med den upphandlande myndigheten. Enligt min mening finns det dock en problematik med att införa en avgift för att tillerkännas rätt att överpröva en offentlig upphandling. Det förefaller orättfärdigt att en leverantör åläggs att erlægga betalning till staten, för att ens ha möjlighet att göra gällande att en offentlig myndighet har begått ett fel i sin upphandling. Som exempel kan nämnas en leverantör som behöver tilldelas kontrakt i upphandlingen för att inte riskera att försättas i konkurs men som saknar förmögenhet att pröva sin rätt. Ansökningsavgifter och ett processkostnadsansvar skulle därför, enligt min mening, bli problematiskt, inte minst ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Här bör särskilt framhållas att i synnerhet små och mindre resursstarka leverantörer riskerar att avstå från befogade överprövningar endast av ekonomiska skäl och i förlängningen även ett minskat deltagande i offentliga upphandlingar. Hade leverantören varit tvungen att erlægga en ansökningsavgift samt riskera att få stå för motpartens rättegångskostnader, torde dock leverantören endast ansöka om överprövning om denne bedömer att det finns en övervägande möjlighet att få bifall till sin ansökan om överprövning. Detta skulle troligtvis förhindra att leverantörer obefogat eller av illvilliga skäl överprövar offentliga upphandlingar. En form av spärr är således, enligt min mening, rimligt att införa i syfte att förhindra illvilliga överprövningar och förhindra ett otillbörligt utnyttjande av överprövningsprocessen, dock inte i form av en ansökningsavgift och ett ömsesidigt processkostnadsansvar.

²¹⁰ Se uppsatsens avsnitt 3.1.3.

3.6.5 Är tidsgränser i upphandlingsmål fördelaktigt?

Enligt min mening framstår det som befogat att det finns en gräns för dels när leverantören behöver ha inkommit med en ansökan om överprövning, dels när nya omständigheter inte längre får åberopas. Hade det inte funnits ett ramverk som begränsar när allt material behöver vara inlämnat till domstolen, hade det inneburit att parterna evinnerligen hade kunnat tillföra nya omständigheter till fallet. Det hade i sin tur gjort det svårt för parterna att bestämma sig för hur de ska bemöta en överprövning, om innehållet i överprövningen tillåts att ändras och fyllas på under en obegränsad tid. Genom att det finns angivna tidsfrister för när ramarna för processen ska vara satta, torde processen både bli mer effektiv och mer förutsebar vilket ligger i linje med grundtanken bakom rättsmedelsdirektiven. Leverantören anför A och den upphandlande myndigheten bemöter A. Om leverantören i efterhand även kan invända och göra gällande B och C, skulle processen svälla och riskera att bli orimligt omfattande. Genom en angiven tidsfrist för när processens ramar ska vara satta, blir processen mer strategiskt präglad för parterna vilket, som tidigare anförts, ligger väl i linje med önskan om en effektiv överprövningsprocess. Utan preklusionsfrister hade leverantören kunnat åberopa överträdelser i samtliga skeden av upphandlingsförfarandet, vilket jag anser skulle stå i strid med rättsmedelsdirektivens mål om skyndsamhet och effektivitet. EU-domstolen har dessutom i ett flertal rättsfall, inte minst genom målet *UniversaleBau*, slagit fast att skäliga preklusionsfrister är förenliga med rättsmedelsdirektivens syfte att effektivisera överprövningsprocessen.

Huruvida en tiodagarsfrist för att inkomma med en ansökan om överprövning av en offentlig upphandling är tillräcklig går att diskutera. Om leverantören har lämnat anbud i upphandlingen torde leverantören vara väl insatt i upphandlingsdokumenten och således bör tio dagar för att författa en ansökan om överprövning vara tillräcklig, i synnerhet eftersom leverantören även har en möjlighet att utveckla sin talan under tre veckors tid. Om tidsfristerna förkortats anser jag att det finns en risk att rättssäkerheten inte kan upprätthållas. Fristen behöver dock vara tillräckligt lång för att leverantören ska hinna inkomma med ett yttrande. Preklusionsfristerna ställer högre krav på att leverantören gör en grundlig genomgång av upphandlingsdokumenten. Det innebär att leverantören har ytterligare en faktor att förhålla sig till under upphandlingsförfarandet. Det torde bli mest utmanande för mindre leverantörer, som eventuellt saknar resurser för att gå igenom upphandlingsdokumenten och sedermera formulera ett yttrande. Om preklusionsfristerna kan leda till kortare och effektivare överprövningsprocesser, torde det dock även gynna leverantörerna. Det är av vikt att den offentliga samhällsapparaten fungerar och att avtal sluts så fort som möjligt för att undvika dels att leverantören står utan inkomst, dels att den upphandlande myndigheten står utan vara eller tjänst. Frågan är dock om det är rimligt att vissa omständigheter ska förbises (om de åberopas efter preklusionsfristens utgång) enbart för att effektivisera processen?

Jag anser att det inte är helt oproblematiskt att det endast är den sökande leverantören som begränsas i möjligheten att påtala nya omständigheter och att den upphandlande myndigheten saknar motsvarande restriktioner. Tidsfristerna kräver en djupare förståelse för överprövningsprocessen och det finns en risk att leverantören inte besitter den kunskap som erfordras. Det är viktigt att säkerställa att den sökande leverantören ges rimliga förutsättningar att bemöta samtliga omständigheter som förs fram av motparten. Att leverantören endast ges tio dagar att granska övriga anbud skulle kunna medföra risker ur ett rättssäkerhetsperspektiv. En alternativ lösning hade kunnat vara att införa en möjlighet för domstolen att vid behov förelägga parterna i målet att före ett visst datum fastställa sin talan. Vid bestämmandet av fristen bör då hänsyn tas till upphandlingens storlek och komplexitet. Ett sådant föreläggande hade inneburit att nya omständigheter inte hade kunnat åberopas av någondera part efter ett visst datum, vilket i sin tur hade inneburit att parterna hade likabehandlats. Ett sådant förfarande hade även möjliggjort en mer effektiv processföring från domstolens sida.

4 Påtalandeskyldigheten

I detta kapitel ges först i avsnitt 4.1 en kort presentation av målen där HFD presenterade den så kallade *påtalandeskyldigheten*. I avsnitt 4.2 behandlas de följder som domarna medfört i relation till skadebedömningen vid överprövning av upphandling.

I avsnitt 4.3 presenteras ett flertal rättsfall som behandlar påtalandeskyldigheten. Eftersom det saknas en tydlig vägledning från prejudikatinstans har kammarrättsavgöranden analyserats, för att på så vis få en djupare indikation på hur påtalandeskyldigheten tillämpas i praktiken. Rättsfallen är i görligaste mån tematiskt uppdelade i två kategorier: situationer där kammarrätter ansett att påtalandeskyldigheten inte varit uppfylld respektive uppfylld. Rättsfallen innehåller många olika aspekter som ska vävas samman och jag upplever att olika kammarrätters bedömningar ofta är svåra att förena med varandra. Det har således varit utmanande att hitta en struktur och en röd tråd som gör det enkelt för läsaren att följa med i texten. Jag har bedömt att den valda uppdelningen gör sammanhanget så tydligt som möjligt för läsaren. I ett antal fall har jag även valt att kort kommentera rättsfallet i den löpande texten, där jag bedömt det vara behövligt att ge läsaren viss vägledning kring domstolens resonemang.

I avsnitt 4.4 diskuteras möjligheten att införa en påtalandeskyldighet i lag. Slutligen presenteras i avsnitt 4.5 egna reflektioner avseende det som framförts i kapitlet. Strukturen i reflektionsavsnittet följer en liknande struktur som avsnitten i den löpande texten. För att påminna läsaren om de resonemang som kammarrätterna har fört, blir det en viss upprepning i reflektionsavsnittet. Jag har bedömt det vara nödvändigt för att läsaren ska förstå de slutsatser jag drar avseende rättsfallen.

4.1 HFD 2022 ref. 4 I och II

4.1.1 Bakgrund i målen

I januari 2022 meddelade HFD två domar som har fått stor praktisk betydelse på upphandlingsområdet. I det första målet gjorde leverantören gällande att upphandlingen innehöll brister bland annat på grund av att det saknades uppgifter om tak för den kvantitet som totalt sett kunde avropas genom ramavtalet. Leverantören menade att avsaknaden av uppgifter om total kvantitet gjorde att denne tvingats ta höjd för högre volymer än det faktiska utfallet. Leverantören menade vidare att om den totala kvantiteten hade angetts hade denne kunnat uppnå kostnadsbesparingar vilket i sin tur hade kunnat resultera i ett lägre anbudspris och därmed en bättre placering i rangordningen i upphandlingen.

I det andra målet innehöll upphandlingsdokumentet uppgifter om historiska kvantiteter samt en uppskattning av framtida behov. Den upphandlande myndigheten hade även tillhandahållit en ordning för hur frågor kring upphandlingen kunde ställas under anbudstiden. Någon fråga angående ramavtalets maximala omfattning kom emellertid inte in. Leverantören gjorde gällande att denne lidit skada på grund av att leverantören skulle ha gjort en annan kalkyl samt lämnat ett annat anbudspris om det i upphandlingsdokumenten hade angivits ett maximalt värde eller en maximal volym för ramavtalet.

4.1.2 Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

I de aktuella målen anförde HFD att det inte är tillräckligt att i allmänna ordalag beskriva den skada eller risk för skada en brist har lett till, utan en leverantör måste kunna konkretisera på vilket sätt bristen har medfört att leverantören har lidit eller riskerat att lida skada.²¹¹ Vidare anförde HFD att det vid skadebedömningen dessutom ska beaktas om leverantören har gjort vad som krävs för att undvika att skada uppkommer. När det kommer till brister i upphandlingsdokumenten uttalar domstolen att en leverantör som anser att upphandlingsdokument är ofullständiga eller otydliga exempelvis redan under anbudstiden bör ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, kan leverantören normalt sett inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada.²¹²

HFD ansåg att de upphandlande myndigheterna i båda fallen hade brutit mot det upphandlingsrättsliga regelverket genom att inte ange någon takvolym. Däremot fann HFD att leverantörerna inte visat att de lidit eller riskerat att lida skada på grund av avsaknaden av uppgifter om takvolym, varför det saknades anledning att ingripa mot upphandlingen. Som grund för beslutet anförde HFD bland annat att leverantörerna inte hade begärt några förtydliganden under anbudstiden, att leverantörernas beskrivningar av skadan var förhållandevis allmänt hållna och att den påstådda skadan hänförde sig delvis till leverantörernas möjlighet att lämna anbud vid en kommande upphandling. Därmed ansågs skaderekvisitet inte vara uppfyllt.

I samband med att domarna publicerades förtydligade HFD därmed att det inte enbart finns en möjlighet för leverantörer att ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden under anbudsfasen, utan att det är ett åliggande för att leverantören vid en eventuell överprövning ska kunna hävda att skaderekvisitet är uppfyllt. HFD slog således fast att det finns en så kallad *påtalandeskyldighet* för leverantörer och därmed att en ny beståndsdel införts i skaderekvisitet.²¹³

²¹¹ HFD 2022 ref. 4 punkt 23.

²¹² HFD 2022 ref. 4 punkt 25.

²¹³ Se uppsatsens avsnitt 3.2 och avsnitt 3.3 för en närmare redogörelse av begreppet skaderekvisit.

4.2 Allmänt om påtalandeskyldigheten i relation till skaderekvisitet

Före HFD 2022 ref. 4 publicerades hade leverantörer, enligt Asplund, en oupphörlig möjlighet att ansöka om överprövning i samband med tilldelningsbeslut, trots att de påstådda felen var hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Att HFD nu inte längre gör det möjligt för en leverantör att underlåta att påtala eventuella brister som upptäckts under anbudstiden, menar Asplund ligger i linje med rättsmedelsdirektivens krav på skyndsamhet och effektivitet.²¹⁴ Påtalandeskyldigheten bör dock tillämpas med försiktighet och inte utsträckas längre än vad som faktiskt framgår av HFD 2022 ref. 4. Asplund menar att det faktum att HFD anförde att påtalandeskyldigheten inte behöver fullgöras om det finns godtagbara skäl, utgör en ventil för oförutsebara händelser. Enligt Asplund innebär detta att påtalandeskyldigheten synes vara begränsad till enklare åtgärder och relativt uppenbara brister.²¹⁵

Enligt Lindberg och Palm har HFD 2022 ref. 4 fått tydligt genomslag i underinstanserna. Lindberg och Palm menar att sedan rättsfallet publicerades har domstolarna i ett flertal fall avslagit ansökningar om överprövning enbart på den grund att leverantören inte har påtalat bristen eller felaktigheten under anbudstiden.²¹⁶ Vad som återstår att bringa klarhet i avseende påtalandeskyldigheten är dock hur vidsträckt den är. I flera fall har kammarrätter bedömt att brister i upphandlingen inte har kunnat leda till skada för en sökande leverantör, eftersom denne har lämnat anbud i upphandlingen utan att ställa några frågor.²¹⁷ Kravet på skada vid otydliga upphandlingsdokument har tidigare varit lågt ställt. Om domstolen finner att upphandlingsdokumenten står i strid med principen om transparens ska leverantören anses ha lidit skada.²¹⁸ Införandet av påtalandeskyldigheten innebär ett ändrat rättsläge avseende skaderekvisitets tillämpning, eftersom kravet på skada vid otydliga upphandlingsdokument inte längre är lika lågt ställt.

I juli 2022 meddelade HFD ytterligare ett avgörande beträffande skaderekvisitets tillämpning genom *HFD 2022 ref. 30*. Målet rörde skaderekvisitets tillämpning när ett anbud har uteslutits från en offentlig upphandling på grund av att anbudet inte uppfyllde ett obligatoriskt krav ("krav 1"). Som grund för talan anförde leverantören dels att anbudet uppfyllde krav 1, dels att ett annat obligatoriskt krav ("krav 2") var oprecist formulerat vilket stred mot transparensprincipen. HFD ansåg att det var utrett att leverantören inte uppfyllde krav 1. HFD anförde att en leverantör vars anbud rätteligen har förkastats på grund av att det inte uppfyllde ett obligatoriskt krav, inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av brister i utformningen av andra

²¹⁴ Asplund (2023) s. 40.

²¹⁵ Asplund (2023) s. 37.

²¹⁶ Lindberg och Palm (2023).

²¹⁷ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1578-22, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3508-21 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6319-21 och mål nr 6320-21.

²¹⁸ Forsberg (2019) s. 329 f. Se även HFD 2013 ref. 53.

obligatoriska krav. Vidare framhöll HFD att det måste finnas en tydlig kausalitet mellan den påstådda skadan och den påtalade bristen. HFD anförde dock att bedömningen hade kunnat bli annorlunda, det vill säga att leverantören hade kunnat lida eller riskerat att lida skada på grund av att krav 2 varit bristfälligt utformat, om leverantören hade ansökt om överprövning redan i det konkurrensuppsökande skedet.

Genom HFD 2022 ref. 30 bekräftar HFD det resonemang som gjordes i HFD 2022 ref. 4 avseende att det krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan en påstådd brist i upphandlingen och den skada som görs gällande, för att skaderekvisitet ska kunna uppfyllas. HFD 2022 ref. 30 belyser även vikten av att beakta påtalandeskyldigheten under anbudstiden. Rättsfallen visar att även om leverantören har påtalat en brist eller felaktighet i upphandlingen, begränsas möjligheten att vinna framgång i en överprövningsprocess om leverantören inte anses uppfylla ett annat krav än det krav som påtalas. HFD 2022 ref. 30 tydliggör således påtalandeskyldigheten genom att leverantören åläggs en skyldighet att ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden avseende *samtliga* omständigheter som är av intresse.

Enligt Lindén, Ljöstad och Lindqvist innebär HFD 2022 ref. 30, jämte HFD 2022 ref. 4, att en leverantörs bevisbörda har ökat avsevärt avseende att denne har lidit skada.²¹⁹ Vidare menar Lindén, Ljöstad och Lindqvist att avgörandena innebär att HFD numera gör en restriktiv skadebedömning avseende leverantörers skada i offentliga upphandlingar, vilket i sin tur innebär att skadebedömningen vid överprövning av en offentlig upphandling har blivit hårdare än innan.²²⁰

4.3 Påtalandeskyldighetens genomslag i kammarrätt

4.3.1 Situationer där påtalandeskyldigheten *inte* ansetts vara uppfylld

Leverantörers påtalandeskyldighet beträffande avtalets art och omfattning har varit föremål för prövning i kammarrätt vid ett flertal tillfällen. De kammarrätter som hittills har prövat frågan tycks vara förhållandevis eniga om att oklarheter avseende grundläggande avtalsvillkor, exempelvis avtalstyp, omfattas av påtalandeskyldigheten.

I Kammarrätten i Göteborgs *mål nr 6319-21* och *mål nr 6320-21* anförde kammarrätten att en leverantör som anser att det föreligger otydligheter avseende om upphandlingen huvudsakligen avser ett ramavtal eller ett kontrakt samt vad avtalets maximala omfattning är, ska påtala detta under anbudstiden. Om leverantören inte under anbudstiden framför några invändningar mot den valda avtalsformen eller avtalslängden, och inte heller begär något

²¹⁹ Lindén, Ljöstad och Lindqvist (2022) s. 103.

²²⁰ Lindén, Ljöstad och Lindqvist (2022) s. 99.

förtydligande eller ställer någon fråga avseende avtalets maximala omfattning, anses skaderekvisitet inte vara uppfyllt.

Vidare har Kammarrätten i Göteborg i *mål nr 5757-21* anfört att om en leverantör anser att det föreligger oklarheter avseende uppskattat värde och/eller uppskattad kvantitet, ska denne ställa frågor eller begära förtydliganden om detta. I det aktuella målet framhöll leverantören bland annat att en annan leverantör redan hade ställt frågor avseende takvärde i upphandlingen. Kammarrätten ansåg emellertid att leverantören inte uppfyllde skaderekvisitet, bland annat på grund av att denne inte försökt avhjälpa den påstådda bristen under anbudstiden genom att ställa frågor eller begära förtydliganden. Kammarrätten ansåg inte heller att leverantören hade anfört några godtagbara skäl att inte påtala bristen.

I Kammarrätten i Stockholms *mål nr 1578-22* anförde kammarrätten att det följer av påtalandeskyldigheten att en leverantör ska begära förtydliganden eller ställa frågor under anbudstiden, om det redan under anbudstiden bör ha stått klart för leverantören att den förnyade konkurrensutsättningen sannolikt kommer resultera i ett nytt ramavtal i stället för i ett kontrakt. Detsamma gäller om upphandlingsdokumenten inte har uppställt några garantier gällande volym. En leverantör som inte har begärt något förtydligande eller ställt någon fråga avseende det kommande avropets omfattning kan inte, enligt kammarrätten, anses ha gjort vad som krävs för att undvika att skada uppkommer.

Påtalandeskyldigheten medför även, enligt kammarrätter, en relativt långtgående skyldighet för leverantörer att identifiera, utreda och klargöra otydigheter och brister i upphandlingsdokumenten avseende kravformuleringar och utvärderingskriterier.

Kammarrätten i Jönköpings *mål nr 4171-4176-21* gällde huruvida en utvärderingsmodell var oförenlig med transparensprincipen. Leverantören hade ställt frågor till den upphandlande myndigheten under anbudstiden samt erhållit klargörande svar. Kammarrätten i Jönköping ansåg emellertid att frågorna var för begränsade i förhållande till bristerna som gjordes gällande. Enligt kammarrätten är det inte tillräckligt att endast ställa frågor avseende inbörden av vissa begrepp i bedömningskriterierna i utvärderingen, utan leverantören behöver inkludera samtliga begrepp som denne anser vara otydliga. Detta gäller även om rätten finner att upphandlingsdokumenten i flera delar brister i transparens. Kammarrätten i Jönköping anförde alltså att det inte är tillräckligt för en leverantör att ställa frågor för att påtalandeskyldigheten ska anses vara uppfylld. Om frågorna är för begränsade, anses skaderekvisitet inte vara uppfyllt.

Kammarrätten i Göteborg har i *mål nr 4852-22* anfört att en leverantör ska uppmärksamma den upphandlande myndigheten på att upphandlingsdokumenten innehåller sådana brister som kan leda till att upphandlingen ska göras

om, för att leverantören ska anses göra vad den kan för att undvika att skada uppkommer. I målet gjorde leverantören gällande att denne lidit skada på grund av att den upphandlande myndigheten hade gjort en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier. Kammarrätten i Göteborg framhöll att om leverantören hade påpekat den otillåtna sammanblandningen redan under anbudstiden hade det kunnat resultera i att upphandlingen hade avbrutits eller gjorts om. Eftersom leverantören underlåtit att påtala bristen kunde leverantören, enligt kammarrätten, inte hävda att det varit bristerna i upphandlingen som medfört att leverantören lidit skada.

Kammarrätten i Stockholm har ansett att påtalandeskyldigheten är så pass långtgående att den även omfattar en skyldighet att ställa eventuella följdfrågor. I Kammarrätten i Stockholms *mål nr 3580-21* och *mål nr 4092-21* bedömdes att påtalandeskyldigheten även innefattar en skyldighet att ställa följdfrågor om oklarheten avseende kravet kvarstår efter att den ursprungliga frågan har besvarats. Det aktuella upphandlingsdokumentet innehöll ett krav som sade att offererade delpriser skulle vara ”rimliga och bärkraftiga”. En leverantör hade ställt en fråga under anbudstiden där denne bad den upphandlande myndigheten att bekräfta att negativa delpriser inte var tillåtna. Den upphandlande myndigheten svarade genom att klistra in skrivningen från upphandlingsdokumentet. Kammarrätten i Stockholm konstaterade att kravet hade varit otydligt, men inte i den grad att leverantören inte kunnat tolka kravet. Vidare ansågs leverantören inte ha uppfyllt skaderekvisitet, bland annat eftersom leverantören inte hade begärt något ytterligare förtydligande avseende den fråga som ställts och det svar som getts, trots att denne ansåg att det fortfarande förelåg en otydlighet.

Kammarrätter har även bedömt att påtalandeskyldigheten omfattar en skyldighet att påtala otydligheter i upphandlingsdokumenten trots att de knappt kunnat upptäckas före tilldelningsbeslutet meddelades. Om en leverantör medvetet avvaktar med att påtala en oklarhet till efter att tilldelningsbeslut har meddelats, har kammarrätter ansett att det kan läggas leverantören till last vid skadeprövningen.

Kammarrätten i Jönköping har i *mål 1384-1389-22* anfört att om ett krav i upphandlingsdokumenten är formulerat så att det ger utrymme för olika lösningar avseende utformning och funktion av den produkt som ska offereras, ska det anses finnas en otydlighet i beskrivningen av upphandlingsföremålet. Detta utgör i sin tur en brist på öppenhet. I målet hade en leverantörs anbud förkastats då det inte ansågs uppfylla kravet att offerera ett ”professionellt sladd-headset för telefonist”. Leverantören hade offererat ett headset med en mikrofon som var integrerad i sladden, medan den upphandlande myndigheten hade avsett en produkt med bygel över huvudet. Detta var dock inget som den upphandlande myndigheten hade specificerat i upphandlingsdokumenten. Kammarrätten i Jönköping ansåg att kravet hade varit otydligt och därmed stred mot transparensprincipen. Kammarrätten framhöll dock att

leverantören borde ha ställt frågor om eller begärt förtydliganden avseende innebörden av kraven på produkten under anbudstiden. Skaderekvisitet ansågs därför inte vara uppfyllt. Kammarrätten gjorde således en hård bedömning vad gäller påtalandeskyldigheten.

I Kammarrätten i Jönköpings *mål nr 1024-22* belyste kammarrätten svårigheten att vinna framgång med sin talan om leverantören trots påstådda brister valt att lämna anbud. Målet gällde två frågor: dels huruvida ett krav avseende upphandlingsföremålet varit tydligt eller inte, dels huruvida upphandlingen avsåg ett ramavtal eller ett leveransavtal vilket bland annat påverkar tillåtligheten av den avtalsperiod som uppställdes i upphandlingsdokumenten. Kammarrätten ansåg att kravformuleringen avseende upphandlingsföremålet hade varit tillräckligt tydlig. Vidare nådde kammarrätten slutsatsen att avtalet utgjorde ett ramavtal, men prövade aldrig avtalets längd. Kammarrätten bedömde att skaderekvisitet inte var uppfyllt, eftersom leverantören inte i tillräcklig grad konkretiserat på vilket sätt denne lidit eller riskerat att lida skada till följd av de påstådda bristerna avseende avtalstyp. Kammarrätten framhöll att skaderekvisitet i synnerhet inte ska anses vara uppfyllt, eftersom leverantören valt att lämna anbud utan att vidta några verkningfulla åtgärder under upphandlingens gång avseende de påstådda bristerna.

I Kammarrätten i Jönköpings *mål nr 3431-21* bestod de påstådda bristerna bland annat i att det hade förelegat oklarheter avseende hur referenstagning skulle genomföras. Av upphandlingsdokumenten framgick det inte hur och när referenspersoner skulle kontaktas samt vad en eventuell konsekvens skulle bli om en referensperson inte lyckades nås. Kammarrätten i Jönköping framhöll att även om det konstaterats att det förelegat otydligheter i upphandlingsdokumenten, anses skaderekvisitet inte vara uppfyllt om leverantören inte har begärt förtydliganden under anbudstiden. Trots att kammarrätten i målet konstaterade att upphandlingsdokumenten kunde varit tydligare avseende referenstagningen, ansåg kammarrätten inte att leverantören uppfyllt skaderekvisitet eftersom denne underlåtit att begära förtydliganden under anbudstiden.

Ett rättsfall som behandlar en leverantörs skyldighet att begränsa sin skada vid oproportionerliga krav är Kammarrätten i Göteborgs *mål nr 3616-22*. I det aktuella fallet innehöll upphandlingsdokumentet ett krav som sade att anbudsgivare ska offerera minst en servicetekniker som har elbehörigheten ”BB1, BB2 eller motsvarande”. Leverantören menade dels att kravet var otydligt, dels att den upphandlande myndigheten hade ställt upp högre krav i upphandlingsdokumentet än vad lagen angav, vilket var oproportionerligt. Kammarrätten i Göteborg ansåg att leverantören inte hade lidit någon skada i fråga om utformningen av kravet i upphandlingsdokumentet, eftersom leverantören inte hade ställt några frågor eller begärt förtydliganden under anbudstiden. Kammarrätten hänvisade till HFD 2022 ref. 4 i sin bedömning. En mer restriktiv linje kom dock till uttryck i den skiljaktiga meningen i

kammarrätten. Den skiljaktiga domaren ansåg att leverantören hade lidit skada, eftersom kravet i upphandlingsdokumentet inte hade varit proportionerligt och att anbudet således felaktigt hade förkastats. Den skiljaktiga domaren anförde vidare att när det gäller frågor om bristande proportionalitet, finns det inte stöd i HFD 2022 ref. 4 för att kräva att en leverantör redan under anbudstiden vänder sig till den upphandlande myndigheten och ställer frågor samt begär kompletteringar och förtydligande. Några ytterligare krav på att leverantören skulle ha vidtagit åtgärder för att minska sin skada skulle därför inte ställas.

Den skiljaktiga domaren ansåg alltså, till skillnad från övriga domare, att påtalandeskyldigheten inte omfattar oproportionerliga krav. Den skiljaktiga domaren tycks således göra en bokstavlig tolkning av HFD 2022 ref. 4. Jag menar att distinktionen mellan domarna gestaltar den oklarhet som föreligger avseende påtalandeskyldighetens faktiska omfattning - omfattar påtalandeskyldigheten endast otydligheter och ofullständigheter i upphandlingsdokumenten eller omfattar den även oproportionerliga (det vill säga olagliga) krav?

4.3.2 Situationer där påtalandeskyldigheten ansetts vara uppfylld

Påtalandeskyldigheten förefaller enligt kammarrätter inte omfatta brister som hänför sig till processuella fel eller handläggningsfel från myndighetens sida.

Ett intressant rättsfall där rätten resonerar kring vilka slags brister den klagande leverantören borde ha påtalat innan anbudstidens utgång, är Kammar-rätten i Sundsvalls *mål nr 1304-1305-23*. Utvärderingsmodellen som den upphandlande myndigheten använde i den aktuella upphandlingen bestod av två moment: ett skriftligt anbud och en muntlig anbudsgenomgång. Leverantören gjorde bland annat gällande att utvärderingskriterierna som ställts upp i upphandlingsdokumentet avseende den muntliga anbudsgenomgången varit otydliga, eftersom det saknats uppgifter om vad som krävdes för att erhålla ett visst poäng samt hur poängen för de olika frågorna skulle viktas mot varandra. Kammar-rätten i Sundsvall konstaterade att utvärderingen avseende den muntliga anbudsgenomgången hade lämnat ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Leverantören hade varken innan den lämnat in sitt anbud eller i samband med anbudsgenomgången begärt något förtydligande eller någon komplettering från myndigheten avseende utvärderingen. Kammar-rätten i Sundsvall ansåg dock att trots leverantörens underlåtenhet att påtala otydligheterna i upphandlingsdokumenten, var skaderekvisitet uppfyllt eftersom leverantören inte kunnat förutse myndighetens godtyckliga tillämpning av utvärderingen. I rättsfallet bedömde alltså kammarrätten att en leverantör kan lida skada på grund av otydliga utvärderingskriterier, trots att leverantören inte har påtalat otydligheten, om myndigheten gjort en godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av leverantören.

Vidare har Kammarrätten i Sundsvall i *mål nr 255-23* bedömt att påtalandeskyldigheten inte omfattar situationer där upphandlingsfelet är kopplat till en upphandlande myndighets underlåtenhet att följa en uttrycklig reglering i LOU. Det påstådda felet grundade sig i att den upphandlande myndigheten av misstag hade kommunicerat fel datum avseende sista anbudsdag. Det korrekta datumet kommunicerades i stället via upphandlingsplattformen. Kammarrätten i Sundsvall ansåg att det inte kunde krävas att leverantören skulle ha påtalat en förlängd anbudstid för att skaderekvisitet skulle anses uppfyllt, eftersom LOU innehåller dels en tydlig minimifrist för anbudsingivning, dels en skyldighet att förlänga anbudstiden om tidsfristen inte upprätthålls.

Här bör den skiljaktiga meningen i Kammarrätten i Göteborgs *mål nr 3616-22*, som berörts ovan i avsnitt 4.3.1, återigen lyftas fram. Den skiljaktiga domaren ansåg inte att påtalandeskyldigheten omfattar oproportionerliga krav. Dennes bedömning förefaller således ligga i linje med den bedömning som Kammarrätten i Sundsvall har gjort i de två rättsfallen ovan.

Påtalandeskyldigheten förefaller enligt kammarrätter inte heller omfatta fel och brister som inte kunnat rättas under själva anbudstiden.

Kammarrätten i Jönköping har i *mål nr 324-23* anförts att det inte kan krävas av en leverantör att kvalificera alla uppkomna frågor rättsligt, utan att påtalandeskyldigheten får anses omfatta faktiska omständigheter. Det påstådda felet bestod av en sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier. I det aktuella målet invände den upphandlande myndigheten bland annat att leverantören inte hade ställt några frågor avseende sammanblandningen under anbudstiden och inte heller hade inkommit med några invändningar, varför leverantören inte hade uppfyllt sin påtalandeskyldighet. Kammarrätten i Jönköping ansåg emellertid att leverantören hade uppfyllt sin påtalandeskyldighet, eftersom leverantören hade uppmärksammat oklarheterna genom att ställa frågor om de otydliga kraven och att leverantören därför inte uttryckligen behövde ställa frågor om sammanblandningen. Kammarrätten i Jönköping anförde att principen om skademinimering och påtalandeskyldigheten ska anses omfatta samtliga typer av brister där det finns faktiska möjligheter att undanröja otydligheter i upphandlingsdokumenten. För övrigt fann domstolen att trots att påtalandeskyldigheten var uppfylld hade leverantören inte lyckats precisera tillräckligt tydligt hur sammanblandningen hade riskerat att medföra skada för denne. Kammarrätten avslog därför leverantörens ansökan.

Som berörts ovan i avsnitt 4.3.1 har även Kammarrätten i Göteborg bedömt påtalandeskyldigheten i relation till en otillåten sammanblandning.²²¹ I målet fann kammarrätten att leverantören inte uppfyllt sin påtalandeskyldighet eftersom leverantören inte hade påtalat sammanblandningen. Skillnaden mellan de två rättsfallen är att leverantören i målet från Göteborg inte hade ställt

²²¹ Se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4852-22.

någon fråga alls medan leverantören i målet från Stockholm, indirekt, hade ställt frågor avseende sammanblandningen.

I Kammarrätten i Göteborgs *mål nr 995-22* hade den sökande leverantören avstått från att lämna anbud i upphandlingen. Upphandlingen som hade genomförts avsåg textilier. Utvärderingsmodellen bestod av två delar: pris och kvalitet på tyget. Leverantören gjorde gällande att utvärderingsmodellen var otydlig bland annat eftersom det saknades information om hur poängsättning av priskriteriet förhöll sig till poängsättning av kvalitetskriteriet, det vill säga hur respektive kriterium påverkade den totala anbudsutvärderingen. Leverantören hade under anbudstiden försökt få förtydligande avseende utvärderingsmodellen genom att ställa frågor. Leverantören ansåg emellertid inte att svaren som den upphandlande myndigheten gav hade inneburit något klargörande, varför leverantören valde att inte lämna anbud. Kammarrätten i Göteborg ansåg att det förelåg ett upphandlingsfel som medfört att leverantören lidit eller riskerat att lida skada. Kammarrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om.

Här bör framhållas att Kammarrätten i Stockholm i ett annat fall, som berörts ovan i avsnitt 4.3.1, har bedömt att påtalandeskyldigheten inte var uppfylld eftersom leverantören inte ställt några följdfrågor.²²² De två rättsfallen förefaller vid en första anblick motstridiga. Skillnaden mellan fallen är att kammarrätten i det ena fallet dels ansåg att kravet inte var så otydligt att leverantören inte kunnat tolka kravet, dels att leverantören borde ha ställt följdfrågor om denne ansåg att oklarheten kvarstod. I det andra fallet konstaterade kammarrätten däremot att det förelåg ett upphandlingsfel. Mot denna bakgrund torde skyldigheten att ställa följdfrågor omfatta otydliga kravformuleringar men inte rena upphandlingsfel. Gränsdragningen är dock diffus.

Sammanfattningsvis förefaller påtalandeskyldigheten, vid ett försök att dra generella slutsatser baserat på de kammarrättsavgöranden som presenterats ovan i avsnitt 4.3.1 och 4.3.2, inte omfatta processuella fel eller handläggningsfel från den upphandlande myndighetens sida. När bristen hänför sig till en uppenbar otydlighet aktiveras dock påtalandeskyldigheten. Vidare förefaller påtalandeskyldigheten, enligt kammarrätter, medföra en omfattande skyldighet att ställa följdfrågor. Hur långtgående denna skyldighet är varierar dock. Generellt ger kammarrätterna intryck av att leverantörer är skyldiga att ställa följdfrågor fram till dess att bristen/otydligheten är så utredd och klarlagd att det framstår som uppenbart att leverantörer ska kunna förstå hur kravet ska tolkas. Härvid bör även nämnas att ett flertal förvaltningsrätter, bland andra Förvaltningsrätten i Växjö, har tolkat påtalandeskyldigheten som att just den leverantör som begär överprövning ska ha påtalat de aktuella bristerna.²²³

²²² Se Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3580-21 och mål nr 4092-21.

²²³ Jfr Förvaltningsrätten i Växjö, mål nr 3480-3484-21.

4.4 Möjligheten att införa en påtalandeskyldighet i lagtext

Möjligheten att införa en påtalandeskyldighet, eller anmärkningsskyldighet, i lagtext har utretts ett flertal gånger under det senaste decenniet, dock utan att resultera i lagstiftning.²²⁴ Anledningen till diskussionen har varit att svensk rätt inte fullt ut har ansetts uppfylla rättsmedelsdirektivens mål om skyndsamhet.²²⁵ Som skäl för att i lagtext införa en bestämmelse som medför en skyldighet för leverantörer att åberopa eventuella fel och brister i upphandlingen redan under anbudstiden, har bland annat anförts att det skulle kunna bidra till att dialogen mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna ökar. Detta kan i sin tur öka möjligheterna att eventuella fel rättas i ett tidigt skede.²²⁶ I en rapport som Upphandlingsmyndigheten har tagit fram påvisas att den överträdelse som oftast åberopas i ansökningar om överprövning av en offentlig upphandling avser brister i upphandlingsdokumenten.²²⁷ Genom en påtalandeskyldighet skulle eventuella brister kunna upptäckas och korrigeras redan under anbudstiden, vilket i sin tur innebär att leverantörers möjlighet att ansöka om överprövning på grund av brister i det konkurrensuppsökande skedet, det vill säga tiden innan anbuden ges in, begränsas.²²⁸

Ytterligare ett argument som framförts till stöd för att införa en påtalandeskyldighet i lagtext är att leverantörer kan ges incitament att själva försöka begränsa skadan genom att påtala felaktigheter och brister redan i det konkurrensuppsökande skedet. En påtalandeskyldighet skulle även leda till att leverantörer inte medvetet kan vänta med att påtala fel och brister till efter att tilldelningsbeslutet har meddelats.²²⁹ En potentiell nackdel som har belysts i förarbeten är om en påtalandeskyldighet medför att det ställs alltför höga krav på leverantören. Som skäl för att inte införa en påtalandeskyldighet har även anförts att det skulle göra upphandlingsförfarandet ännu mer detaljerat och komplicerat för leverantörer. Det i sin tur skulle kunna få effekten att leverantörers vilja att delta i offentliga upphandlingar minskar.²³⁰ Regeringen har emellertid ansett att det inte kan anses vara alltför betungande för leverantörerna att uppmärksamma och påtala brister i upphandlingsdokumenten, eftersom leverantörerna bör vara så pass insatta i upphandlingsdokumenten vid utformandet av anbudet att de bör kunna identifiera och påtala eventuella brister redan i detta skede.²³¹

Ytterligare en fördel som har förts fram för att i lagtext införa en påtalandeskyldighet, är att brister i upphandlingsdokumenten som upptäcks och

²²⁴ Jfr exempelvis SOU 2015:12 och prop. 2021/22:120.

²²⁵ SOU 2015:12 s. 147 ff.

²²⁶ SOU 2015:12 s. 210 f. och prop. 2021/22:120 s. 38 f.

²²⁷ Upphandlingsmyndigheten (2017) s. 55.

²²⁸ SOU 2015:12 s. 210 f. och prop. 2021/22:120 s. 38 f.

²²⁹ SOU 2015:12 s. 154 ff och s. 211.

²³⁰ Prop. 2021/22:120 s. 40 f.

²³¹ Prop. 2021/22:120 s. 38 f. Se även HFD 2022 ref. 4.

korrigeras under anbudstiden kan leda till såväl tidsbesparingar som lägre kostnader för parterna, i jämförelse med ett domstolsförfarande. En påtalandeskyldighet skulle även kunna bidra till att skapa större förutsebarhet för den upphandlande myndigheten avseende vilka frågor som kan komma att bli föremål för en eventuell överprövning.²³² Trots alla de argument som förts fram avseende införandet av en påtalandeskyldighet i lagtext, ansåg regeringen att behovet av att införa en formell anmärkningsskyldighet i lagen var mindre angelägen med hänsyn till den påtalandeskyldighet som införts genom HFD 2022 ref. 4. Regeringen nämner även tidigare praxis från EU-domstolen som behandlar liknande frågor som aktualiseras i HFD 2022 ref. 4. Som anförts i avsnitt 3.4 i uppsatsen har EU-domstolen uttalat att leverantören har en så kallad omsorgsplikt. EU-domstolen uttalade i rättsfallet *eVigilo* att vid bedömningen av om leverantören har uppfyllt sin omsorgsplikt i förhållande till en påstådd brist i tilldelningskriterierna, ska det beaktas att den aktuella leverantören och övriga leverantörer kunde lämna anbud och att den aktuella leverantören inte begärt några förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbudet lämnades.²³³ EU-domstolens rättsfall tar sikte på skyldigheten att påtala fel och brister i förhållande till preklusion och talefrist. Rättsfallet från HFD tar i stället sikte på prövningen eller bedömningen av skada.²³⁴ Enligt regeringen torde HFD 2022 ref. 4 ge ökat incitament för leverantörer att påtala sådana omständigheter som är oklara redan under anbudstiden.²³⁵

Asplund är av uppfattningen att det bör vidtas lagstiftningsåtgärder avseende påtalandeskyldigheten, för att på så vis skapa tydlighet. Enligt Asplund bör en sådan lagstiftning inte medföra en generell påtalandeskyldighet. Asplund föreslår i stället att en ny bestämmelse införs i 20 kap. LOU där det framgår att rätten får avslå ansökan om överprövning om det är uppenbart att leverantören inte vidtagit *skäligen åtgärder* under anbudstiden för att undvika att skada uppkom. Vid bedömningen av huruvida skäligen åtgärder vidtagits ska rätten bland annat ta hänsyn till leverantörens resurser, till upphandlingens komplexitet och till bristernas beskaffenhet.²³⁶ Som anförts ovan i avsnitt 3.1 är nationernas möjlighet att lagstifta på området relativt vidsträckt, under förutsättning att reglerna i exempelvis rättsmedelsdirektiven iakttas och att den nationella bestämmelsen uppfyller unionsrättens krav på rättssäkerhet.

²³² Prop. 2021/22:120 s. 39 f.

²³³ C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166, punkt 55-56.

²³⁴ Jfr Hettne (2016) s. 214.

²³⁵ Prop. 2021/22:120 s. 40 f.

²³⁶ Jfr Asplund (2023) s. 40 f.

4.5 Reflektioner kring påtalandeskyldigheten

4.5.1 Vilka omständigheter omfattas av påtalandeskyldigheten?

Inledningsvis bör framhållas att jag upplever att den kammarrättspraxis som presenterats i avsnitt 4.3 i uppsatsen är förhållandevis spretig och stundtals motsägelsefull. Det har därför varit utmanande att dra generella slutsatser avseende kammarrätters syn på påtalandeskyldighetens omfattning. Min generella uppfattning är dock att påtalandeskyldigheten har tillämpats på ett extensivt sätt av kammarrätter. Sammantaget kan sägas att kammarrätter har lagt ett omfattande ansvar på leverantören avseende skyldigheten att agera skademinimerande genom att ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden.

Utifrån de rättsfall som presenterats ovan i avsnitt 4.3 kan det konstateras att kammarrätter ställer höga krav på att leverantörer ska vara väl informerade och aktiva under anbudsstiden. Det är således viktigt att leverantörer agerar på ett skademinimerande sätt redan under anbudsstiden, vilket i de flesta fall innebär att ställa frågor eller begära kompletteringar så fort leverantören anser att det föreligger en otydlighet. I flera kammarrättsavgöranden har brister i upphandlingen inte ansetts kunna leda till skada för en sökande leverantör, eftersom denne har lämnat anbud i upphandlingen utan att ställa några frågor.²³⁷ Exempelvis har kammarrätter i ett flertal fall ansett att en leverantör ska ställa frågor om avtalets omfattning samt typ av kontrakt, om leverantören anser att det inte framgår av upphandlingsdokumenten.²³⁸ Enligt min mening framstår det som skäligt att ålägga leverantörer en påtalandeskyldighet avseende grundläggande avtalsvillkor. Jag anser att en eventuell avsaknad av denna typ av krav torde vara relativt enkel för leverantören att identifiera. Detta gäller i synnerhet om leverantören hävdar att otydligheterna har försvårat utformningen av anbudet, vilket i sin tur resulterat i att ett mindre konkurrenskraftigt anbud ingavs. Jag menar att det är rimligt att anta att leverantören borde ha reagerat på otydligheten redan under anbudsstiden och att det därför inte är orimligt att kräva att leverantören skulle ha ställt frågor till den upphandlande myndigheten avseende otydligheten.

Kammarrätter har i ett flertal fall även ansett att leverantörens påtalandeskyldighet aktiveras om det förekommer otydliga kravformuleringar i upphandlingsdokumenten. Detta gäller även om det konstateras att den upphandlande myndigheten faktiskt har varit otydlig i sin formulering i upphandlingsdokumenten.²³⁹ I mitt tyckte får det anses rimligt att leverantörer inte medvetet kan avstå från att påpeka fel eller brister, för att sedan begära överprövning. Dock

²³⁷ Jfr Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1578-22, Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3508-21 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6319-21 och mål nr 6320-21.

²³⁸ Jfr Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1578-22, Kammarrätten Göteborg, mål nr 6319-21 och mål nr 6320-21 samt Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5757-21.

²³⁹ Jfr exempelvis Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3431-21.

uppstår frågan om det är skäligt att ålägga leverantörer en sådan administrativ börda som påtalandeskyldigheten innebär, i synnerhet om det står klart att den upphandlande myndigheten faktiskt har varit otydlig i sin utformning av upphandlingsdokumenten. Om leverantören finner att det blir för betungande att administrativt granska upphandlingsdokumenten, anser jag att det finns en risk att leverantören väljer att avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar, om leverantören anser att de höga kraven i samband med anbudsingivandet väger tyngre än de fördelar som följer av att eventuellt tilldelas kontrakt. Här anser jag dock att bördan kan vägas mot graden av det påstådda felet eller bristen. Om en leverantör i efterhand exempelvis hävdar att ett krav har varit så otydligt formulerat att det har varit skadligt för leverantören, anser jag inte att det är orimligt att förutsätta att leverantören enkelt hade kunnat se otydligheten i kravet redan under anbudstiden och således påtalat det. Det bör även tilläggas att även en överprövningsprocess torde vara tung om inte tyngre, varför leverantören borde ha en fördel i att avhjälpa eventuella brister under anbudstiden för att slippa hantera en överprövningsprocess.

Härvid bör dock nämnas att det trots allt är den upphandlande myndigheten som i första hand rimligtvis borde bära ansvaret för att upphandlingen genomförs i enlighet med det upphandlingsrättsliga regelverket. Jag anser att en risk med att tolka påtalandeskyldigheten vidsträckt, medför en alltför omfattande förskjutning av ansvaret för ett korrekt genomförande av offentliga upphandlingar från myndigheten till leverantören. Enligt min mening måste utgångspunkten vara att reglerna i LOU ska följas, oaktat om eventuella överträdelser påtalas av leverantörer eller inte. Vidare måste leverantörer kunna utgå från att myndigheterna utformar sina upphandlingar i enlighet med regelverket. För att kunna identifiera eventuella felaktigheter och brister krävs det, som tidigare nämnts, att leverantören fördjupar sig i upphandlingsdokumenten. Oaktat hur den upphandlande myndigheten formulerar sig, torde det dock finnas en risk att en eller flera leverantörer uppfattar skrivningen som otydlig. Här bör även framhållas att det kan finnas en poäng i att inte ha alltför specifika regleringar i upphandlingsdokumenten, bland annat för att leverantören själv ska ha möjlighet att påverka utformningen av den produkt eller vara som ska upphandlas. Det är särskilt av vikt för att inte begränsa konkurrensen.

Kammarrätten i Göteborg har slagit fast att skaderekvisitet anses vara uppfyllt om en otydlig utvärderingsmodell har lett till att leverantören har avstått från att lämna anbud i upphandlingen, om leverantören under anbudstiden utan framgång har försökt få ett förtydligande avseende utvärderingsmodellen.²⁴⁰ Enligt min mening får det anses rimligt att det finns ett hinder för leverantörer att i efterhand påpeka att otydligheter i upphandlingsdokumenten varit så pass grava för leverantören, att denne inte kunde avgöra hur det mest konkurrenskraftiga anbudet skulle utformas. Kammarrätten i Jönköping har även anfört att en leverantör inte med framgång kan göra gällande att denne lidit skada på grund av en påstådd brist, om leverantören har valt att lämna anbud utan att

²⁴⁰ Jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 995-22.

ställa en fråga eller begära förtydliganden.²⁴¹ Jag anser inte att det borde vara särskilt betungande för en leverantör att ställa en fråga i upphandlingens frågor och svar-funktion, om leverantören ansåg att det förelåg en tydlig brist. Frågan är dock om det är rimligt att *kräva* att leverantören påpekar felaktigheter och brister? Det råder exempelvis delade meningar i kammarrättspraxis huruvida leverantören är skyldig att vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor eller begära förtydliganden under anbudsstiden, om det kan konstateras att ett krav som har ställts upp i upphandlingsdokumentet är oproportionerligt. Majoriteten av domarna ansåg dock att påtalandeskyldigheten även omfattar oproportionerliga krav.²⁴²

Vidare har Kammarrätten i Stockholm ansett att påtalandeskyldigheten omfattar en skyldighet att ställa följdfrågor om oklarheten som görs gällande kvarstår efter att den ursprungliga frågan har besvarats.²⁴³ Ett flertal förvaltningsrätter har även uttryckt att leverantörer behöver påtala en brist trots att samma brist redan har påtalats av en annan leverantör. Sammantaget förefaller underrätter anse att leverantörer har en långtgående skyldighet att ställa frågor. Det framstår enligt min mening som orimligt att kräva att alla leverantörer ställer samma frågor, i synnerhet med tanke på att frågor och svar görs tillgängliga för samtliga leverantörer. Jag anser även att det går emot grundtanken om ett effektivt upphandlingsförfarande. Konsekvensen blir en omfattande hantering av frågor för den upphandlande myndigheten, vilket kräver både tid och resurser. Vad som stödjer tolkningen att samtliga leverantörer ska påtala samma brist är likabehandlingsprincipen. Genom att frånta leverantören möjligheten att skyddas av annan leverantörs agerande i bedömningen av skaderekvisitet, behandlas samtliga leverantörer lika.

Vidare tycks påtalandeskyldigheten, enligt kammarrättspraxis, vara vidsträckt beträffande öppet ställda krav. Även om det konstaterats att upphandlingsdokumenten varit formulerade på ett sätt som gör att de brister i öppenhet, på grund av att de ger utrymme för olika tolkningar, ska leverantören ställa frågor eller begära förtydligande avseende de uppställda kraven.²⁴⁴ Påtalandeskyldigheten får, enligt min mening, anses positiv för det framtida samarbetet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Det torde vara fördelaktigt för den upphandlande myndigheten att leverantörerna ställer frågor. För att främja ett välfungerande avtalsförhållande, vill den upphandlande myndigheten ha en leverantör som är nöjd med avtalet samt en leverantör som förstår vad upphandlingen innebär. Det bör således vara fördelaktigt att leverantörer ställer frågor, så att den upphandlande myndigheten kan förtydliga hur anbudet/upphandlingsobjektet ska utformas. Detta gäller särskilt om ett flertal leverantörer ställer frågor som hänför sig till samma krav. Om myndigheten uppmärksammas på att flera leverantörer upplever en

²⁴¹ Jfr Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1024-22.

²⁴² Jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3616-22.

²⁴³ Jfr Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3580-21 och 4092-21.

²⁴⁴ Jfr Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1384-1389-22.

brist, anser jag att möjligheten att myndigheten gör tillägg eller korrigerar i upphandlingsdokumenten ökar, vilket i sin tur bidrar till en minskad risk att upphandlingen senare överprövas.

Jag anser emellertid att ett problem med påtalandeskyldigheten är att den i praktiken tillåter att upphandlande myndigheter och leverantörer sluter avtal som står i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket. En upphandlande myndighet skulle teoretiskt sett kunna utforma upphandlingsdokument och genomföra upphandlingsförfaranden som innehåller flera brister, och hoppas på att ingen leverantör påtalar dessa. Här bör framhållas att majoriteten av domarna (alla förutom en domare) i Kammarrätten i Göteborg i ett rättsfall, anförde att påtalandeskyldigheten även omfattar oproportionerliga krav, det vill säga krav som strider mot den grundläggande proportionalitetsprincipen i LOU.²⁴⁵ Det innebär en fördel för den upphandlande myndigheten på så vis att den kan forma villkor som myndigheten finner lämpliga och ändamålsenliga, exempelvis en lång ramavtalstid, för att därigenom spara pengar genom att undslippa att upphandla lika ofta. Att en brist eller felaktighet i upphandlingsdokumenten lämnas utan ingripande under anbudsfasen innebär således att den felaktiga upphandlingen får bestå, eftersom leverantören troligtvis inte kommer nå framgång med en eventuell talan om överprövning. Enligt min mening framstår det som orättfärdigt att en upphandlande myndighet kan undkomma med eventuella medvetna brister, på grund av att leverantörer är för okunniga för att påtala bristerna eller för att bristerna helt enkelt går leverantörerna obemärkt förbi. Jag anser dock inte att vad som nyss anförts borde vara ett så stort problem i praktiken. Det vore riskabelt av myndigheten att aktivt begå upphandlingsfel, med hänsyn till en ökad risk för överprövning om agerandet uppdagas av en leverantör.

Vidare får det, enligt min mening, anses orättfärdigt att en leverantör tvärtom skulle kunna nyttja felaktigheter i syfte att dra fördel av dem. Om ett villkor exempelvis är felaktigt utformat, men samtidigt gynnar avtalsförhållandet, skulle leverantören kunna välja att inte påtala felaktigheten under anbudsstiden. Om leverantören sedermera inte tilldelas kontraktet, skulle leverantören kunna välja att upplysa den upphandlande myndigheten om felaktigheten efter att tilldelningsbeslutet har meddelats. Leverantören skulle då kunna påtala felaktigheten av illvilliga skäl, för att leverantören inte tilldelades kontraktet. Påtalandeskyldigheten torde förhindra ett sådant agerande, vilket på sikt gynnar båda avtalsparterna då det främjar ett gott framtida samarbete.

Sammanfattningsvis förefaller påtalandeskyldigheten, enligt kammarrättspraxis, ta sikte på såväl skrivningar i upphandlingsdokumenten som omständigheter hänförliga till den upphandlande myndighetens praktiska tillämpning av skrivningarna. För leverantörens del ligger intresset i att få sin rätt tillgodosedd genom möjligheten att överpröva myndighetens agerande. Leverantören och den upphandlande myndigheten torde även ha ett ömsesidigt

²⁴⁵ Jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3616-22.

intresse i att avsluta upphandlingen så snart som möjligt samt att undvika onödiga överprövningsprocesser.

4.5.2 Vilka omständigheter omfattas *inte* av påtalandeskyldigheten?

Enligt min mening vore det oskäligt att det skulle ankomma på leverantören att under anbudstiden uppmärksamma och påtala *alla* eventuella överträdelser av LOU, oavsett om det rör sig om oklarheter i upphandlingsdokumenten som försvårar anbudsingivningen eller om det rör sig om rena olagligheter. Vad som inte synes träffas av påtalandeskyldigheten, baserat på den kammarrättspraxis som presenterats ovan i avsnitt 4.3, är främst bedömningsfrågor och situationer där den upphandlande myndigheten tillämpar ett till synes tydligt krav eller utvärderingsmodell på ett oväntat sätt. Det råder dock delade meningar i kammarrättspraxis. Kammarrätten i Göteborg har uttalat att leverantören bör uppmärksamma den upphandlande myndigheten på alla brister i upphandlingsdokumenten som kan leda till att upphandlingen ska göras om.²⁴⁶ Kammarrätten i Sundsvall har emellertid anfört att påtalandeskyldigheten inte alls omfattar alla brister som kan leda till att upphandlingen görs om, utan endast sådana brister som kan leda till att upphandlingen görs om *och* som leverantören rimligen kunnat förutse redan innan anbudsinlämningen. En leverantör kan exempelvis inte förutse att myndigheten kommer tillämpa en godtycklig bedömning i sin utvärdering, varför det inte kan krävas att leverantören påtalar detta under anbudstiden.²⁴⁷ Detta innebär att det tycks råda delade meningar kring huruvida påtalandeskyldigheten är begränsad eller inte. Här anser jag att det uppstår en gränsdragningssvårighet. Går det någonsin att förutse hur någon annan ska agera? Jag anser att det inte vore skäligt att förvänta sig att en leverantör identifierar, påtalar och försöker förmå en upphandlande myndighet att korrigera samtliga eventuella överträdelser av LOU. Att Kammarrätten i Sundsvall gör vissa begränsningar av påtalandeskyldigheten framstår därför, enligt min mening, som befogat. Att ålägga leverantören en skyldighet att påtala omständigheter som inte går att upptäcka vid en första anblick är, enligt min mening, oskäligt. Det är därför rimligt att leverantören endast behöver påtala sådant som är objektivt fel, och inte sådant som faktiskt inte kunnat förutses.

Kammarrätten i Sundsvall har även uttalat att leverantören exempelvis inte behöver påtala en förlängd anbudstid för att uppfylla skaderekvisitet, om den upphandlande myndigheten har kommunicerat fel datum avseende sista anbudsdag och att minimifristen i LOU således inte uppfylls.²⁴⁸ Vidare har Kammarrätten i Jönköping konstaterat att det inte kan krävas att en leverantör kvalificerar alla uppkommande frågor rättsligt, utan att påtalandeskyldigheten endast omfattar faktiska omständigheter.²⁴⁹ Enligt min mening framstår

²⁴⁶ Jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4852-22.

²⁴⁷ Jfr Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1304-1305-23.

²⁴⁸ Jfr Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 255-23.

²⁴⁹ Jfr Kammarrätten i Jönköping, mål nr 324-23.

det som förhållandevis enkelt för den upphandlande myndigheten att försöka avsäga sig ansvaret för eventuella fel eller otydligheter i upphandlingsdokumenten genom att invända att ”det här borde leverantören ha påtalat”. En fråga som uppkommer är hur otydlig en reglering eller formulering kan tillåtas att vara, innan påtalandeskyldigheten aktualiseras. Om en leverantör upplever en felaktighet eller otydlighet, men gör bedömningen att det är bättre att inte fråga än att få ett svar som begränsar leverantörens möjlighet att utforma anbudet i enlighet med dennes tolkning av kraven, skulle leverantören eventuellt kunna avstå från att fråga eller begära förtydligande nu, och sedan argumentera för att felaktigheten eller otydligheten inte uppmärksammades förrän efter att tilldelningsbeslutet meddelades. Det torde vara enklare för en leverantör att i efterhand göra gällande att leverantören inte kunnat påtala bristen, eftersom bristen faktiskt inte blivit känd förrän efter att tilldelningsbeslutet meddelades. En leverantör skulle kunna argumentera för att denne tolkade skrivningen i upphandlingsdokumenten på ett visst sätt, men att det nu visat sig att den upphandlande myndigheten har tillämpat det på ett annorlunda sätt. Om leverantören således angriper den upphandlande myndighetens tillämpning snarare än kravet som sådant, tycks leverantören ha en möjlighet att gå runt påtalandeskyldigheten genom att hävda att omständigheten inte kunnat omfattas av påtalandeskyldigheten, eftersom den var okänd under anbudstiden. På så vis ökar förhoppningen att få bifall till sin ansökan om överprövning. Här bör dock poängteras att även en överprövningsprocess medför arbete för leverantören. Vidare förutsätts att myndighetens agerande inte har kunnat förutses av leverantören, eftersom det annars skulle ha omfattats av påtalandeskyldigheten. Enligt min mening är det rimligt att den som faktiskt har en möjlighet att undanröja en brist också gör det. Jag anser att det är fördelaktigt såväl ur ett konkurrensrättsligt perspektiv som för det framtida samarbetet mellan leverantören och myndigheten, att försöka avhjälpa eventuella brister i ett så tidigt skede som möjligt.

4.5.3 Införa en påtalandeskyldighet i lagtext?

Mot bakgrund av att påtalandeskyldigheten inte finns preciserad i lagtext, finns det en risk att leverantörer är omedvetna om att deras underlåtenhet att ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden under anbudstiden kan medföra konsekvenser vid en eventuell överprövning. En fördel med att reglera påtalandeskyldigheten i lagtext är att fler leverantörer får vetskap om att det existerar en påtalandeskyldighet samt får en förståelse för vilka konsekvenser ett åsidosättande av denna kan medföra. Vidare hade det varit fördelaktigt för leverantören att det även i lagtext närmare specificeras vilka typer av fel och brister som ska påtalas för att leverantören ska anses ha agerat skademinimerande. Om påtalandeskyldighetens innebörd är tydlig för leverantörerna kommer de förhoppningsvis ställa frågor kopplade till de otydligheter som upplevs i upphandlingsdokumenten, för att därigenom förhoppningsvis anses ha uppfyllt skyldigheten att agera skademinimerande. Detta skulle även, enligt min mening, ligga i linje med rättsmedelsdirektivens tanke om en effektiv och förutsebar process.

Vad skulle en lagreglerad påtalandeskyldighet kunna medföra? Eventuellt skulle en lagreglerad påtalandeskyldighet leda till färre tvister i domstol, eftersom påtalandeskyldighetens innebörd blir tydligare för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter. Således torde det också vara enklare att lösa eventuella otydligheter sinsemellan via frågor- och svarfunktionen, varför en överprövningsprocess blir obehövlig. Problemet med en lagreglerad påtalandeskyldighet är emellertid dels att de omtvistade förhållandena i framtida offentliga upphandlingar är svåra att förutse, dels att hänsyn behöver tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Det torde därför vara svårt att utforma en heltäckande och ändamålsenlig rättslig reglering avseende påtalandeskyldighetens innebörd och omfång. Detta innebär i sin tur att en lagregel som reglerar vilka omständigheter som aktiverar påtalandeskyldigheten respektive vilka omständigheter som tillåter passivitet, inte torde leda till ett tydliggörande av påtalandeskyldighetens gränser, eftersom regleringen troligtvis skulle vara allmänt hållen. Däremot kan det tänkas att en lagreglerad påtalandeskyldighet, som tidigare nämnts, kan uppmärksamma leverantörer om påtalandeskyldighetens existens. Vidare ändras upphandlingsområdet kontinuerligt, vilket medför en svårighet att i detalj reglera vilka omständigheter som behöver påtalas eller ej enligt påtalandeskyldigheten. En fördel med ospecificerade villkor, likt odefinierade ramar av påtalandeskyldigheten, är att påtalandeskyldigheten enklare kan anpassas på ett sätt om gynnar den enskilda upphandlingen.

Enligt min mening är det viktigaste inte vad som är lagreglerat och inte, utan att de regler som finns faktiskt efterföljs. Det viktiga är att villkoren avseende påtalandeskyldigheten, oavsett om dessa följer av lagtext eller enbart genom praxis från HFD, är så pass tydligt utformade att leverantören förstår vilka förväntningar och krav som ställs på denne för att vid en eventuell överprövning anses ha agerat skademinimerande. Här bör särskilt framhållas att de bedömningar som kammarrätter hittills har gjort beträffande påtalandeskyldigheten har varit svåra att förena med varandra. Med anledning av att påtalandeskyldighetens omfattning är så pass oklar som den är, menar jag att skyldigheten bör tillämpas med viss försiktighet innan prejudicerande vägledning publiceras. Som ett första led i utvecklingen kring en tydligare påtalandeskyldighet anser jag således att det hade varit önskvärt med fler prejudicerande rättsfall alternativt att regeringen tillsatte en utredning för att utreda påtalandeskyldighetens omfång, innan en eventuell lagreglering blir aktuell.

5 Avslutande kommentarer

Genom HFD 2022 ref. 4, med stöd av HFD 2022 ref. 30, kan det konstateras att HFD numera gör en förhållandevis restriktiv skadebedömning avseende leverantörers skada i upphandlingar. Vad den närmare konsekvensen av HFD:s mer strikta bedömning kan få i mål om överprövning av en offentlig upphandling återstår dock att se. Kammarrätternas spretiga och stundtals motsägelsefulla tillämpning av påtalandeskyldigheten medför ett oklart rättsläge. För leverantörens del innebär det oklara rättsläget att leverantören bör utgå från att domstolen gör en sträng tolkning av påtalandeskyldigheten och att leverantören därför torde dra fördel av att påtala *alla* eventuella felaktigheter och otydligheter som noteras under anbudsfasen.

Den främsta konsekvensen av påtalandeskyldigheten är att det läggs ett betydligt större ansvar än tidigare på leverantören. Om leverantören underlåter att påtala eventuella fel och brister under anbudstiden, finns en stor risk att domstolen bedömer att skaderekvisitet inte är uppfyllt, oaktat om domstolen konstaterar att det faktiskt har förelegat en klar och tydlig överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket. Leverantören behöver dels analysera upphandlingsdokumenten ur ett affärsmässigt perspektiv för att bedöma om det är möjligt att lämna anbud, dels göra en juridisk granskning för att identifiera potentiella upphandlingsrättsliga brister i underlaget. I praktiken innebär det att anbudsförfarandet riskerar att bli tyngre för leverantören såväl resursmässigt som ekonomiskt. Granskningsbördan riskerar att till viss del ta fokus från leverantörens möjlighet att utforma sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Enligt min mening tycks införandet av påtalandeskyldigheten grunda sig i en önskan om att komma åt efterhandskonstruktioner vid överprövningar. Vidare är påtalandeskyldigheten ett sätt att stävja överprövningsbenägenheten när leverantören inser att brister föreligger men aktivt väljer att inte påtala bristerna, antingen för att denne gynnas av de oklara eller felaktiga villkoren i upphandlingsdokumenten eller för att använda påtalandeskyldigheten och skaderekvisitet strategiskt vid en eventuell överprövning. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv skulle påtalandeskyldigheten i syfte att effektivisera överprövningsprocessen och göra den mer förutsebar, kunna väga tyngre än den negativa inverkan ökade ekonomiska kostnader och ökad arbetsbörda har för leverantörens vilja att lämna anbud och ansöka om överprövning. I mångt och mycket är dock påtalandeskyldigheten till förmån för den upphandlande myndigheten. Myndigheten får redan anses ha ett övertag i en eventuell överprövningsprocess, eftersom myndigheten upprättar upphandlingsdokumenten, upprättar avtalsutkast och mer eller mindre äger hela upphandlingsprocessen. En risk är dock att påtalandeskyldigheten leder till ett ökat antal frågor, krav på förtydliganden och påståenden om överträdelser som behöver hanteras av den upphandlande myndigheten. Det finns således en risk att påtalandeskyldigheten, i det avseendet, gör att upphandlingsprocessen blir mer betungande även för den upphandlande myndigheten. Fördelen är enligt min mening att

det uppmanar myndigheten att ta fram adekvata upphandlingsdokument redan från början, vilket i sin tur gynnar rättssäkerheten i upphandlingsförfarandet.

Mot bakgrund av att det är resurskrävande för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer att tvingas göra om upphandlingen, anser jag att det är rimligt att en leverantör som uppräcker felaktigheter också påtalar dem när det faktiskt finns möjlighet att rätta till felet. Det kan bidra till såväl tidsbesparingar som lägre kostnader, vilket är i linje med det upphandlingsrättsliga regelverkets grundtanke om att skattemedel ska hanteras kostnadseffektivt. Vidare anser jag att påtalandeskyldigheten uppmanar leverantören att vara ansvarsfull samt att omsorgsfullt granska upphandlingsdokumenten, för att inte själv bära risken av en eventuell brist.

Även om påtalandeskyldigheten på sikt kan resultera i bättre upphandlingsdokument och färre överprövningar, uppstår frågan om det stora ansvar som läggs på leverantörer genom påtalandeskyldigheten är proportionerligt. Leverantörer har en generös möjlighet att överpröva en offentlig upphandling, varför det enligt min mening är rimligt att leverantörer åläggs att använda överprövningsförfarandet på ett ansvarsfullt sätt. Här anser jag att en påtalandeskyldighet kan leda till att överprövningsförfarandet används varsamt, jämfört med att exempelvis införa en avgift i upphandlingsmål. Som redogjorts för i kapitel 3 i uppsatsen finns det emellertid redan en rad rekvisit som leverantörer behöver beakta vid en överprövning. Påtalandeskyldigheten medför att ytterligare en beståndsdel införs i överprövningsförfarandet, vilket torde drabba mindre leverantörer hårdast. Sammantaget är min uppfattning att det är rimligt att det finns en påtalandeskyldighet i den mån att illvilliga och otillbörliga överprövningar kan undvikas. Dock anser jag inte att det är skäligt att *kräva* att leverantörer påtalar fel och brister, i vart fall inte i en så vidsträckt och omfattande mån som kammarrätter hittills har gjort gällande i sina avgöranden. Att en leverantör kommer till insikt i att upphandlingsförfarandet innehåller brister först efter att anbudstiden har löpt ut, har av kammarrätter inte ansetts försvarbart. Att inte ställa frågor eller begära kompletteringar och förtydliganden under anbudsfasen får således stora konsekvenser i praktiken. Enligt min mening är kammarrätternas vidsträckta tolkning av påtalandeskyldigheten inte proportionerlig.

Det är svårt att förutspå hur påtalandeskyldigheten kan tänkas utvecklas framöver. Påtalandeskyldigheten är fortfarande en ny princip på upphandlingsområdet. För att tydliggöra påtalandeskyldighetens omfattning och gränser, behövs fler vägledande avgöranden från HFD. Jag väntar med spänning på att få se hur påtalandeskyldigheten, och överprövningsprocessen som sådan, kommer att utvecklas framöver.

Källförteckning

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 2013:12 Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling.

SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

Propositioner

Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling.

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

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.

Prop. 2010/11:150 Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, del 1.

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling.

Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk.

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

Litteratur

Arrowsmith, Sue (2014), *The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK*. 3. ed., Sweet & Maxwell, London.

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson, Daniel; Olsson, Erik (2012), *Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*. Jure, Stockholm.

Blomberg, Jesper och Södergren, Patrik (2020), *Förvaltningsprocesslagen: En kommentar*. Nordstedts Juridik, Stockholm.

Ehn, Magnus (2017), 'Kan du bevisa det? – åberopsbörda och bevisbörda i upphandlingsmål'. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 4/2017, s. 251-261.

Ehn, Magnus m.fl. (2022), *Upphandlingsrättsligt skadestånd*. Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2022:1.

Forsberg, Niclas (2019), *Upphandling - enligt LOU, LUF, LUK, LUF5 och LOV*. 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm.

Frändberg, Åke (2019), 'Begreppet rättssäkerhet', i: Dahlman, Christian och Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp*. Studentlitteratur, Lund.

Hettne, Jörgen (2016), 'Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen – om frånvaron av preklusionsregler i LOU'. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 3/2016, s. 201-214.

Hettne, Jörgen och Eriksson, Ida Otken (red.) (2011), *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm.

Jareborg, Nils, 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT*, 2004, s. 1–10.

Johansson, Daniel (2016), 'Tredjemansinträde i upphandlingsmål', *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 2016, s. 63–87.

Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, s. 21–46.

Lindahl Toftegaard, Eva (2022), *Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen*. 3 uppl., Studentlitteratur, Lund.

Lindberg, Olle och Palm, Johanna (2023), *Var går påtalandeskyldighetens gränser?* JUNO, publicerad 2023-05-29.

Lindén, Sylvia; Ljöstad, Louise; Lindqvist, Karen Arista (2022), 'Pendeln svänger i skadeståndsmål'. *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, 3/2022, s. 89-104.

Olsson, Erik; Pedersen, Kristian; Lindberg, Olle; Robertsson, Viktor (2018), 'Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 2'. *Europarättslig Tidskrift*, 4/2018, s. 737-771.

Olsson, Erik; Pedersen, Kristian; Ehn, Magnus; Lindberg, Olle; Robertsson, Viktor (2019), 'Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 3'. *Europarättslig Tidskrift*, 1/2019, s. 125-141.

Peczenik, Aleksander (2005), 'Juridikens allmänna läror', *SvJT*, 2005, s. 249–272.

Pedersen, Kristian och Lindberg, Olle (2023), *Upphandlingsrättens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. 6 uppl., Jure, Stockholm.

Reichel, Jane (2018), 'EU-rättslig metod', i; Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, s. 109–142.

Rosén Andersson, Helena m.fl. (2020), *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*. 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm.

Sandgren, Claes (2021), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, materialmetod, argumentation och språk*. 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm.

Von Essen, Ulrik (2016), *Processramen i förvaltningsmål : Ändring av talan och anslutande frågor*, 2 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm.

Övriga källor

Asplund, Anders (2023), 'Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling - rapport med en analys av högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis avseende skaderekvisitet i överprövningsmål i HFD 2022 ref 4 I och II', *Svenskt Näringsliv*. <https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/d7jfqq_patalandeskyldigheten-i-offentlig-upphandlingpdf_1204888.html/P%C3%A5talandeskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf> (besökt 2023-12-17).

Upphandlingsmyndigheten (2017), 'Kartläggning och analys av mål om överprövning – rapport 2017:7'. <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/dokument/publikationer/rapport-2017_7-kartlaggning-och-analys-av-mal-om-overprovning.pdf> (besökt 2023-10-09).

Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket (2020), *Statistik om offentlig upphandling 2020 – Upphandlingsmyndighetens rapport 2020:4 och Konkurrensverkets rapport 2020:5*. Lenanders Grafiska, Kalmar.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-26/62 *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1.

C-6/64 *Costa*, EU:C:1964:66.

De förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du pêcheur mot Tyskland* och *Factortame mot The Queen*, EU:C:1996:79.

C-81/98 *Alcatel Austria m.fl.*, EU:C:1999:534.

C-324/98 *Telaustria*, EU:C:2000:669.

C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, EU:C:2002:746.

C-496/99 *P Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236.

C-19/00 *SIAC Construction*, EU:C:2001:553.

De förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, EU:C:2005:127.

De förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP och Santorseo*, EU:C:2008:277.

C-241/06 *Lämmerzhal GmbH*, EU:C:2007:597.

C-450/06 *Varec*, EU:C:2008:91.

C-532/06 *Lianakis m.fl.*, EU:C:2008:40.

C-406/08 *Uniplex*, EU:C:2010:45.

C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, EU:C:2010:46.

C-599/10 *SAG*, EU:C:2012:191.

C-100/12 *Fastweb SpA*, EU:C:2013:448.

C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166.

C-689/13 *PFE*, EU:C:2016:199.

C-27/15 *Pizzo*, EU:C:2016:404.

C-531/16 *Specializoutas transportas*, EU:C:2018:324.

De förenade målen C-724/19 och C-722/19 *Sisal m.fl.*, EU:C:2021:672.

C-195/21 *LB*, EU:C:2022:239.

Högsta domstolen

NJA 2007 s. 349.

NJA 2016 s. 358.

NJA 2016 s. 369.

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 1994 ref. 65.

RÅ 2002 ref. 50.

RÅ 2005 ref. 17.

RÅ 2005 ref. 47.

RÅ 2008 ref. 26.

RÅ 2009 ref. 69.

RÅ 2010 ref. 78.

HFD 2011 ref. 29.

HFD 2012 ref. 2.

HFD 2013 ref. 5.

HFD 2013 ref. 24.

HFD 2013 ref. 36.

HFD 2013 ref. 53.

HFD 2015 ref. 55.

HFD 2016 ref. 37.

HFD 2017 ref. 62.

HFD 2018 ref. 28.

HFD 2018 ref. 50.

HFD 2020 ref. 24.

HFD 2022 ref. 4 I och II.

HFD 2022 ref. 30.

Kammarrätt

Kammarrätten i Stockholm, dom 2011-05-24 i mål nr 7138-10.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2011-12-20 i mål nr 2458-11.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2012-08-02 i mål nr 1404-12.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2020-04-23 i mål nr 2770-19.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2021-10-18 i mål nr 1827-21.

Kammarrätten i Jönköping, dom 2022-02-03 i mål nr 3431-21.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2022-07-04 i mål nr 3508-21.

Kammarrätten i Stockholm, dom 2022-01-17 i mål nr 3580-21.

Kammarrätten i Stockholm, dom 2022-01-17 i mål nr 4092-21.

Kammarrätten i Jönköping, dom 2022-10-05 i mål nr 4171-4176-21.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-03-10 i mål nr 5757-21.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-07-14 i mål nr 6319-21 och 6320-21.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-05-16 i mål nr 995-22.

Kammarrätten i Jönköping, dom 2022-11-01 i mål nr 1024-22.

Kammarrätten i Jönköping, dom 2022-12-02 i mål nr 1384-1389-22.

Kammarrätten i Stockholm, dom 2022-06-23 i mål nr 1578-22.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-11-07 i mål nr 3616-22.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2023-01-09 i mål nr 4852-22.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2023-03-27 i mål nr 255-23.

Kammarrätten i Jönköping, dom 2023-06-30 i mål nr 324-23.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2023-09-28 i mål nr 1304-1305-23.

Kammarrätten i Jönköping, dom 2023-10-03 i mål nr 1791-23.

Förvaltningsrätt

Förvaltningsrätten i Växjö, dom 2022-03-03 i mål nr 3480-3484-21.