



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Vedin

Påtala allt och lite till
Om påtalandeskyldighetens omfattning i ljuset
av upphandlingsrättens ändamål

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Max Hjärtström

Termin: VT24

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR.....	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar.....	5
1.4 Metod och perspektiv	6
1.4.1 Rättsdogmatisk metod.....	6
1.4.2 EU-rättsligt inflytande.....	7
1.5 Material.....	7
1.6 Forskningsläge.....	8
1.7 Uppsatsens disposition.....	9
2 RÄTTSLIG BAKGRUND	10
2.1 Upphandlingsrättens ändamål.....	10
2.2 Upphandlingsrättens grundläggande principer.....	11
2.3 Upphandlingsprocessen och möjlighet till överprövning.....	13
2.3.1 Skaderekvisitet	15
3 PÅTALANDESKYLDIGHETEN.....	17
3.1 HFD 2022 ref. 4 I och II.....	17
3.2 Påtalandeskyldighetens genomslag i kammarrätt.....	19
3.3 Diskussion och kritik.....	22
3.3.1 En jämförelse med preklusion.....	24
4 ANALYS	26
4.1 Påtalandeskyldighetens konsekvenser	26
4.2 Påtalandeskyldighetens ändamålsenlighet.....	27
5 AVSLUTANDE KOMMENTARER.....	29
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	30

Summary

Swedish procurement law is based on ideas and principles originating from EU law. However, Sweden has a great deal of freedom to formulate the procedural rules that are to be applied in the review of procurements. Chapter 20 Section 6 Paragraph 1 in the Swedish Public Procurement Act sets out two requirements for an application for review to obtain approval; firstly, the contracting authority must have violated the procurement legislation, secondly, the violation must have caused or may cause the supplier harm.

In 2022, the Supreme Administrative Court in Sweden issued the judgement HFD 2022 ref. 4 I and II which came to be of great importance for the possibility to review procurements. With reference to EU law, the court explained that the supplier must have pointed out the alleged infringement before submitting its tender in order to be considered to have minimized its harm. If the supplier without acceptable reason fails to do so, the requirement for harm cannot normally be considered fulfilled and the application of review can not be approved. This obligation to disclose undoubtedly entails a stricter interpretation of the criterion for harm than before the precedent.

Since HFD 2022 ref. 4 I and II was issued, the duty to disclose has generally been extensively applied in administrative courts. The courts have made a strict interpretation of the requirement for harm to the detriment of the suppliers. An analysis of a multitude of decisions by the administrative courts reveals that there are differing views on the scope and form of the duty to disclose. The legal situation is definitely somewhat unclear, which jeopardizes predictability and the rule of law.

The obligation to disclose has been met by a significant amount of criticism. Critics argue that the obligation constitutes a major burden for suppliers, particularly small suppliers who risk refraining from participating in public procurements. This is problematic from a perspective of competition law.

Sammanfattning

Den svenska upphandlingsrätten bygger på ändamål och principer med ursprung i EU-rätten. Sverige har dock stor frihet att formulera de processuella regler som ska gälla vid överprövning av upphandlingar. I 20 kap. 6 § 1 st. LOU stadgas två rekvisit för att en ansökan om överprövning ska bifallas; dels ska den upphandlande myndigheten brutit mot en upphandlingsrättslig bestämmelse, dels ska överträdelsen medfört att leverantören har lidit eller riskerat att lida skada.

År 2022 meddelades HFD 2022 ref. 4 I och II, ett avgörande som kom att få stor betydelse för möjligheten att överpröva upphandlingar. Med hänvisning till EU-rätten förklarade domstolen att leverantören måste ha påtalat den brist som anförs som grund för överprövningen redan under anbudstiden i upphandlingsprocessen för att anses ha agerat skademinimerande. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta kan skaderekvisitet i 20 kap. 6 § 1 st. LOU normalt inte anses uppfyllt och ansökan om överprövning kan därmed inte bifallas. Denna förpliktelse har kommit att kallas för påtalandeskyldigheten och innebär otvivelaktigt en strängare tolkning av skaderekvisitet än tidigare.

Sedan HFD 2022 ref. 4 I och II meddelades har påtalandeskyldigheten i stora drag tolkats extensivt i underrätt. Domstolarna har gjort en strikt bedömning av skaderekvisitet till nackdel för leverantörerna. Vid en analys av flertal kammarrättsavgöranden uppenbaras att det däremot föreligger skilda uppfattningar gällande påtalandeskyldighetens räckvidd och utformning. Rättsläget är uppenbart något oklart vilket äventyrar förutsägbarheten och rättssäkerheten.

Påtalandeskyldigheten har bemötts med en icke oväsentlig mängd kritik. Kritiker menar att förpliktelsen utgör en stor belastning för leverantörer samt riskerar att medföra att mindre leverantörer avstår från deltagande i offentlig upphandling vilket är problematiskt ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

Förkortningar

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
NJA	Nytt juridiskt arkiv avdelning I
Prop.	Proposition
Rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten
SOU	Statens offentliga utredningar
Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
Ändringsdirektivet	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

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När en myndighet vill införskaffa sig varor, tjänster eller byggentreprenader behöver detta ske enligt den inköpsprocess som beskrivs i det upphandlingsrättsliga regelverket.¹ I Sverige regleras detta förfarande främst i lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Om en leverantör anser att en upphandling genomförts i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket kan denna ansöka om överprövning vid allmän förvaltningsdomstol.² För att nå framgång med sin talan krävs enligt 20 kap. 6 § 1 st. LOU dels att den upphandlande myndigheten agerat i strid med LOU, dels att leverantören till följd av detta lidit eller riskerar att lida skada.

År 2021 inkom drygt 2500 mål om offentlig upphandling till förvaltningsrätterna.³ Upphandlingar överprövas i väsentligt högre utsträckning i Sverige än i de flesta andra EU-länder vilket har kritiserats ur effektivitetssynpunkt.⁴

I januari 2022 meddelades avgörandet HFD 2022 ref. 4 I och II⁵ som kom att få stora konsekvenser för överprövningsprocessen av offentliga upphandlingar. Domstolen stadgade att leverantörer som anser att det finns brister i myndighetens upphandlingsdokument har en skyldighet att påtala dessa tidigt under upphandlingsprocessen för att anses ha agerat skademinimerande. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta anses skaderekvisitet i 20 kap. 6 § 1 st. LOU inte uppfyllt. Fenomenet har kommit att kallas för påtalandeskyldigheten och har av flera aktörer kritiserats för att ha en otydlig räckvidd och bristande förenlighet med upphandlingsrättens syfte.

¹ 1 kap. 2 § LOU.

² Prop. 2021/22:120 s. 22–23.

³ Domstolsverket s. 30.

⁴ SOU 2018:44 s. 583.

⁵ Hädanefter benämns rättsfallen gemensamt som HFD 2022 ref. 4.

1.2 Syfte och frågeställningar

Denna uppsats syftar till att kritiskt utreda påtalandeskyldighetens omfattning med utgångspunkt i dess tillämpning i kammarrätt. Uppsatsen syftar också till att belysa de konsekvenser som påtalandeskyldigheten medför och kritiskt analysera dess förenlighet med uttalade ändamål inom offentlig upphandling.

För att uppnå ovanstående syfte besvarar uppsatsen följande frågeställningar:

- Hur har påtalandeskyldighetens räckvidd tolkats av kammarrätt?
- Hur förhåller sig påtalandeskyldigheten till upphandlingsrättens ändamål?

1.3 Avgränsningar

Med hänsyn till begränsningar av tid och utrymme görs vissa avgränsningar avseende uppsatsens innehåll. Av utrymmesskäl behandlar uppsatsen endast offentlig upphandling som regleras i LOU. Övriga upphandlingslagar⁶ behandlas inte, men härtill kan nämnas att regleringen av överprövning är snarlika i samtliga upphandlingsrättsliga lagar.

Vidare utgår uppsatsen endast från upphandlingar som sker över de tröskelvärden som beskrivs i 1 kap. 4 § LOU. Detta är en avgränsning som följer uppsatsens syfte eftersom det endast är upphandlingar över tröskelvärdena som omfattas av direktiven.⁷ Även direktupphandling utelämnas från uppsatsens omfattning eftersom påtalandeskyldigheten inte tillämpas vid överprövning av dessa.⁸

⁶ Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningsfaktorerna, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

⁷ Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket s. 155.

⁸ Jfr Pedersen och Lindberg s. 97–102.

1.4 Metod och perspektiv

1.4.1 Rättsdogmatisk metod

Uppsatsen bygger huvudsakligen på rättsdogmatisk metod med ett kritiskt perspektiv. Rättsdogmatisk metod innebär att rättsliga problem löses med utgångspunkt i principerna för användandet av de allmänt accepterade rättskällorna. Dessa utgörs av lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin. Rättskällorna analyseras utifrån självklarheten att de har en given auktoritet för att presentera ett resultat som speglar gällande rätt.⁹

Doktrin kan öka övriga rättskällors demokratiska legitimitet, men anses normalt inte besitta en självständig auktoritet. Vissa menar att doktrin behöver ha en inre tyngd för att ges auktoritet medan andra menar att auktoriteten uppkommer när uttalanden bygger på en stark logisk struktur. Kleineman är av den sistnämnda uppfattningen.¹⁰

Även frågan om doktrin inom ramen för den rättsdogmatiska metoden har rätt att kritisera auktoritära rättskällor är komplex. Avseende kritik av rättsfall anses å ena sidan anses att all praxis utgör rättskällor som ska accepteras, oavsett hur omtyckt ett visst avgörande är. Å andra sidan kan doktrin fylla en viktig funktion genom att påtala inkonsekvent rättskipning. Det senare perspektivet kan benämnas kritiskt inriktad rättsdogmatik och kan användas för att påvisa att ett rättsläge är otillfredsställande. Kleineman ser inget hinder mot att bedriva en kritisk rättsdogmatik. För att denna metod fortfarande ska utgöra rättsdogmatik är det dock avgörande att författaren inte förnekar rättskällans självständiga auktoritet.¹¹ Peczenik delar uppfattningen att rättsdogmatiken inte behöver begränsas till endast deskriptiva ståndpunkter utan förklarar att metoden även utvecklar normativa ståndpunkter som kan rättfärdiga eller kritisera gällande rätt.¹²

⁹ Kleineman s. 21–33.

¹⁰ Kleineman s. 27.

¹¹ Kleineman s. 34–35, 40–41.

¹² Peczenik s. 250; jfr även Jareborg s. 4.

Den rättsdogmatiska metoden visar inget intresse för hur normer i praktiken tillämpas i exempelvis underrätt och myndigheter. Däremot kan omvärlds-iakttagelser komplettera de accepterade rättskällorna i form av konstruktiv kritik, förklarar Kleineman.¹³

Likt Kleineman, Peczenik och Jareborg har jag en extensiv syn på rättsdogmatiken och väljer att inkludera analys, även kritisk sådan, av gällande rätt i begreppet rättsdogmatik. Jag låter doktrin och underrättspraxis ta plats i uppsatsen då ett kritiskt perspektiv och omvärlds-iakttagelser är nödvändiga för att uppnå uppsatsens syfte. Samtidigt har jag en återhållsam inställning till dess rättskällevärde och sammanblandar inte dess analyserande funktion med den auktoritet som de allmänt accepterade rättskällorna besitter.

1.4.2 EU-rättsligt inflytande

Med hänsyn till att LOU har ursprung i EU-rätten¹⁴ är det väsentligt att studera upphandlingsrätten med ledning av unionsrättsliga källor och tolkningsmetoder. Särskiljande för EU-rätten är den centrala roll som EU-domstolens praxis tillerkänts. Det är huvudsakligen EU-domstolen som relativt självständigt utvecklar principer för hur EU-rätt ska tillämpas på nationell nivå.¹⁵

Avseende tolkningsmetod innebär doktrinen om *effet utile* att EU-rättsliga åtgärder ska ges en sådan tolkning att dess ändamål kan uppnås. EU-domstolen har i sina flesta avgöranden en tydlig teleologisk utgångspunkt, varför det kan förekomma en viss diskrepans mellan EU-domstolens tolkning av en bestämmelse och den bokstavliga lydelsen av samma bestämmelse.¹⁶

1.5 Material

Det material som används i uppsatsen utgörs av både källor och litteratur. Källor i form av lag, förarbeten och prejudikat används i enlighet med den rättsdogmatiska metoden för att beskriva rättsläget och de relevanta

¹³ Kleineman s. 24.

¹⁴ Prop. 2021/22:120 s. 20. LOU genomför upphandlingsdirektivet.

¹⁵ Reichel s. 110, 115–116, 125.

¹⁶ Reichel s. 114 och 122; jfr C-283/81 *CILFIT*, EU:C 1982:335; jfr C-26/62 *van Gend & Loos*, EU:C 1963:1.

bestämmelsernas ändamål. Med hänsyn till att påtalandeskyldigheten inte uttryckligt regleras i lag och endast berörts av HFD ett fåtal gånger har praxis från kammarrätter använts för att belysa principens tillämpning. Trots det begränsade rättskällevärdet kan dessa avgöranden ge en indikation på hur HFD skulle tillämpa påtalandeskyldigheten i kontext av omständigheter som ännu ej prövats av HFD.

Uppsatsen bygger även på litteratur i form av artiklar och övrig doktrin. Med hänsyn till doktrinens begränsade rättskällevärde beaktas logiken och kvaliteten på verkens rättsliga argumentation. Utöver doktrin används även en begränsad mängd rapporter från myndigheter och en intresseorganisation. Detta material utgör inte bindande rättskällor och används därför med försiktighet bland annat för att belysa hur påtalandeskyldigheten tolkas och kritiseras av olika aktörer i samhället. Jag anser detta vara nödvändigt för att uppnå uppsatsens syfte och ge läsaren en verklighetstrogen bild av uppsatsämnet.

1.6 Forskningsläge

Den forskning som finns inom rättsområdet offentlig upphandling är något begränsad. Det finns en del verk som ger en god beskrivning av den rättsliga bakgrunden till ämnet, några som kan nämnas är Kristian Pedersen och Olle Lindbergs verk *Upphandlingsrättens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningsfaktorerna* samt Eva Lindahl Toftegaards verk *Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen*. Med hänsyn till att påtalandeskyldigheten är en förhållandevis ny princip inom upphandlingsrätten är forskningen på området väldigt limiterad. Anders Asplund, tidigare chefsjurist på upphandlingsmyndigheten, har på uppdrag av Svenskt Näringsliv tagit fram rapporten *Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling – rapport med en analys av högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis avseende skaderekvisitet i överprövningsmål i HFD 2022 ref 4 I och II* som i detta sammanhang är värd att nämna.

1.7 Uppsatsens disposition

Uppsatsens första avsnitt består av en inledning där bakgrund, syfte, frågeställningar, metod, perspektiv, material och forskningsläge presenteras. I avsnitt två beskrivs den rättsliga bakgrunden till uppsatsämnet bestående av en redogörelse för upphandlingsrättens ändamål, grundläggande principer samt upphandlingsprocessen i korthet med fokus på överprövning. I avsnitt tre studeras påtalandeskyldigheten djupare med avstamp i prejudikatet HFD 2022 ref. 4 samt tillämpningen i kammarrätt för att besvara uppsatsens första frågeställning. I samma avsnitt belyses även den diskussion som förts avseende skyldigheten. Avsnitt fyra består av min analys av påtalandeskyldigheten uppdelad i två underavsnitt; påtalandeskyldighetens konsekvenser respektive påtalandeskyldighetens ändamålsenlighet där uppsatsens andra frågeställning besvaras. Uppsatsen avslutas i avsnitt fem där jag slutligen ger mina avslutande kommentarer till uppsatsämnet.

2 Rättslig bakgrund

LOU utgör Sveriges införlivande av EU:s upphandlingsdirektiv, rättsmedelsdirektivet och ändringsdirektivet varav de två sistnämnda gemensamt kan benämnas som rättsmedelsdirektiven. I direktiven kan utläsas flera mål som regleringen av offentlig upphandling eftersträvar samt ett antal principer som medlemsstaterna ombeds tillämpa för att säkerställa att upphandlingar sker i enlighet med dessa ändamål.

2.1 Upphandlingsrättens ändamål

Upphandlingsdirektiven syftar till att stärka rörligheten inom EU:s inre marknad. Upphandlingsrättsliga normer ska motverka hinder för etableringsfriheten samt den fria rörligheten av varor och tjänster.¹⁷ Av skäl 2 i upphandlingsdirektivet framgår att en effektiv användning av offentliga medel är eftersträvansvärd. Vidare anger artikel 18 i samma direktiv att upphandling inte får ske på ett sätt som konstgjort begränsar konkurrensen. I svenska lagförarbeten förklaras att stark konkurrens möjliggör en mer effektiv användning av offentliga medel samt driver den tekniska utvecklingen framåt. Dessutom minskar risken för korruption och maktmissbruk.¹⁸

Den unionsrättsliga regleringen av offentlig upphandling har karaktär av skyddslagstiftning för leverantörer.¹⁹ Bestämmelserna ska skydda leverantörer som är etablerade i en medlemsstat samt potentiella leverantörer som vill lämna anbud åt en upphandlande myndighet i en annan medlemsstat.²⁰

Framför allt små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling ska underlättas.²¹ Upphandlingar bör anpassas till de små och medelstora företagens behov, exempelvis genom att större kontrakt delas upp i mindre delar för att underlätta deltagande för mindre företag.²² Som motivering till detta

¹⁷ Pedersen och Lindberg s. 22–23.

¹⁸ Prop. 2021/22:120 s. 28.

¹⁹ Jfr C-380/98 *University of Cambridge*, EU:C:2000:529 punkterna 16–17.

²⁰ Pedersen och Lindberg s. 22–23.

²¹ Skäl 2 upphandlingsdirektivet.

²² Skäl 78 upphandlingsdirektivet.

belyser upphandlingsdirektivet små och medelstora företags potential att skapa arbetstillfällen, tillväxt och innovation.²³

Rättsmedelsdirektiven har både ett preventivt och ett reparativt syfte. Dels syftar de till att garantera att upphandlingsdirektivens bestämmelser tillämpas korrekt och effektivt, dels syftar de till att säkerställa att beslut i strid med upphandlingsbestämmelser kan upphävas och skadan det medfört ersättas.²⁴

Rättsmedelsdirektivet syftar till att effektivisera prövning av offentlig upphandling.²⁵ Direktivets första artikel ålägger medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att upphandlingsavtal som strider mot normer inom offentlig upphandling kan prövas effektivt och skyndsamt. Vidare stadgas i artikel 2.1 rättsmedelsdirektivet att medlemsstaterna ska erbjuda befogenheter att vidta interimistiska åtgärder, åsidosätta beslut som fattats på olagligt vis samt bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.

2.2 Upphandlingsrättens grundläggande principer

Under alla faser i upphandlingsprocessen ska den upphandlande myndigheten följa de fem grundläggande principerna om offentlig upphandling. Principerna syftar till att realisera de ändamål som ovan beskrivits och om de inte efterlevs kan upphandlingen bli föremål för överprövning. Principerna stadgas i 4 kap. 1 § LOU, men härstammar från FEU och upphandlingsdirektivet där de bland annat nämns i skäl 1, skäl 18 och skäl 90. I Sverige ska de grundläggande principerna tillämpas på samtliga upphandlingar oavsett storlek och gentemot leverantörer både inom och utanför EU. Det är den upphandlande myndigheten som bär bevisbördan för att krav som ställs i upphandlingsdokument är i enlighet med principerna.²⁶

²³ Skäl 124 upphandlingsdirektivet.

²⁴ Pedersen och Lindahl s. 201; jfr C-81/98 *Alcatel Austria AG m.fl.*, EU:C:1999:534.

²⁵ Skäl 34 rättsmedelsdirektivet.

²⁶ Lindahl Toftegaard s. 49–51.

Principen om *icke diskriminering* innebär ett förbud att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer baserat på nationalitet. En upphandlande myndighet får inte ställa upp krav som endast kan uppfyllas av svenska leverantörer och inte heller genomföra upphandlingsprocesser som är diskriminerande gentemot utländska leverantörer. Detta innebär inte att det är otillåtet att leverantörer av olika nationalitet har olika förutsättningar inför en upphandling – en bedömning avseende huruvida en viss åtgärd är diskriminerande eller ej behöver göras i det enskilda fallet.²⁷ Viss särbehandling tillåts om det anses sakligt motiverat.²⁸

Principen om *likabehandling* stadgar att alla leverantörer ska ges samma förutsättningar i upphandlingen och syftar till att upprätthålla konkurrensneutralitet. En viss leverantör får inte särbehandlas, varken i positiv eller negativ riktning. För att principen ska efterlevas är det till exempel väsentligt att myndigheten inte ställer upp krav som baseras på tidigare leverantörers produkter snarare än myndighetens faktiska behov. Att ställa krav på ett specifikt varumärke är generellt i strid med principen om likabehandling.²⁹ Avsteg från likabehandling kan rättfärdigas om det föreligger sakliga skäl.³⁰

Vidare behöver de krav som den upphandlande myndigheten ställer på upphandlingen stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Detta kallas principen om *proportionalitet* och syftar till att undvika obefogad konkurrensbegränsning. Myndigheten får inte ställa krav som saknar naturligt samband med det som ska upphandlas, är irrelevanta eller går utöver det som kan krävas för att uppnå upphandlingens syfte. Proportionalitetsprincipens gränser kan endast fastställas genom att sätta kraven i sitt sammanhang i det enskilda fallet. Likt principen om likabehandling är det även från proportionalitetsperspektiv väsentligt att krav i upphandlingsdokumentet baseras på det faktiska behovet och inte på tidigare leverantörers produkter.³¹

²⁷ Lindahl Toftgaard s. 52.

²⁸ Jfr HFD 2018 ref. 14.

²⁹ Lindahl Toftgaard s. 54–56.

³⁰ Jfr de förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, EU:C:2005:127.

³¹ Lindahl Toftgaard s. 58–59.

Enligt principen om *öppenhet* är den upphandlande myndigheten skyldig att lämna ut information om genomförandet av upphandlingen samt i övrigt garantera öppenhet i upphandlingarna. Detta innefattar att upphandlingsdokumenten ska vara klara, tydliga och förutsebara för potentiella leverantörer. Transparensen syftar till att ge förutsättningar för konkurrens samt möjliggör efterhandskontroll av upphandlingars lagenlighet. Underlåtenhet att följa de krav på annonsering som ställs upp i LOU strider normalt mot principen om öppenhet. Utöver detta ställer principen krav på hur upphandlingskrav formuleras och dess språkliga tolkning. Leverantörer och domstol ska kunna förstå hur den upphandlande myndigheten resonerat inför sitt tilldelningsbeslut.³² Upphandlingskrav behöver därför vara utformade på så sätt att de ger tillräcklig ledning för normalt omsorgsfulla anbudsgivare.³³

Slutligen ska upphandlingsprocessen vara i enlighet med principen om *ömsesidigt erkännande*. Detta innebär att certifikat, intyg och andra typer av bevis som utfärdats av en behörig myndighet inom EU/EES också ska vara giltiga i övriga länder inom samma område.³⁴

2.3 Upphandlingsprocessen och möjlighet till överprövning

Upphandlingsprocessen kan delas in i fyra faser: förberedelse, genomförande, leverans och uppföljning. Genomförandefasen kallas även upphandlingens konkurrensuppsökande skede³⁵ och är den del som regleras i högst utsträckning i LOU. Denna fas startar vanligtvis med att myndigheten upprättar ett upphandlingsdokument som beskriver det som ska upphandlas. Upphandlingsdokumentet kan även benämnas förfrågningsunderlag. Därefter följer annonsering, möjlighet för leverantörer att få svar på frågor om upphandlingsdokumentet samt inlämnande av anbud. Myndigheten bedömer sedan om det finns anledning att utesluta någon leverantör från upphandlingsprocessen och kontrollerar därefter huruvida de leverantörer som återstår uppfyller de krav

³² Lindahl Toftegaard s. 61–62.

³³ C-19/00 *SIAC Construction*, EU:C:2001:553 punkt 42.

³⁴ Lindahl Toftegaard s. 64.

³⁵ Jfr prop. 2021/22:120 s. 23.

som ställts i upphandlingsdokumentet. Slutligen bedömer myndigheten anbudet och beslutar om vilket anbud som är bäst och därmed vilken leverantör som ska tilldelas uppdraget. Beslutet skickas till samtliga leverantörer som deltagit i upphandlingen och kan överklagas i tio dagar innan avtal får ingås mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande leverantören.³⁶ Denna period kallas avtalsspärren och syftar till att ge övriga leverantörer tillräcklig tid att ansöka om överprövning eller överklaga en dom eller ett beslut.³⁷

Av den EU-rättsliga principen om processuell autonomi följer att medlemsstater har stor frihet i utformningen av sina processrättsliga regler. För att inte kränka unionsrätten behöver dock den nationella rätten uppleva kraven på likvärdighet och effektivitet. *Likvärdighetsprincipen* innebär att regler för prövning av överträdelse av nationell rätt inte får vara mer gynnsamma än regler för motsvarande överträdelse som har sin grund i EU-rätten. *Effektivitetsprincipen* innebär att nationella bestämmelser inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att i praktiken utöva de rättigheter som stadgas i unionsrätten.³⁸

Leverantörer som anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada i en upphandlingsprocess kan enligt 20 kap. 4 § LOU ansöka om överprövning, förvaltningsrätten utgör då första instans.³⁹ Talerätten tillfaller utöver leverantörer som lämnat anbud även potentiella leverantörer, d.v.s. leverantörer som inte lämnat anbud i upphandlingen. Andra missnöjda aktörer kan däremot inte ansöka om överprövning.⁴⁰ Ansökan om överprövning får ske under hela upphandlingsprocessen, även innan tilldelningsbeslut fattats, och kan avse alla beslut i upphandlingsprocessen.⁴¹ Även en myndighets beslut att inte genomföra en offentlig upphandling eller avbryta en påbörjad offentlig upphandling kan överprövas.⁴²

³⁶ Lindahl Toftegaard s. 67–72.

³⁷ Prop. 2009/10:180 s. 107.

³⁸ Prop. 2021/22:120 s. 22.

³⁹ Prop. 2021/22:120 s. 22–23.

⁴⁰ Pedersen och Lindberg s. 201–202.

⁴¹ Pedersen och Lindberg s. 203.

⁴² Jfr C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5; HFD 2013 ref. 31.

Vid brott mot någon av de grundläggande principerna eller annan bestämmelse i LOU ska domstolen enligt 20 kap. 6 § 1 st. LOU ingripa förutsatt att överträdelsen medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. I de fall felet i upphandlingen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet ska domstolen besluta att upphandlingen ska göras om i sin helhet. I andra fall är det tillräckligt att den felaktiga delen av upphandlingen rättas.⁴³

Det vanligaste är att leverantörer ansöker om överprövning under avtalsspärren.⁴⁴ I dessa fall inträder automatiskt en förlängd avtalsspärr som innebär avtal inte får ingås mellan upphandlande myndighet och leverantör under den tid som målet handläggs av förvaltningsrätten och inte heller förrän tio dagar passerat efter förvaltningsrätten avgjort målet.⁴⁵

Artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna ska vidta åtgärder för att prövning av beslut som omfattas av upphandlingsdirektivet ska ske så skyndsamt som möjligt. Trots detta saknar LOU ett uttryckligt skyndsamhetskrav. Däremot har majoriteten av de allmänna förvaltningsdomstolarna angett att mål om offentlig upphandling ska handläggas med förtur i sina arbetsordningar.⁴⁶

Utöver möjligheten till överprövning enligt 20 kap. 6 § LOU finns även en möjlighet till finansiellt avhjälpande i form av skadestånd enligt 20 kap. 20 § LOU.⁴⁷ I vissa fall kan en upphandlande myndighet som bryter mot upphandlingsrättsliga bestämmelser även åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift enligt 21 kap. 6 § LOU. Avgiften kan liknas med en slags böter.⁴⁸

2.3.1 Skaderekvisitet

Ansökan om överklagande får endast bifallas om överträdelsen medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.⁴⁹ Skaderekvisitet är av

⁴³ Prop. 2021/22:120 s. 23.

⁴⁴ Pedersen och Lindberg s. 205–206.

⁴⁵ 20 kap. 8 och 10 §§ LOU.

⁴⁶ Prop. 2021/22:120 s. 25.

⁴⁷ Pedersen och Lindberg s. 215.

⁴⁸ Pedersen och Lindberg s. 218–219.

⁴⁹ 20 kap. 6 § 1 st. LOU.

objektiv karaktär vilket innebär att det inte är tillräckligt att leverantören *anser* sig lidit skada.⁵⁰ Rekvisitet är inte så strängt formulerat att leverantören måste visa att den skulle tilldelats kontraktet om den upphandlande myndigheten inte agerat i strid med upphandlingslagstiftningen. Det är tillräckligt att leverantören visat att den fått försämrade förutsättningar till framgång i upphandlingen.⁵¹

Leverantören behöver visa att det föreligger en tydlig kausalitet mellan den påtalade bristen och den påstådda skadan. Detta tydliggjordes i HFD 2022 ref. 30 där domstolen förklarade att en leverantör vars anbud rätteligen förkastats till följd av att leverantören inte uppfyllde ett obligatoriskt krav inte kan anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av brister i andra obligatoriska krav.⁵²

För att skaderekvisitet ska anses uppfyllt krävs vidare att leverantören visar att den gjort vad som kan krävas av den för att undvika skada. Av HFD har detta tolkats som att leverantörer redan under det konkurrensuppsökande skedet bör påtala eventuella brister de anser finnas i upphandlingsdokument för att undvika senare skada. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra så kan skaderekvisitet normalt sett inte anses uppfyllt om leverantören senare efter tilldelningsbeslutet ansöker om överprövning.⁵³ Det är detta som kommit att kallats för ”påtalandeskyldigheten”.

⁵⁰ Lindahl Toftegaard s. 219. Jfr skaderekvisitet för talerätt i 20 kap. 4 § LOU som är av subjektiv karaktär.

⁵¹ Pedersen och Lindberg s. 202.

⁵² HFD 2022 ref. 30, punkt 19.

⁵³ HFD 2022 ref. 4 I och II, punkt 25.

3 Påtalandeskyldigheten

3.1 HFD 2022 ref. 4 I och II

Den 10 januari 2022 meddelade HFD dom i två mål som kom att få stor betydelse för rättsområdet offentlig upphandling. I det första målet ansökte en anbudsgivare om överprövning då den ansåg att upphandlingsdokumentet var bristfälligt eftersom det bland annat saknades uppgifter om ett tak för den maximala kvantitet som totalt kunde avropas från ramavtalet. Leverantören menade att denna brist medförde åtminstone risk att lida skada eftersom leverantören genom närmare planering och optimering skulle kunnat offerera ett lägre pris om en takvolym angetts. Under frågetiden inkom ingen fråga om ramavtalets maximala omfattning.⁵⁴

I det andra målet innehöll upphandlingsdokumentet i fråga uppgifter om historiska volymer för tjänsten som upphandlades samt en uppskattning av framtida behov av samma tjänst, men saknade uppgifter om ramavtalets maximala omfattning. Leverantören som ansökte om överprövning menade att avsaknaden av takvolym utgjorde en brist som medför att leverantören lider skada eftersom det offererade priset skulle varit annat om maximal volym angetts i upphandlingsdokumentet. Den anförde även att skaderekvisitet var uppfyllt eftersom en uttrycklig takvolym skulle medföra att den upphandlande myndigheten skulle behöva genomföra en ny upphandling när denna gräns överskridits. I den nya upphandlingen skulle leverantören få en ny chans att tilldelas kontrakt. Det inkom ingen fråga om ramavtalets maximala omfattning under frågetiden.⁵⁵

I sin bedömning konstaterade HFD först att det strider mot principerna om öppenhet och likabehandling att inte ange en takvolym vid upphandling av ett ramavtal eftersom detta försvårar leverantörers möjlighet att bedöma sin

⁵⁴ HFD 2022 ref. 4 I punkterna 1–5.

⁵⁵ HFD 2022 ref. 4 II punkterna 4–5.

kapacitet i förhållande till ramavtalet. Den upphandlande myndigheten hade därför brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.⁵⁶

Domstolen fortsatte därefter med en bedömning av skaderekvisitet i 20 kap. 6 § 1 st. LOU. HFD förklarade att det i skadebedömningen ska beaktas om leverantören gjort det som kan krävas för att undvika skada och framförde att en leverantör som anser att upphandlingsdokumentet har brister bör påtala detta redan under anbudstiden för att hindra att skada uppkommer. I praktiken består detta av att begära kompletteringar, förtydliganden och ställa frågor. Om leverantören anmärker på bristen först efter tilldelningsbeslutet har fattats kan skaderekvisitet normalt inte anses uppfyllt, med undantag för om leverantören haft godtagbara skäl för att inte påpeka bristen under anbudstiden.⁵⁷

HFD konstaterade att leverantörerna i fråga inte hade begärt förtydligande av respektive upphandlande myndighet och bedömde därför att leverantörerna inte gjort vad som krävs för att undvika skada. Skaderekvisitet var därför inte uppfyllt, trots att respektive upphandlande myndigheten brutit mot regelverket om offentlig upphandling.⁵⁸

I sina domskäl hänvisade HFD till punkterna 55 och 56 i EU-domstolens avgörande *eVigilo*. I detta förhandsavgörande beskrev domstolen att det till följd av leverantörens omsorgsplikt ska beaktas att den aktuella anbudsgivaren inte begärt förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbud lämnats.⁵⁹

I juli 2022 bekräftade HFD den bedömning av skaderekvisitet som skedde i HFD 2022 ref. 4 genom avgörandet HFD 2022 ref. 30. Båda rättsfallen belyser vikten av att brister påtalas i ett tidigt skede under upphandlingsprocessen och det senare av rättsfallen förtydligar att påtalandeskyldigheten omfattar en

⁵⁶ HFD 2022 ref. 4 I punkterna 16–20; HFD 2022 ref. 4 II punkterna 16–19.

⁵⁷ HFD 2022 ref. 4 I punkt 25; HFD 2022 ref. 4 II punkt 24.

⁵⁸ HFD 2022 ref. 4 I punkterna 28–32; HFD 2022 ref. 4 II punkterna 26–30.

⁵⁹ C-538/13 *eVigilo*, EU:C:2015:166 punkterna 55–56.

skyldighet att påtala samtliga omständigheter som leverantören anser bristfälliga.⁶⁰

3.2 Påtalandeskyldighetens genomslag i kammarrätt

Sedan HFD 2022 ref. 4 meddelades har resonemang om påtalandeskyldigheten varit vanligt förekommande i underrätt. Det kan konstateras en trend att upphandlande myndigheter i sitt försvar gör gällande att den överklagande leverantören inte uppfyllt påtalandeskyldigheten. Trots en viss spretighet i underrättspraxis uppfattning om påtalandeskyldighetens räckvidd har den nya principen generellt tillämpats extensivt i underrätt.⁶¹

I Kammarrätten i Jönköpings mål nr 3431-21 ansökte en leverantör om överprövning med anledning av oklarheter gällande referenstagning i upphandlingsdokumentet. Leverantören hade dock inte begärt förtydliganden under anbudstiden och Kammarrätten ansåg därför att skaderekvisitet inte var uppfyllt. Detta trots att domstolen höll med om att upphandlingsdokumentet var bristfälligt. Samma resonemang kan identifieras i flertal andra kammarrättsavgöranden.⁶²

Kammarrätten i Jönköping har i mål nr 324-23 framfört att leverantörers skyldighet att påtala brister endast avser faktiska omständigheter. Skyldigheten omfattar endast situationer där det finns en reell möjlighet att genom påtalande avhjälpa brister i upphandlingsdokumentet och det krävs inte att leverantören kvalificerar bristen rättsligt. I målet ansågs det tillräckligt att leverantören uppmärksammade att krav var otydliga trots att bristen rättsligt sett bestod av en sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskrav.⁶³

⁶⁰ HFD 2022 ref. 30 punkterna 17–19.

⁶¹ Asplund s. 28.

⁶² Jfr Kammarrätten i Stockholm i mål nr 1578-22; Kammarrätten i Göteborg i mål nr 6319-6320-21; Kammarrätten i Göteborg i mål nr 4852-22; Kammarrätten i Göteborg i mål nr 3616-22; Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1024-22.

⁶³ Jfr Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2565-23.

Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1304-1305-23 utgör ett exempel på när skaderekvisitet kan anses uppfyllt trots att leverantören inte påtalat bristen under anbudstiden. Den aktuella bristen avsåg att utvärderingen lämnat ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar. Leverantören ansågs dock inte ha kunnat förutse myndighetens godtyckliga tillämpning varför skaderekvisitet trots allt ansågs uppfyllt.⁶⁴

I kontrast till detta kan nämnas Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1384-1389-22 där domstolen gjorde en hårdare bedömning av påtalandeskyldigheten. I målet hade leverantören tolkat kravet att offerera ett ”professionellt sladd-headset för telefonist” som ett så kallat öppet krav som kunde uppfyllas genom att offerera olika typer av produkter. Den hade därför lämnat anbud utan att innan begära något förtydligande av kravet. Anbudet hade dock förkastats eftersom den upphandlande myndigheten med kravet hade avsett specifikt en produkt med bygel över huvudet. Kammarrätten framförde att leverantörer bör se ett sådant öppet krav som en otydlighet som därmed omfattas av påtalandeskyldigheten.

Kammarrätten i Jönköping gjorde i mål nr 4171-4176-21 en relativt långtgående tolkning av påtalandeskyldigheten. Leverantören i det aktuella målet hade under ”frågor & svar” ställt flera frågor avseende innebörden av vissa begrepp i utvärderingsmodellen och erhållit förtydligande svar. Kammarrätten menade dock att frågorna var för begränsade i förhållande till dem brister som i ansökan om överklagandet gjordes gällande. Leverantören hade nämligen inte ställt frågor om samtliga begrepp de ansåg vara otydliga vilket i Kammarrättens mening var otillräckligt för att uppnå skaderekvisitet.

Frågan huruvida en leverantör är skyldig att ställa följdfrågor till den upphandlande myndigheten i de fall då svaret på den ursprungliga frågan inte varit klagörande har prövats i ett antal avgöranden. Kammarrätten i Stockholm menar i mål nr 3580-21 och mål nr 4092-21 att leverantören är skyldig att ställa sådana följdfrågor för att göra vad som krävs för att begränsa sin

⁶⁴ Jfr Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1059-23; Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2-24; Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2565-23.

egen skada. En jämförelse kan göras med Kammarrätten i Göteborgs mål nr 995-22 där skaderekvisitet ansågs vara uppfyllt trots att leverantören i fråga inte hade ställt följdfrågor för att avhjälpa kvarstående otydligheter. Till skillnad från de två ovannämnda målen från Kammarrätten i Stockholm så valde dock denna leverantör att inte lämna anbud i upphandlingen.

Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 255-23 bedömt att påtalandeskyldigheten inte omfattar brister som utgörs av en myndighets underlåtenhet att följa uttrycklig reglering i LOU. I det aktuella målet hade den upphandlande myndigheten kommunicerat fel datum för sista anbudsdag. Med hänsyn till att LOU innehåller både en tydlig minimifrist avseende anbudsingivning samt en skyldighet att förlänga anbudstiden om denna frist ej efterlevs ansåg kammarrätten att det inte kan krävas att leverantören påtalar den felaktiga anbudstiden för att skaderekvisitet ska anses uppfyllt. Denna bedömning ligger i linje med den skiljaktiga domarens uppfattning i Kammarrätten i Göteborgs mål nr 3616-22 som ansåg att HFD 2022 ref. 4 inte gav stöd för att påtalandeskyldigheten omfattar bristande proportionalitet.

Slutligen kan nämnas Kammarrätten i Göteborgs mål nr 5757-21. I detta avgörande hade leverantören i fråga inte ställt frågor avseende bristen, men framförde att andra anbudsgivare ställt frågor om samma brist. Leverantören menade att påtalandeskyldigheten inte kan innebära att de behöver påpeka samma sak igen när en annan leverantör redan ställt frågor om bristen. Kammarrätten resonerade dock att den överklagande leverantören ej gjort vad som krävs för att undvika att skada uppkommer genom att inte själv påpeka bristen.

I syfte att besvara uppsatsens första frågeställning är det önskvärt att kunna generalisera hur påtalandeskyldigheten tillämpats i kammarrätterna. Påtalandeskyldigheten har definitivt fått ett stort genomslag i underrätt och det kan antydast en tendens att domstolarna blivit betydligt striktare i sin skadebedömning. Praxis antyder på att det inte föreligger en skyldighet att kvalificera brister rättsligt och påtalande bör heller inte krävas avseende brister som leverantören ej kunnat förutse. Däremot gör kammarrätt i vissa fall en relativt

stäng bedömning av vad leverantörer får förväntas inse utgör en brist, varför leverantörer bör utgå från att alla potentiella brister utgör brister som bör påtalas. Det föreligger en viss oklarhet avseende överträdelser av uttryckliga regler i LOU, skyldighet att ställa följdfrågor samt vilken leverantör som måste ha påtalat bristen. Var påtalandeskyldighetens yttre gräns dras måste därför beskrivas som något svårbedömt.

3.3 Diskussion och kritik

Sedan domen HFD 2022 ref. 4 meddelades har påtalandeskyldigheten varit väl omdiskuterad. Det råder delade meningar om hur påtalandeskyldighetens omfattning ska tolkas samt huruvida den är önskvärd i det svenska rättssystemet. En avsevärd mängd kritik har även riktats gentemot hur underrätt tillämpat skyldigheten.

Lindén, Ljöstad och Lindqvist förklarar att HFD 2022 ref. 4 utgör ett hinder för efterhandskonstruktioner och att prejudikatet jämte HFD 2022 ref. 30 innebär att HFD:s bedömning av skaderekvisitet idag görs mer restriktivt än tidigare.⁶⁵

Lindberg och Palm tolkar prejudikatets domskäl som att det kan förväntas att leverantörer vidtar åtgärder för att avhjälpa tydliga brister i underlaget, framför allt genom verktyget ”Frågor och svar”. Om leverantören underlåter att göra så, och i stället påkallar felet först efter tilldelningsbeslutet, kan invändningen ses som en ren efterhandskonstruktion och därmed avfärdas av domstolen. Lindberg och Palm menar vidare att avgörandet inte ger stöd för att påtalandeskyldigheten skulle omfatta upphandlingsfel som härrör sig till uttryckliga förfaranderegler i LOU.⁶⁶ Detta ligger i linje med Kammarrätten i Sundsvalls bedömning i mål nr 255-23.

Asplund förklarar att det självfallet är önskvärt att leverantörer och upphandlande myndigheter agerar skademinimerande och menar att HFD:s avgörande ligger i linje med de krav på skyndsamhet och effektivitet som

⁶⁵ Lindén, Ljöstad och Lindqvist s. 99.

⁶⁶ Lindberg och Palm s. 3.

rättsmedelsdirektivet förmedlar. Däremot är han kritisk till den extensiva tillämpning som skyldigheten fått i underrättspraxis och förklarar att påtalandeskyldigheten bör begränsas till att omfatta enklare åtgärder och relativt uppenbara brister.⁶⁷

Vidare förklarar Asplund att påtalandeskyldigheten placerar störst börda på små och medelstora leverantörer som i jämförelse med större leverantörer inte besitter samma resurser och kompetens för att upptäcka brister i ett tidigt skede av upphandlingsprocessen. Dessutom drabbas utländska leverantörer oproportionerligt hårt eftersom dessa inte har samma insyn i svensk rättspraxis som svenska leverantörer. Vidare kritiseras att påtalandeskyldigheten i vissa fall tolkats som en skyldighet för leverantörer att ställa följdfrågor när oklarheter kvarstår efter den ursprungliga frågan. Det måste anses vara en ömsesidig skyldighet att till bästa förmåga avhjälpa brister, anser Asplund. Det kan därför diskuteras om det är förenligt med rättsmedelsdirektivets krav på effektivitet och rättssäkerhet att placera ett sådant stort ansvar för skademinimeringen hos leverantören i stället för den upphandlande myndigheten. Avseende uppfattningen att det är den överklagande leverantören själv som måste ha påtalat den aktuella bristen anser Asplund att detta är orimligt eftersom samtliga frågor och svar görs digitalt tillgängliga för samtliga anbudsgivare.⁶⁸

Med hänsyn till de risker som ovan beskrivits bör påtalandeskyldigheten enligt Asplund tillämpas med försiktighet och inte mer långtgående än vad som med säkerhet kan legitimeras med prejudikatet. Det bör noteras att bristerna i HFD 2022 ref. 4 var lättidentifierade och att påtalandeskyldigheten inte bör tolkas som att den medför en utredningsskyldighet för leverantörerna. Skyldigheten att anmärka på brister bör endast omfatta leverantörer som insett bristen, inte leverantörer som inte insett bristen trots att de bort göra det. Syftet med denna distinktion anser Asplund är att påtalandeskyldigheten syftar

⁶⁷ Asplund s. 37–40.

⁶⁸ Asplund s. 34–35.

till att hindra att leverantörer som upptäckt en brist strategiskt väntar med att påtala den för att invänta tilldelningsbeslutet.⁶⁹

3.3.1 En jämförelse med preklusion

Den påtalandeskyldighet som stadgas i HFD 2022 ref. 4 har i praktiken stora likheter med de förslag på preklusionsregler som diskuterats i statliga utredningar och förarbeten. Det är därför aktuellt att undersöka vilken inställning olika aktörer haft till en sådan reglering.

År 2015 tillsattes en utredning med uppgift att se över de rättsmedel som upphandlingslagstiftningen möjliggör.⁷⁰ Överprövningsutredningen menade att leverantörers möjlighet att åberopa lagöverträdelser och brister under hela upphandlingsprocessen äventyrar lagstiftningens förenlighet med rättsmedelsdirektivens mål om skyndsamhet och föreslog att det bör införas en regel om preklusion. Denna preklusion skulle ålägga leverantörerna att anmärka på fel eller brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud gått ut alternativt inom tio dagar från att leverantören fått eller borde fått kännedom om bristen. Syftet beskrevs vara att ge incitament till leverantörer att försöka begränsa sin skada samt hindra att leverantörer medvetet väntar med att påtala fel till dess att tilldelningsbeslut meddelats.⁷¹

Regeringen bedömde däremot i Prop. 2021/22:120 att det inte bör införas någon preklusionsregel. Regeringen framförde att en anmärkningskyldighet skulle uppmuntra till dialog mellan parterna, öka chansen för att brister avhjälpas redan under det konkurrensuppsökande skedet och därmed antagligen minska behovet av överprövning. Däremot skulle en preklusionsregel försvåra det upphandlingsrättsliga regelverket som många leverantörer redan upplever komplicerat vilket medför en risk att leverantörers vilja att delta i upphandlingarna minskar. Dessutom skulle preklusionsregeln medföra en omfattande börda på leverantörerna gällande deras förmåga att argumentera

⁶⁹ Asplund s. 36.

⁷⁰ SOU 2015:12 s. 33.

⁷¹ SOU 2015:12 s. 147, 154–158.

rättsligt. Regeringen beskrev vidare att HFD 2022 ref. 4 bör öka incitamentet för leverantörer att tidigt i upphandlingsprocesser påtala brister, men att avgörandet inte innebär en generell skyldighet att göra så före tilldelningsbeslutet. De beskrev det därför som mindre angeläget att införa en lagstiftad anmärkningskyldighet och menade att behov av att reglera frågan får antas minskat efter HFD 2022 ref. 4.⁷²

De remissinstanser som i propositionen beskrevs som positivt inställda till en preklusionsregel anförde som skäl till detta att åberopandeskyldigheten skulle bidra till en ökad dialog mellan parterna vilket möjliggör för fel i upphandlingen att rättas i ett tidigare skede. Instanserna förklarade vidare att en sådan preklusionsregel inte kan anses alltför betungande för leverantörer med hänsyn till att leverantörerna ändå måste sätta sig in i förfrågningsunderlaget tillräckligt för att kunna utforma ett anbud till upphandlingen. Majoriteten av remissinstanserna delade dock regeringens bedömning.⁷³

Asplund belyser att EU-domstolen i sin praxis har stadgat att preklusioner kräver stöd i lag eller allmän rättslig ram⁷⁴ och att skaderekvisitet i 20 kap. 6 § 1 st. LOU därför inte bör inskränkas endast genom praxis. Det faktum att påtalandeskyldigheten, som har så stora likheter med den förslagna preklusionsregeln som nekats av regeringen, tillämpas så extensivt i underrätt anses problematiskt. Tillämpningen ger enligt Asplund upphov till ett oklart rättsläge som minskar förutsägbarheten i överprövningsmål vilket främst drabbar leverantörerna.⁷⁵

⁷² Prop. 2021/22:120 s. 38-41.

⁷³ Prop. 2021/22:120 s. 38-39.

⁷⁴ Jfr C-456/08 *Kommissionen mot Irland*, EU:C:2010:46. I fall då preklusionsregler regleras i en allmän rättslig ram behöver den rättsliga ramen vara tillräckligt klar och precis så att berörda parter kan förutse sina rättigheter.

⁷⁵ Asplund s. 3-4, 31.

4 Analys

4.1 Påtalandeskyldighetens konsekvenser

HFD 2022 ref. 4 har förändrat rättsläget för både leverantörer, upphandlande myndigheter och domstol. Först och främst utgör påtalandeskyldigheten ett hinder för leverantörer att av strategiska skäl vänta med att påtala brister eller överträdelser tills att tilldelningsbeslutet fattas. Incitamentet att anmärka på brister tidigare i processen bör effektivisera upphandlingarna eftersom bristerna avhjälpas tidigare och antalet upphandlingar som behöver sättas på paus för överprövning därmed minskar.

För det andra har påtalandeskyldigheten förändrat domstolsprövningen av skaderekvisitet i 20 kap. 6 § 1 st. LOU. Domstolens bedömning av detta rekvisit har nu fått en mer avgörande roll i överprövningar och det blir allt vanligare att domstolar börjar sina domskäl med en skadebedömning. Argumentet kan anföras att skadeprövningen blir aningen binär och strikt med konsekvensen att beslut som otvivelaktigt stridit mot upphandlingsrätten får bestå. Samtidigt får den hårdare skadebedömningen antas medföra att färre upphandlingar behöver göras om. Påtalandeskyldigheten främjar effektivitet och snabbare upphandlingsprocesser på bekostnad av risk för lagstridiga upphandlingsbeslut.

Ytterligare en konsekvens som bör nämnas är den rättsliga osäkerhet som HFD 2022 ref. 4 och den följande underrättspraxisen gett upphov till. Olika domstolar har gjort olika bedömningar av vilka omständigheter som omfattas av påtalandeskyldigheten, vilken leverantör som måste påtalat bristen och vad som räknas som godtagbara skäl för att inte tidigare ha påtalat bristen. Här är det viktigt att inte glömma rättskälrelärans tilldelning av auktoritet. Underrättspraxis får inte ges prejudikatvärde, men belyser samtidigt de svårigheter som föreligger vid tolkning av det aktuella prejudikatet i praktiken.

Påtalandeskyldigheten utgör en belastning som tillfaller leverantörerna i upphandlingsprocessen. Leverantörer behöver ha tillräckliga resurser och kompetens för att noggrant granska upphandlingsdokument så att potentiella

brister tidigt kan anmärkas. Ett rättsfall som belyser denna utredningsbörda är Kammarrätten i Jönköpings mål nr 1384-1389-22. Precis som Asplund lyfter, drabbar detta i praktiken mindre leverantörer hårdast som riskerar att helt avstå från att lämna anbud i upphandlingar till följd av svårigheter att efterleva den nivå av utredning som påtalandeskyldigheten i praktiken ställer upp. I längden riskerar mindre leverantörer att spelas ut från den offentliga marknaden vilket är mycket problematiskt ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

Vidare slår påtalandeskyldigheten hårt mot utländska leverantörer. För att utländska leverantörer som är intresserade av att lämna anbud i en svensk upphandling enkelt ska kunna förstå den svenska upphandlingsprocessen är det viktigt att svensk lag präglas av tydlighet. Av skaderekvisitet i 20 kap. 6 § 1 st. LOU anser jag att påtalandeskyldigheten inte kan utläsas. Utifrån det nuvarande rättsläget förutsätts utländska leverantörer därmed ha kunskap om svensk rättspraxis för att inte missa den väsentliga påtalandeskyldigheten.

Samtidigt kan påtalandeskyldigheten beskrivas som en lättnad för upphandlande myndigheter. Skyldigheten medför att det är svårare för leverantörer att vinna framgång med överprövningar och därmed är det troligare att de upphandlande myndigheternas beslut står fast.

4.2 Påtalandeskyldighetens ändamålsenlighet

Ett flertal skribenter och kritiker har flaggat för att påtalandeskyldigheten äventyrar upphandlingsrättens förenlighet med dess ändamål. Svensk domstol har inte begärt något förhandsavgörande i frågan och EU-kommissionen har i skrivande stund inte initierat någon fördragsbrottstalan gentemot Sverige. Det kan därför endast spekuleras kring hur EU eventuellt skulle bedöma påtalandeskyldighetens ändamålsenlighet.

För att främja fri rörlighet och effektiv konkurrens är det önskvärt att upphandlingsrätten skapar goda förutsättningar för att så många leverantörer som möjligt ska kunna delta i offentliga upphandlingar. Påtalandeskyldigheten får i detta avseende antas begränsa dessa förutsättningar. Genom att komplicera upphandlingsprocessen och lägga en större börda på leverantörerna riskeras

att leverantörer avstår från att delta i upphandlingar och konkurrensen blir då svagare.

Det faktum att påtalandeskyldigheten slår hårdast mot mindre och utländska leverantörer kan knappast anses vara i enlighet med upphandlingsrättens ändamål, särskilt med beaktning av skäl 2 i upphandlingsdirektivet som uttrycker att upphandlingsrätten ska underlätta deltagande för mindre aktörer. Det kan diskuteras huruvida det hade varit mer rättvist om domstolen tog hänsyn till olika leverantörers skilda förutsättningar för att upptäcka brister under anbudstiden i deras skadebedömning. Någon sådan hänsyn kan dock inte utläsas från varken avgöranden i HFD eller underrätt.

Avseende rättsmedelsdirektivets krav på skyndsamhet och effektivitet kan det, som Asplund framför, argumenteras för att påtalandeskyldigheten är i linje med dessa målsättningar. Påtalandeskyldigheten är ett konkret verktyg för att hindra att upphandlingsprocesser drar ut på tiden till följd av efterhandsinstruktioner. Att kräva att leverantörer agerar efter förmåga för att hindra skada anses enligt min mening fullt skäligt.

I försök att besvara uppsatsens andra frågeställning anser jag att påtalandeskyldighetens *syfte* är förenligt med upphandlingsrättens ändamål. Offentlig upphandling är i stort behov av både effektivisering och medel för att förhindra efterhandskonstruktioner. Påtalandeskyldigheten syftar till att tillgoda dessa behov. Däremot ställer jag mig tveksam till att de följder som förpliktelsen medför är av samma ändamålsenlighet. Påtalandeskyldigheten slår hårdast mot de leverantörer som upphandlingsregleringen syftar till att skydda och eventuell effektivisering riskerar att ske på bekostnad av begränsad konkurrens. Jag, liksom Asplund, anser att skyldigheten att minimera skada måste vara en ömsesidig skyldighet där både leverantör och myndighet ges incitament att avhjälpa brister. I stället vittnar avgöranden från underrätt om en skyldighet som i stort sett helt placeras inom leverantörernas ansvars- sfär. I de fall leverantörer inte uppfyller påtalandeskyldigheten riskerar dessutom lagstridiga beslut att bestå vilket knappast kan anses vara i enlighet med rättsmedelsdirektivens ändamål.

5 Avslutande kommentarer

Jag vill avsluta denna uppsats med att vidga perspektivet och dela med mig av mina tankar på uppsatsämnet i stort. Behovet av effektivisering inom offentlig upphandling ska tas på stort allvar och verktyg för att förhindra strategisk användning av överprövningsförfarandet är nödvändiga. Vid utformningen av påtalandeskyldigheten i HFD 2022 ref. 4 har domstolen beaktat detta behov, men den tillämpning som följt i underrätt⁷⁶ är enligt min mening inte helt tillfredsställande⁷⁷.

Jag kan inte undgå att spekulera kring hur rättsläget skulle se ut om domstolar inte gjorde en lika extensiv tolkning av prejudikatet. Jag vill ansluta mig till Asplunds tolkning att påtalandeskyldigheten endast bör omfatta brister som leverantören faktiskt *har* insett, inte sådana som det kan anses att leverantören *bort* ha insett. Skyldigheten skulle då inte vara lika betungande för anbudsgivare och möjliggör för domstolen att ta hänsyn till att olika leverantörer har olika resurser i upphandlingar. Däremot riskerar en sådan lösning att ge upphov till svåra bevisfrågor som i praktiken skulle kunna underminera påtalandeskyldighetens genomslag och effektivitet.

Slutligen menar jag att det nuvarande rättsläget äventyrar rättssäkerheten. Det är svårt för både leverantörer och upphandlande myndigheter att förutse hur en ansökan om överprövning kan komma att bedömas av HFD. Jag ser därför ett behov av att ämnet, framför allt påtalandeskyldighetens omfattning, tydliggörs av lagstiftare eller prejudikatinstans.

⁷⁶ Se avsnitt 3.2.

⁷⁷ Se avsnitt 4.1 och 4.2.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

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

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

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.

Rättsfall

EU-domstolen

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

C-283/81 *CILFIT*, EU:C 1982:335.

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

C-380/98 *University of Cambridge*, EU:C:2000:529.

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

C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5.

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

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

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

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2013 ref. 31.

HFD 2018 ref. 14.

HFD 2022 ref. 4 I och II.

HFD 2022 ref. 30.

Kammarrätt

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

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

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-03-22 i mål nr 995-22.

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

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-06-14 i mål nr 6319-6320-21.

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

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

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

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

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

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

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 2023-12-06 i mål nr 1059-23.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2024-03-13 i mål nr 2565-23.

Kammarrätten i Sundsvall, dom 2024-03-25 i mål nr 2-24.

Litteratur

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

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.

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.

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_patalandeskyldighet-i-offentlig-upphandlingpdf_1204888.html/P%C3%A5talandeskyldighet+i+Offentlig+upphandling.pdf> (besökt 2023-05-02).

Domstolsverket (2021), 'Domstolsstatistik 2021'. <https://www.domstol.se/contentassets/f83c27dad1bd4361b8b3eaf0d47ce545/domstolsstatistik_2021.pdf> (besökt 2023-05-12).

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