



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Sara Karlsson

## En dold preklusionsfrist?

Påtalandeskyldighetens förenlighet med rätten till  
ett effektivt rättsmedel

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Max Hjärtström

Termin: VT24

# Innehåll

1	Inledning .....	5
1.1	Bakgrund .....	5
1.2	Syfte och frågeställningar.....	6
1.3	Metod och material.....	7
1.4	Avgränsningar .....	9
1.5	Disposition .....	9
2	Överprövning och påtalandeskyldigheten .....	11
2.1	Överprövning av offentliga upphandlingar .....	11
2.2	Utvecklingen av upphandlingsrätten i lagstiftning.....	12
2.3	Utvecklingen av upphandlingsrätten i praxis.....	14
2.4	HFD 2022 ref. 4 I och II.....	15
2.5	Tolkning av påtalandeskyldigheten.....	15
3	Rätten till ett effektivt rättsmedel .....	18
3.1	Artikel 47 i rättighetsstadgan .....	18
3.2	Rättsmedelsdirektiven .....	19
3.3	Preklusionsfrister och effektiva rättsmedel enligt praxis .....	21
4	Analys och slutsatser .....	24
4.1	Vilka möjligheter har medlemsstaterna att införa preklusionsfrister i sin upphandlingslagstiftning? .....	24
4.2	Ska påtalandeskyldigheten tolkas som en skadebedömning eller en materiell preklusionsfrist? .....	25
4.3	Är påtalandeskyldigheten förenlig med rätten till ett effektivt rättsmedel?.....	26
4.4	Slutsats .....	30
5	Källförteckning .....	31

# Summary

In 2022 the Swedish Supreme Administrative Court ruled in case HFD 2022 ref. 4 I och II, creating a precedent which orders the applicant in a retrial case concerning public procurement to point out flaws in the tender documents before the end of the tender period. If the applicant does not fulfill this requirement the court will not consider that the harm requirement in the Swedish public procurement law has been met. The precedent has created a heated discussion within the Swedish public procurement sector. However, whether the precedent is compatible with EU law is uncertain. The essay focuses on the compatibility of the precedent and the right to an effective remedy in article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as well as directives 89/665/EEC and 92/13/EEC. Precedents from the European Court of Justice are also used within the scope of the essay. The analysis of the essay focuses on answering three specific questions relating to the overall purpose of the paper. The first question asks what the possibilities are for EU member states to enforce time limits in their public procurement laws. The second question is whether the Swedish precedent should be interpreted as an assessment by the court of the applicant's harm, or if it should be interpreted as a material time limit. The last question is in line with the larger aim of the paper and asks whether the Swedish precedent is compatible with the right to an effective remedy. The essay follows the legal dogmatic method to describe the current Swedish and EU regulations relating to the right to an effective remedy and retrial of public procurement cases. The paper furthermore concludes that time limits relating to retrials of public procurement cases are allowed according to EU-law if they meet a handful of requirements specified in precedents from the European Court of Justice. The essay also concludes that the Swedish precedent for the purposes of the essay should be interpreted as a material time limit, since the ambiguity of the precedent forces all applicants to point out flaws in the tender documents to ensure access to trial. Lastly, the analysis suggests that the Swedish precedent does not fulfill several requirements relating to time limits as stated in precedents from the European Court of Justice.

# Sammanfattning

År 2022 meddelades ett prejudikat i HFD:s dom 2022 ref. 4 I och II som kom att kallas påtalandeskyldigheten. Avgörandet ålägger leverantören att påtala brister i upphandlingsunderlaget innan anbuds tidens utgång för att skada ska kunna anses föreligga. Påtalandeskyldigheten är mycket omtalad och det kan ifrågasättas om prejudikatet kan anses förenligt med unionsrätten. Syftet med uppsatsen är att utforska om påtalandeskyldigheten är förenlig med rätten till ett effektivt rättsmedel som kommer till uttryck i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan) samt direktiv 89/665/EEG (första rättsmedelsdirektivet) och direktiv 92/13/EEG (andra rättsmedelsdirektivet). Även praxis från EU-domstolen används i stor utsträckning. Uppsatsen har tre huvudsakliga frågeställningar. Den första frågeställningen är bred och tar sikte på vilka möjligheter som finns för EU:s medlemsstater att införa preklusionsfrister i sin upphandlingslagstiftning. Den andra frågeställningen rör tolkningen av påtalandeskyldigheten och om den ska tolkas som en ren skadebedömning eller en materiell preklusionsfrist. Sist besvaras frågan om påtalandeskyldigheten är förenlig med rätten till ett effektivt rättsmedel. Rättsdogmatisk metod används för att beskriva gällande rätt på området inom Sverige och EU. I analysen dras slutsatsen att preklusionsfrister inom EU-rätten är tillåtna som huvudregel, under förutsättning att vissa genom praxis uppställda krav uppfylls. Vidare dras slutsatsen att påtalandeskyldigheten i sammanhanget bör tolkas som en materiell preklusionsfrist, eftersom leverantören i överprövningsmål tvingas ta höjd för den tolkningen på grund av den bristande förutsebarheten avseende avgörandets tillämpning. Avslutningsvis konstateras att påtalandeskyldigheten som materiell preklusionsfrist i ett antal avseenden utgör en begränsning av rätten till ett effektivt rättsmedel, eftersom den sannolikt brister i flera av kraven på preklusionsfrister som uppställts genom EU-domstolens praxis.

# Förkortningar

Andra rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna
EKMR	Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
Första 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
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lagen om offentlig upphandling (2016:1145)
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 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

Upphandlingsrätten är ett komplext rättsområde som i stor utsträckning regleras på EU-rättslig nivå. En återkommande fråga är hur det upphandlingsrättsliga regelverket ska utformas för att skapa en balans mellan rättssäkerhet och effektivitet. I Sverige överprövades mellan åren 2012 och 2021 långt över tusen upphandlingar årligen.<sup>1</sup> Med en så hög överprövningsfrekvens krävs ett visst mått av effektivitet för att handläggningstiden inte ska bli för lång, vilket i sin tur riskerar att strida mot rätten till domstolsprövning inom skälig tid.<sup>2</sup> Samtidigt måste grundläggande rättssäkerhetsaspekter värnas om. Resultatet blir en komplex avvägning mellan effektivitet och rättssäkerhet som ständigt måste utvärderas i takt med ekonomiska och politiska förändringar i samhället.

En lagstiftningsåtgärd som ofta diskuteras i syfte att effektivisera överprövningar av offentliga upphandlingar är införandet av preklusionsfrister. En preklusionsfrist förhindrar en leverantör som begärt överprövning av en offentlig upphandling att återropa nya omständigheter eller ny bevisning efter en viss utsatt tidpunkt.<sup>3</sup> Utan preklusionsfrister finns det en risk att prövningen tar oskäligt lång tid, vilket är en processekonomisk nackdel. Samtidigt kan preklusion av nya omständigheter innebära nedskärningar av rättssäkerheten. Sverige har traditionellt sett haft en restriktiv hållning till preklusionsfrister i överprövningsförfarandet, men under de senaste två decennierna har frågan varit uppe för debatt flertalet gånger.

År 2022 meddelades en dom av HFD som förändrade rättsläget markant. HFD:s dom 2022 ref. 4 I och II förtydligade att en leverantör endast får

---

<sup>1</sup> <<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/andelen-overprovningar-minskar/>> (besökt 2024-05-20).

<sup>2</sup> Se artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och artikel 6 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna samt 2 kap. 11 § 2 st. Regeringsformen.

<sup>3</sup> Prop. 2021/22:120 s. 44.

åberopa fel i upphandlingsunderlaget om dessa har påtalats under anbudstiden.<sup>4</sup> Prejudikatet kom att benämnas påtalandeskyldigheten och har tolkats av många som en form av materiell preklusionsfrist. Avgörandet är emellertid inte bara uppseendeväckande ur ett svenskt perspektiv utan även ur ett EU-rättsligt sådant. En grundläggande princip inom unionsrätten är rätten till ett effektivt rättsmedel. Rättigheten finns nedtecknad i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan). På upphandlingsområdet finns dessutom två rättsmedelsdirektiv som särskilt ska säkra tillgången till effektiva rättsmedel. Direktiven i fråga är 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 (första rättsmedelsdirektivet) och direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet). I vilken utsträckning preklusionsfrister är tillåtna inom upphandlingsrätten är en fråga som varit föremål för EU-domstolens prövning vid flertalet tillfällen. Det är därför av intresse att analysera påtalandeskyldigheten i förhållande till de krav som uppställts på upphandlingsrättsliga preklusionsfrister inom unionsrätten och av EU-domstolen. Inom ramen för den här uppsatsen kommer jag att diskutera den frågan, främst med ledning av europarättslig lagstiftning och praxis.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utforska och analysera påtalandeskyldigheten och dess förenlighet med unionsrättens krav på medlemsstaterna att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel.

Frågeställningarna för uppsatsen lyder:

---

<sup>4</sup> HFD 2022 ref. 4 I punkt 25 och II punkt 24.



- Vilka möjligheter har medlemsstaterna att införa preklusionsfrister i sin upphandlingslagstiftning?
- Ska påtalandeskyldigheten tolkas som en skadebedömning eller en materiell preklusionsfrist?
- Är påtalandeskyldigheten förenlig med rätten till ett effektivt rättsmedel?

### 1.3 Metod och material

Metoden som valts för uppsatsen är rättsdogmatisk metod. Syftet med den rättsdogmatiska metoden är traditionellt sett att fastställa gällande rätt.<sup>5</sup> Uppsatsen inleds således med en beskrivning av den gällande rätt som är relevant för att svara på de aktuella frågeställningarna. Uppsatsen innehåller främst en de-lege-lata argumentation vilket innebär att metoden som används främst syftar till att beskriva det rådande rättsläget.<sup>6</sup> Denna argumentationsform används för att beskriva hur påtalandeskyldigheten förhåller sig till rätten till ett effektivt rättsmedel enligt dagens rättsläge. Analysen innehåller inga nya förslag på hur lagstiftningen kan eller bör utformas för att vara mer ändamålsenlig. Någon form av lege-ferenda-argument förs därmed inte.

Den rättsdogmatiska metoden vilar i stor utsträckning på rättskällevärdet.<sup>7</sup> Rättskällevärdet används för att avgöra vilka rättskällor som har högst rättskällevärde. Traditionellt sett anses lagar och författningar ha högst rättskällevärde, följt av prejudikat och förarbeten. Lägst rättskällevärde har juridisk doktrin och soft law som är vanligt inom framför allt EU-rätten.<sup>8</sup> Gränserna mellan de olika typerna av rättskällor är dock inte knivskarpa och det råder delade uppfattningar kring hur flytande gränserna egentligen är.<sup>9</sup> I vissa fall kan exempelvis doktrin anses ha ett relativt högt rättskällevärde. Så

---

<sup>5</sup> Sandgren s. 50.

<sup>6</sup> Korling och Zamboni s. 36.

<sup>7</sup> Sandgren s. 50.

<sup>8</sup> Ibid, s. 47.

<sup>9</sup> Korling och Zamboni s. 32 f.

kan till exempel vara fallet om den innehåller uttalanden av en professor som särskilt utmärkt sig inom det aktuella rättsområdet.<sup>10</sup> Enligt Sandgren värderas alla källor dessutom genom en sammanvägning av dess auktoritet och tyngden i ett särskilt uttalande.<sup>11</sup>

Vid valet av källor har utgångspunkten varit den klassiska rättskällevärdeläran. En majoritet av källorna som används är således lagar och lagförarbeten. Även praxis från svenska domstolar och från EU-domstolen används i stor utsträckning för att tydliggöra den aktuella rättsuppfattningen samt dess utveckling över tid. Mål från kammarrätterna berörs för att skapa en bild av hur påtalandeskyldigheten tillämpas i dagsläget. Detta är värdefullt i brist på förtydligande prejudikat från HFD. Det bör dock noteras att domar från kammarrätterna inte är prejudicerande och därför inte tillmäts rättskällevärde enligt den klassiska rättskällevärdeläran.

Uppsatsens EU-rättsliga fokus påverkar i viss mån värderingen av rättskällorna som används. EU-domstolen är drivande när det kommer till att precisera unionsrätten och dess faktiska innebörd för medlemsstaterna.<sup>12</sup> Prejudikat från EU-domstolen tillerkänns därmed ett relativt högt rättskällevärde och används därför i stor utsträckning även i denna uppsats för att beskriva gällande EU-rätt. EU-rättens principer och arbetssätt är generellt sett viktiga att ha i åtanke eftersom de påverkar metoden för uppsatsen. EU-rätten är visserligen ett eget rättssystem, samtidigt som den också är införlivad i medlemsstaternas nationella rättssystem.<sup>13</sup> Därmed måste grundläggande EU-rättsliga principer så som företrädesprincipen<sup>14</sup> och principen om direkt effekt<sup>15</sup> beaktas när en sammanvägning av det totala rättskällevärdet av en källa görs.

---

<sup>10</sup> Korling och Zamboni s. 33.

<sup>11</sup> Sandgren s. 49.

<sup>12</sup> Korling och Zamboni s. 115.

<sup>13</sup> Ibid, s. 111.

<sup>14</sup> C-26/62 *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen* EU:C:1963:1 och C-6/64 *Costa mot ENEL* EU:C:1964:66.

<sup>15</sup> Ibid.

Även artiklar med rättspolitiskt inflytande används för att nyansera rättsläget och belysa debatter på områden där osäkerhet råder. Detta är av stort värde i uppsatsen då påtalandeskyldigheten fortfarande anses som ny praxis och stor osäkerhet råder kring hur prejudikatet ska tolkas. Artiklarna har dock begränsat rättskällevärde och används främst för att placera lag och praxis i ett nutida sammanhang. Lagkommentarer används också i mycket begränsad utsträckning för att precisera innehållet i en lagregel. Lagkommentarer har liksom artiklar ett begränsat rättskällevärde eftersom de inte anses ha en plats i den klassiska rättskällehierarkin. Lagkommentarer ska därför tillmätas begränsad tilltro.

## 1.4 Avgränsningar

Ett antal avgränsningar har gjorts med hänsyn till uppsatsens begränsade omfattning. Rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 13 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) diskuteras inte, trots dess nära koppling till artikel 47 i rättighetsstadgan. Däremot används praxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) i begränsad omfattning eftersom den är central för att tolka rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 47 i rättighetsstadgan.<sup>16</sup> Frågan om påtalandeskyldigheten kan anses utgöra en godtagbar begränsning av rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 47 i rättighetsstadgan berörs inte heller. Uppsatsen utforskar således endast huruvida påtalandeskyldigheten kan anses utgöra en begränsning, inte om den eventuella begränsningen kan anses godtagbar. En tredje avgränsning innebär att endast tolkningen av påtalandeskyldigheten som en skadebedömning och som en materiell preklusionsfrist berörs. Ytterligare varianter av tolkningar diskuteras inte då en sådan undersökning skulle vara för omfattande inom ramen för uppsatsen.

## 1.5 Disposition

---

<sup>16</sup> Handbok om europeisk rätt rörande tillgång till rättslig prövning, Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA) och Europarådet 2016. <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook\\_access\\_justice\\_SWE](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE)>, s. 102 (besökt 2024-05-20).

Uppsatsen är indelad i fyra kapitel. Det andra kapitlet innehåller en rättslig överblick av det svenska systemet för överprövning av offentliga upphandlingar samt en översikt av den rättsliga utvecklingen innan påtalandeskyldigheten. I kapitlets avslutande delar ges en genomgång av HFD 2022 ref. 4 I och II och tolkningen av avgörandet.

Uppsatsens tredje kapitel ger en överblick av rätten till ett effektivt rättsmedel så som det kommer till uttryck i artikel 47 i rättighetsstadgan. Även regleringen i rättsmedelsdirektiven beskrivs. Kapitlet avslutas med en genomgång av EU-domstolens praxis angående förhållandet mellan preklusionsfrister och rätten till ett effektivt rättsmedel.

Det avslutande kapitlet innehåller en analys av uppsatsens frågeställningar och en övergripande slutsats.

## 2 Överprövning och påtalandeskyldigheten

### 2.1 Överprövning av offentliga upphandlingar

Överprövning av offentliga upphandlingar i svensk rätt regleras i 20 kap. 4–17 §§ lagen om offentlig upphandling (2016:1145) (LOU). En grundläggande regel är att talerätten i överprövningar bygger på ett subjektivt skaderekvisit. Detta regleras i 20 kap. 4 § LOU. Enligt lagtextens lydelse innebär det subjektiva skaderekvisitet att det är tillräckligt att en leverantör själv anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada för att erhålla talerätt i ett överprövningsmål.<sup>17</sup> För att få till stånd en överprövning av en upphandling krävs dessutom att ansökan om överprövning har inkommit till förvaltningsrätten innan avtalsspärren på tio dagar löpt ut.<sup>18</sup> Enligt 20 kap. 5 a § LOU krävs att överprövningsmål handläggs skyndsamt. Av 5 b § i samma kapitel följer att nya omständigheter till grund för talan måste åberopas inom tre veckor från dagen då ansökan om överprövning inkom till rätten vid äventyr av preklusion. Undantag kan dock göras om leverantören gör sannolikt att denne inte haft möjlighet att åberopa omständigheten tidigare eller annars haft giltig ursäkt därtill.<sup>19</sup> I kammarrätten gäller emellertid enligt 20 kap. 5 c § LOU att nya omständigheter endast får åberopas enligt samma undantagsregel som i 20 kap. 5 b § LOU.<sup>20</sup> För att leverantörens talan ska bifallas krävs enligt 20 kap. 6 § LOU att den upphandlande myndigheten har brutit mot en bestämmelse i LOU vilket har orsakat leverantören skada eller i varje fall inneburit en risk att leverantören kan komma att lida skada. I det fallet ska upphandlingen göras om eller rättas.<sup>21</sup> För att förhindra avtalsslut under en pågående överprövning förlängs avtalsspärren och den

---

<sup>17</sup> 20 kap. 4 § LOU.

<sup>18</sup> 20 kap. 1, 3 och 11 § LOU.

<sup>19</sup> 20 kap. 5 b § LOU.

<sup>20</sup> 20 kap. 5 c § LOU.

<sup>21</sup> 20 kap. 6 § LOU.

upphandlande myndigheten får därefter inte ingå avtal förrän tio dagar efter dagen då målet avgjordes i förvaltningsrätten.<sup>22</sup>

## 2.2 Utvecklingen av upphandlingsrätten i lagstiftning

Sedan 2000-talet har leverantörskollektivets skyldigheter i överprövningsmål utökats både i praxis och i lag. Utvecklingen kan ses som en motreaktion på vad kritiker kallar en presumtion för skada hos leverantörer vid ansökan om överprövning av upphandlingar.<sup>23</sup> Påtalandeskyldigheten måste således ses i en kontext av en successiv utveckling mot snävare processuella regler för leverantörer i upphandlingsmål.

Det främsta instrumentet som styr offentlig upphandling i Sverige är LOU. LOU har sin grund i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling (upphandlingsdirektivet).<sup>24</sup> Trots det har Sverige visst handlingsutrymme när det kommer till att revidera lagstiftningen. Under de senaste två decennierna har ett flertal statliga utredningar och propositioner framförts i syfte att förbättra och effektivisera upphandlingslagstiftningen. År 2004 presenterades den första utredningen av den sorten i form av Upphandlingsutredningen. Utredningen utredde huruvida en preklusionsfrist skulle införas i LOU.<sup>25</sup> Slutsatsen som drogs av utredningen var emellertid att nackdelarna med förslaget övervägde fördelarna.<sup>26</sup> Detta för att en överprövning innan anbudstidens utgång ökar risken för att den upphandlande myndigheten väljer att inte gå vidare med upphandlingen.<sup>27</sup> Dessutom betonades faktumet att om brister inte åberopas i tid får domstolen inte ta hänsyn till dessa ex officio.<sup>28</sup> Detta för att

---

<sup>22</sup> 20 kap. 8 och 10 §§ LOU.

<sup>23</sup> Svenskt näringsliv, 'Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling' <[https://www.svensktnaringsliv.se/bilder\\_och\\_dokument/rapporter/d7jfqq\\_patalandskyldighetenioffentligupphandlingpdf\\_1204888.html/P%25C3%25A5talandeskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf](https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/d7jfqq_patalandskyldighetenioffentligupphandlingpdf_1204888.html/P%25C3%25A5talandeskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf)>, s. 23 (besökt 2024-05-20).

<sup>24</sup> Direktiv 2014/24/EU.

<sup>25</sup> SOU 2006:28 s. 17.

<sup>26</sup> SOU 2006:28 s. 290.

<sup>27</sup> SOU 2006:28 s. 291.

<sup>28</sup> Ibid.

officialprincipen är mindre framträdande i upphandlingsmål än i andra förvaltningsrättsliga mål.<sup>29</sup> Officialprincipen är fastslagen i 8 § i förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL) och föreskriver att ”rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.”<sup>30</sup> Det skapas således en risk för att felaktiga förfaranden består på grund av preklusionsfristen.<sup>31</sup> En sådan ordning skulle inte vara förenlig med Sveriges skyldighet att upprätthålla unionsrättens upphandlingsrättsliga regler.<sup>32</sup>

Trots blandade remissvar konstaterades i den efterföljande propositionen att en preklusionsfrist inte skulle införas.<sup>33</sup> Regeringen konstaterade att det i många fall är först när tilldelningsbeslutet har fattats som en anbudsgivare har möjlighet att förstå hur eventuella brister i förfrågningsunderlaget har påverkat utgången i kontraktstilldelningen.<sup>34</sup> Dessutom ansågs det, i enlighet med påpekanden från flera remissinstanser, att en preklusionsfrist skulle innebära en för stor börda för leverantörskollektivet. Detta för att det ställs ett indirekt krav på leverantören att sätta sig in i rättsreglerna som den upphandlande myndigheten måste förhålla sig till.<sup>35</sup>

Fem år senare var frågan om preklusionsfrister i LOU aktuell igen. Den så kallade Överprövningsutredningen konstaterade inledningsvis att HFD:s praxis gällande skadebedömningen inte kunde anses uppfylla skyndsamhetsmålen i rättsmedelsdirektiven på ett fullgott sätt. Detta för att praxis inte ålägger leverantören en skyldighet att så fort som möjligt agera mot brister i det inledande skedet av upphandlingsförfarandet.<sup>36</sup> De föreslog till skillnad från tidigare utredningar en ny lösning i form av en mellanväg. Mellanvägen innebar att överprövning inte kunde ske utan ett föregående påtalande.<sup>37</sup> Mellanvägens påtalandeskyldighet skulle täcka alla beslut och åtgärder från myndighetens sida under första halvan av tiden för att lämna

---

<sup>29</sup> SOU 2015:12 s. 148.

<sup>30</sup> Von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. (2024-04-26, version 8A, JUNO) 8 § under Måls handläggning.

<sup>31</sup> SOU 2006:28 s. 291.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Prop. 2009/10:180 s. 155.

<sup>34</sup> Ibid, s. 159 f.

<sup>35</sup> Ibid, s. 160.

<sup>36</sup> SOU 2015:12 s. 151.

<sup>37</sup> Ibid, s. 154.

anbud.<sup>38</sup> Utredningen framhöll särskilt att en fördel med mellanvägen var att lagändringen inte skulle innebära en skyldighet att väcka talan i domstol inom en viss tidsram, vilket är fallet med en traditionell preklusionsfrist. Snarare skulle leverantörens möjlighet att både minska sin skada genom att påtala brister till den upphandlande myndigheten och väcka talan i domstol existera samtidigt.<sup>39</sup>

Frågan om huruvida mellanvägen skulle införas i svensk rätt eller inte avgjordes så sent som i februari 2022 i en proposition av regeringen.<sup>40</sup> Slutsatsen blev, som efter föregående utredningar, att nackdelarna övervägde fördelarna. Det främsta argumentet löd att ytterligare komplicering av regelverket kring offentlig upphandling skulle ha konkurrenshämmande effekt.<sup>41</sup> Intressant nog bildade HFD 2022 ref. 4 I och II ytterligare ett argument mot mellanvägen, då regeringen ansåg att behovet av en sådan lagändring minskat till följd av att påtalandeskyldigheten införts i praxis.<sup>42</sup>

Regeringens proposition var dock inte helt fruktlös utan gav upphov till ett antal lagändringar innehållande preklusionsregler som trädde i kraft 1 juli 2022.<sup>43</sup> Ändringarna av betydelse i sammanhanget infördes i 20 kap. 5 a-d §§ LOU. Se ovan i avsnitt 2.1 för en överblick av den nya regleringen.

## 2.3 Utvecklingen av upphandlingsrätten i praxis

Ett stilbildande fall i utvecklingen mot en ansvarsförflyttning från den upphandlande enheten till leverantören i överprövningsförfarandet är HFD 2013 ref. 53. Domstolen gör i domen ett tydligt ställningstagande vad avser bevisfrågan i överprövningsmål. Prejudikatet innebär att det ankommer på leverantören att visa att denne har lidit eller riskerar att lida skada av bristerna

---

<sup>38</sup> SOU 2015:12 s. 155.

<sup>39</sup> Ibid, s. 154 f.

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

<sup>41</sup> Ibid, s. 41.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (2022:778).



som talan grundas på. Domstolen placerar tydligt bevisbördan i det här hänseendet på leverantören.<sup>44</sup>

Ytterligare ett avgörande som stramade åt leverantörens möjlighet till överprövning är HFD 2017 ref 62. Talerätt i överprövningsmål bygger på det subjektiva skaderekvisitet i 20 kap. 4 § LOU. Att skaderekvisitet är subjektivt kommer till uttryck genom lagtextens formulering ”en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada” har rätt att föra talan om överprövning av en offentlig upphandling.<sup>45</sup> I det aktuella målet uttalade domstolen att det även krävs att leverantören haft intresse av att tilldelas kontraktet i upphandlingen för att ha talerätt enligt 20 kap. 4 § LOU. Grunden till prejudikatet fann domstolen genom direktivkonform tolkning av LOU i ljuset av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektiven.<sup>46</sup> Effekten av avgörandet blev ett ännu smalare utrymme för leverantörskollektivet att begära överprövning.

## 2.4 HFD 2022 ref. 4 I och II

HFD 2022 ref. 4 I och II meddelades 10 januari 2022 och skapade genast stor debatt. Målen handlade huvudsakligen om det vid upphandling av ramavtal måste anges en övre gräns eller ett tak för hur mycket som kan avropas från ett ramavtal.<sup>47</sup> Det var emellertid inte domstolens resonemang i den delen som gjorde störst avtryck. I domens båda referat framhåller domstolen att vid skadebedömningen enligt 20 kap. 6 § LOU måste beaktas om leverantören gjort det som krävs för att undvika skada. Domstolen ska således endast ta hänsyn till brister i upphandlingsdokumenten om de påtalats under anbudstiden. Annars kan skaderekvisitet normalt sett inte anses uppfyllt.<sup>48</sup>

## 2.5 Tolkning av påtalandeskyldigheten

Påtalandeskyldigheten har hänvisats till flitigt av underrättsdomare men tolkningen och tillämpningen är långt ifrån enhetlig.<sup>49</sup> I dagsläget syns två

---

<sup>44</sup> HFD 2013 ref. 53 s. 6.

<sup>45</sup> 20 kap. 4 § LOU.

<sup>46</sup> HFD 2017 ref 62, s. 4.

<sup>47</sup> HFD 2022 ref 4 I punkt 2.

<sup>48</sup> HFD 2022 ref. 4 I punkt 25 och ref. 4 II punkt 24.

<sup>49</sup> Olsson s. 351.

tydliga tolkningslinjer i förvaltningsrätterna. Ett alternativ är att tolka påtalandeskyldigheten som en ren skadebedömning. Det synsättet innebär att påtalanden fungerar som ett slags kvitto på att leverantören har gjort det som krävs för att minska sin skada.<sup>50</sup> Ett avgörande från HFD som enligt vissa tyder på att påtalandeskyldigheten bör tolkas så är HFD 2022 ref. 30. Prejudikatet fastlade att om ett anbud förkastats på korrekta grunder eftersom anbudet inte uppfyllt ett obligatoriskt krav, kan leverantören inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av brister i utformningen i andra obligatoriska krav i upphandlingsunderlaget.<sup>51</sup> En samlad syn på HFD 2022 ref. 30 och HFD 2022 ref. 4 I och II innebär enligt Lindén, Ljöstad och Lindqvist att HFD i sin praxis förespråkar en mer strikt skadebedömning än tidigare.<sup>52</sup>

Påtalandeskyldigheten kan emellertid även tolkas som en materiell preklusionsfrist. En materiell preklusionsfrist innebär att en viss rättighet inte kan läggas till grund för talan om den inte görs gällande inom en viss tidsram.<sup>53</sup> Den typen av preklusionsfrist skiljer sig från processuell preklusion, som anger att nya omständigheter inte får åberopas inför rätten efter utgången av en viss tidsfrist.<sup>54</sup> Enligt en sådan tolkning åläggs leverantören att påpeka alla potentiella brister i upphandlingsunderlaget under det konkurrensuppsökande skedet. Om så inte sker prekluderas alla omständigheter som inte påtalats innan anbudstidens utgång.<sup>55</sup> Den tolkningen uppställer ett formaliakrav på leverantörens agerande inför en ansökan om överprövning, snarare än en måttstock för bedömning av trovärdigheten i leverantörens talan, vilket är fallet vid en ren skadebedömning.<sup>56</sup>

I praxis råder stor osäkerhet gällande hur påtalandeskyldigheten ska tolkas. I flertalet mål från kammarrätterna har leverantören inte ansetts uppfylla

---

<sup>50</sup> Olsson, s. 349 f.

<sup>51</sup> HFD 2022 ref. 30 p. 19.

<sup>52</sup> Lindén, Ljöstad och Lindqvist s. 99.

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

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Olsson s. 352.

<sup>56</sup> Ibid.

kraven på att minimera sin skada eller visat att skada förelegat i de fall leverantören inte i tillräckligt stor utsträckning ställt frågor till den upphandlande myndigheten.<sup>57</sup> Samtidigt har det i andra mål från kammarrätterna meddelats avgöranden där påtalandeskyldigheten tolkas mer restriktivt. I Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 mars 2024 i mål nr 2565-23 framfördes till exempel att påtalandeskyldigheten endast gäller sakfrågor, inte rättsfrågor.<sup>58</sup> Påtalandeskyldigheten har dock i många fall tolkats extensivt och tillämpats som en materiell preklusionsfrist, vilket bland annat har påpekats i en undersökning av Svenskt Näringsliv.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Se Kammarrätten i Stockholms mål nr 1578-22, samt mål nr 3580-21 och mål nr 4092-2. Se även Kammarrätten i Jönköpings mål nr 4171-4176-21 och Kammarrätten i Göteborgs mål nr 6320-21.

<sup>58</sup> Se Kammarrätten i Sundsvalls, mål nr 2565-23 s. 7.

<sup>59</sup> Svenskt näringsliv, 'Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling' <[https://www.svensktnaringsliv.se/bilder\\_och\\_dokument/rapporter/d7jfqq\\_patalandskyldighetenioffentligupphandlingpdf\\_1204888.html/P%25C3%25A5talandskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf](https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/d7jfqq_patalandskyldighetenioffentligupphandlingpdf_1204888.html/P%25C3%25A5talandskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf)> (besökt 2024-05-20).

## 3 Rätten till ett effektivt rättsmedel

### 3.1 Artikel 47 i rättighetsstadgan

Rätten till ett effektivt rättsmedel grundas på rättsstatsprincipen och är således en grundläggande princip för det EU-rättsliga systemet.<sup>60</sup> Rättsstatsprincipen innebär att offentlig makt utövas under lagarna, i linje med demokratiska värderingar och grundläggande rättigheter. Dessutom ska det finnas opartiska och oberoende domstolar som överser rättsstaten.<sup>61</sup> Rätten till ett effektivt rättsmedel innebär i sin tur att medlemsstaterna måste tillhandahålla effektiva rättsmedel inom ramen för den nationella rättsordningen för att skydda och upprätthålla enskildas rättigheter enligt unionsrätten.<sup>62</sup> Medlemsstaternas skyldighet att skapa effektiva rättsmedel i sina nationella rättsordningar beror på att det processrättsliga området inte är harmoniserat av EU. Så är fallet eftersom medlemsstaterna inte gett unionen full lagstiftningskompetens på det området.<sup>63</sup> I stället styrs det processrättsliga området av principen om processuell autonomi. Principen innebär att medlemsstaterna får tillämpa nationella processuella regler även när talan grundas på unionsrättsliga bestämmelser.<sup>64</sup> På ett fåtal områden finns dock processrättslig EU-lagstiftning. I de fallen gäller de reglerna i stället för de nationella reglerna i enlighet med principen om EU-rättens företräde.<sup>65</sup>

Artikel 47 i rättighetsstadgan innehåller inget krav på en exakt typ av rättsmedel som måste tillhandahållas av medlemsstaterna. Bedömningen av huruvida ett rättsmedel är effektivt handlar främst om rättsmedlet är ”effektivt i såväl faktiskt som rättsligt hänseende”.<sup>66</sup> Effektiviteten kan inte heller mätas utifrån hur hög sannolikhet det är att rättsmedlet faktiskt är framgångsrikt för

---

<sup>60</sup> C-294/83 *Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet* EU:C:1986:166, p. 23.

<sup>61</sup> EUR-Lex, 'Rättsstatsprincipen' <<https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/glossary/rule-of-law.html>> (besökt 2024-05-21).

<sup>62</sup> Hettne, EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning s. 206.

<sup>63</sup> Ibid, s. 194.

<sup>64</sup> Bernitz s. 303.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> M.S.S. v. Belgium and Greece (30696/09) dom den 21 januari 2011, punkt 288.

den enskilde.<sup>67</sup> Det finns således inte en måttstock för alla typer av rättsmedel utan bedömningen måste göras i varje enskilt fall.<sup>68</sup>

Rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 47 i rättighetsstadgan är nära besläktad med effektivitetsprincipen. Effektivitetsprincipen är fastslagen i praxis<sup>69</sup> och innebär att nationella processuella regler inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva unionsrättsliga rättigheter.<sup>70</sup> I vilken mån effektivitetsprincipen omfattas av artikel 47 i rättighetsstadgan är omstritt. Vissa anser att artikeln ger fullt uttryck för principen.<sup>71</sup> Andra intar en mer försiktig hållning och ser effektivitetsprincipen och rätten till ett effektivt rättsmedel som skilda koncept.<sup>72</sup> En tredje grupp ser på effektivitetskravet i EU-rätten som en övergripande lära om effektivitet, som innehåller dels effektivitetsprincipen som en begränsning av processuell autonomi, dels rätten till ett effektivt rättsmedel.<sup>73</sup> En viktig skillnad är emellertid att effektivitetsprincipen utgör en negativ skyldighet i form av ett minimumkrav som nationella rättsmedel måste uppnå. Rätten till ett effektivt rättsmedel är däremot en positiv rättighet, vilket innebär att den kan ge upphov till nya nationella rättsmedel.<sup>74</sup> Skillnaderna är dock inte särskilt betydande i praktiken.<sup>75</sup>

## 3.2 Rättsmedelsdirektiven

Rättsmedelsdirektiven fungerar som ett komplement till upphandlingsdirektivet<sup>76</sup> som ligger till grund för LOU. Direktivens syfte är att säkerställa att rätten till effektiva rättsmedel i artikel 47 i rättighetsstadgan

---

<sup>67</sup> *Costello-Roberts v. United Kingdom* (13134/87) dom den 25 mars 1993, punkt 40.

<sup>68</sup> Handbok om europeisk rätt rörande tillgång till rättslig prövning, Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA) och Europarådet 2016. <[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook\\_access\\_justice\\_SWE](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE)>, s. 102 (besökt 2024-05-20).

<sup>69</sup> *C-33/76 Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:18, punkt 5 samt *C-45/76 Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen*, EU:C:1976:191, punkt 13 och 16.

<sup>70</sup> Hettne, EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning s. 195.

<sup>71</sup> *Ibid*, s. 199.

<sup>72</sup> *De Burca* s. 268.

<sup>73</sup> *Méndez-Pinedo* s. 64.

<sup>74</sup> *De Burca* s. 268.

<sup>75</sup> *Ibid*.

<sup>76</sup> Direktiv 2014/24/EU.

får genomslag.<sup>77</sup> Syftet med direktiven är också att öppna upp för konkurrens mellan medlemsstaterna inom området för offentlig upphandling.<sup>78</sup> Det finns två rättsmedelsdirektiv som i en svensk kontext benämns första- och andra rättsmedelsdirektiven. Se avsnitt 1.1 för direktivens fullständiga namn. Det första rättsmedelsdirektivet tillämpas inom den klassiska sektorn och omfattar upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.<sup>79</sup> Det andra rättsmedelsdirektivet avser försörjningssektorerna, och reglerar således upphandlingar genomförda av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.<sup>80</sup> I de gemensamma skälen till direktiven anges att nationella bestämmelser inte alltid är tillräckliga för efterlevnaden av unionsrätten.<sup>81</sup> I skälen till det första rättsmedelsdirektivet anges också att det när den offentliga upphandlingen omfattar hela unionen krävs garantier för insyn och icke-diskriminering, samt tillgång till effektiva rättsmedel i de fall en regelöverträdelse sker.<sup>82</sup> Rättsmedelsdirektiven är införlivade i 20 kap. LOU och 21 kap. LOU och är således gällande svensk rätt.<sup>83</sup> Artikel 1, som är gemensam för de båda rättsmedelsdirektiven, är särskilt central i förhållande till rättsmedel och domstolsprövning. Gemensamma artikel 1.1 i rättsmedelsdirektiven ålägger medlemsstaterna att göra det som krävs för att tillgängliggöra effektiva och skyndsamma prövningar av beslut fattade av upphandlande myndigheter.<sup>84</sup> Gemensamma artikel 1.3 i rättsmedelsdirektiven föreskriver i sin tur att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande med detaljerade regler som kan åberopas av leverantörer som haft intresse av att tilldelas kontrakt och som har lidit skada eller riskerat att lida skada.<sup>85</sup>

År 2007 meddelades ytterligare ett direktiv, det så kallade ändringsdirektivet, i syfte att revidera vissa delar av rättsmedelsdirektiven.<sup>86</sup> Direktivet innehåller

---

<sup>77</sup> Prop. 2021/22:120 s. 29.

<sup>78</sup> Hettne, Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen - om frånvaron av preklusionsregler i LOU s. 204.

<sup>79</sup> Direktiv 89/665/EEG.

<sup>80</sup> Direktiv 92/13/EEG.

<sup>81</sup> Ibid, gemensamma skäl 2.

<sup>82</sup> Direktiv 89/665/EEG, skäl 3.

<sup>83</sup> Prop. 2021/22:120 s. 22.

<sup>84</sup> Direktiv 89/665/EEG och Direktiv 92/13/EEG, gemensamma artikel 1.1.

<sup>85</sup> Ibid, gemensamma artikel 1.3.

<sup>86</sup> Direktiv 2007/66/EG.

bland annat regler som tillåter medlemsstaterna att inom utsatta ramar införa preklusionsfrister i upphandlingsprocessen.<sup>87</sup> Ändringsdirektivet preciserar ramarna för införande av preklusionsfrister genom att framföra riktlinjer för specifika tidsfrister.<sup>88</sup> Artikel 2c i ändringsdirektivet är särskilt intressant då den reglerar tidsfrister för ansökan om överprövning. Artikeln fastslår minimifrister om tio eller femton dagar beroende på val av kommunikationsmedel.<sup>89</sup> Dessutom måste ansökan om att överpröva beslut som hör till förfrågningsunderlaget inkomma till rätten minst tio dagar efter beslutet offentliggjorts.<sup>90</sup> Ändringsdirektivet ställer emellertid inte ett uttryckligt krav på att medlemsstaterna måste införa preklusionsfrister. Regleringen tar snarare sikte på att säkerställa att de uppställda minimikraven uppfylls i de fall sådana frister införs.<sup>91</sup>

### 3.3 Preklusionsfrister och effektiva rättsmedel enligt praxis

Frågan om preklusionsfrister är förenliga med rätten till ett effektivt rättsmedel och rättsmedelsdirektiven är en fråga som berörts av EU-domstolen flertalet gånger. Enligt Hettne kan preklusionsfrister å ena sidan bidra till effektivitet och förutsebarhet i processen.<sup>92</sup> Å andra sidan kan sådana frister ha motsatt effekt och göra det orimligt svårt för leverantörer att ta vara på sina rättigheter enligt rättsmedelsdirektiven.<sup>93</sup> Enligt EU-domstolen är preklusionsfrister emellertid som utgångspunkt förenliga med artikel 47 i rättighetsstadgan. Den principen kommer till uttryck i målet *Q-Beef and others*. Frågan i målet var om en femårig preklusionsfrist för fordringar mot staten var förenlig med unionsrätten.<sup>94</sup> Domstolen förklarade att

---

<sup>87</sup> Ibid, artikel 2c och 2f.

<sup>88</sup> Direktiv 2007/66/EG, artikel 2c och 2f.

<sup>89</sup> Ibid, artikel 2c.

<sup>90</sup> Prop. 2009/10:180 s. 84 och direktiv 2007/66/EG, artikel 2c.

<sup>91</sup> Prop. 2009/10:180, s. 155 och direktiv 2007/66/EG, artikel 2c.

<sup>92</sup> Hettne, Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen - om frånvaron av preklusionsregler i LOU s. 206.

<sup>93</sup> Ibid.

<sup>94</sup> De förenade målen C-89/10 and C-96/10, *Q-Beef NV mot Belgische Staat och Frans Bosschaert mot Belgische Staat, Vleesgroothandel Georges Goossens en Zonen NV och Slachthuizen*, EU:C:2011:555, punkt 33.

preklusionsfrister är tillåtna om de är rimliga och skyddar både den enskilde och den upphandlande myndigheten.<sup>95</sup> Tidsfristen måste emellertid också säkerställa att effektivitetsprincipen upprätthålls.<sup>96</sup> Ytterligare ett viktigt ställningstagande gällande preklusionsfrister i förhållande till rättsmedelsdirektiven gjordes i målet *Kommissionen mot Irland* där det förtydligades att preklusionsfrister i nationell rätt måste vara precisa, klara och förutsägbara i den mån som krävs för att enskilda ska få en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.<sup>97</sup> Domstolen förklarade även i avgörandet att det när en medlemsstat införlivar ett direktiv, i det här fallet genom att införa en preklusionsfrist, inte krävs att reglerna framgår specifikt i en lagregel, utan införlivande kan ske inom ”en allmän rättslig ram”. Denna ram måste dock vara tydlig nog för att enskilda ska kunna göra sina rättigheter gällande.<sup>98</sup> Det bör också poängteras att effektivitetsprincipen fortfarande måste respekteras och upprätthållas.<sup>99</sup>

Ytterligare ett krav på en preklusionsfrist är enligt Hettne att fristen måste vara nödvändig för att rättsmedelsdirektivens syfte ska anses uppfyllt.<sup>100</sup> Domstolen uttalade i målet *Universale-Bau* att en total avsaknad av preklusionsfrister som innebär att leverantörer kan återropa regelöverträdelser vid varje tidpunkt under förfarandet inte heller är förenligt med rättsmedelsdirektivens syfte. Domstolen ansåg vidare att det är förenligt med effektivitetsprincipen som följer av första rättsmedelsdirektivet att lagstifta om tidsfrister för väckande av talan då det är en slags tillämning av principen om rättssäkerhet.<sup>101</sup> Även målet *Grossmann Air Service* bör belysas. I det målet förtydligade EU-domstolen att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i första rättsmedelsdirektivet inte uppfylls när en leverantör väntar med att

---

<sup>95</sup> Ibid, punkt 32, 36.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> C-456/08 *Europeiska kommissionen mot Irland*, EU:C:2010:46, p. 61.

<sup>98</sup> Ibid, p. 65.

<sup>99</sup> Ibid, p 53.

<sup>100</sup> Hettne, Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen - om frånvaron av preklusionsregler i LOU s. 207.

<sup>101</sup> C-470/99 *Universale-Bau mfl. mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, EU:C:2002:746, punkt 75 f.



ansöka om överprövning till efter tidpunkten för kontraktstilldelning när det står klart om leverantören blivit tilldelad kontraktet eller inte.<sup>102</sup>

Hettne sammanfattar rättsläget som att medlemsstaterna inte är direkt skyldiga att införa preklusionsregler, men att EU betraktar det som ett sätt att uppnå effektivitets- och skyndsamhetsmålen i rättsmedelsdirektiven. Han betonar också att domen i *Universale-Bau* tyder på att preklusionsfrister krävs i någon mån för att uppnå de nämnda målen. Det kan dock tänkas att andra typer av reglering med samma syfte och effekt kan fungera lika bra.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> C-230/02, *Grossmann Air Service mfl. mot Republik Österreich*, EU:C:2004:93, punkt 37.

<sup>103</sup> Hettne, Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen - om frånvaron av preklusionsregler i LOU s. 208.

## 4 Analys och slutsatser

### 4.1 Vilka möjligheter har medlemsstaterna att införa preklusionsfrister i sin upphandlingslagstiftning?

För att svara på den första frågeställningen måste först betonas att analysen utgår från att rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 47 i rättighetsstadgan och i rättsmedelsdirektiven ses som en enhet snarare än separata regelverk. Rättsmedelsdirektiven fungerar som ett instrument för att säkerställa tillämpningen av rätten till ett effektivt rättsmedel inom upphandlingsrätten. Det innebär att i de fall preklusionsfrister har ansetts vara förenliga med rättsmedelsdirektiven kan slutsatsen dras att rättsmedlen även är förenliga med artikel 47 i rättighetsstadgan.

Grundprincipen inom EU-rätten är att preklusionsfrister är tillåtna för att säkerställa att medlemsstaterna uppfyller kravet på skyndsamhet i överprövningsprocessen. Det synsättet kommer till uttryck bland annat i ändringsdirektivet, men även i flertalet rättsfall. I målet *Universale-Bau* uttalade EU-domstolen att en total avsaknad av preklusionsfrister inte är förenligt med skyndsamhetskravet i rättsmedelsdirektiven. Det ställningstagandet bekräftades även i målet *Grossmann Air Service*, där domstolen uttalade att skyndsamhetskravet inte kan anses uppfyllt när leverantören tillåts vänta till efter att resultatet av kontraktstilldelningen offentliggjorts för att begära överprövning.

Medlemsstaterna har dock inte helt fria tyglar att införa preklusionsfrister i sin upphandlingslagstiftning. I målet *Kommissionen mot Irland* förtydligades att preklusionsfrister endast är tillåtna om de är precisa, klara och förutsägbara i den utsträckning som krävs för att leverantören som ansöker om överprövning ska kunna utnyttja sina rättigheter enligt rättsmedelsdirektiven fullt ut. Dessutom förtydligade kommissionen att preklusionsfristen måste införas i kontexten av en rättslig ram. Vad detta innebär exakt är något oklart, men syftet med uttalandet verkar vara att betona att fristen måste passa in i

det nuvarande regelverket. Däremot krävs det inte att fristen införs genom en egen specifik lagregel. Även det faktum att preklusionsfristen inte får göra det orimligt eller omöjligt svårt för leverantören att göra sina rättigheter gällande betonades. Det innebär att effektivitetsprincipens minimikrav på rättsmedel måste respekteras när en medlemsstat beslutar att införa preklusionsfrister.

Sammantaget kan sägas att preklusionsfrister anses förenliga med rättsmedelsdirektiven och rätten till ett effektivt rättsmedel när de har som syfte att uppfylla målen med rättsmedelsdirektiven, vilket i den här kontexten ofta är kravet på skyndsamhet. Dessutom krävs att enskilda kan ta tillvara sina rättigheter enligt rättsmedelsdirektiven fullt ut. En förutsättning för detta är att preklusionsfristen anses vara sammanhängande med resten av lagstiftningen som styr överprövningsprocessen. Den måste således passa in i medlemsstatens rättsliga ram. Det finns således ett krav på förutsebarhet för att fristen ska anses godtagbar. Utöver kraven som uppställts i praxis krävs även att preklusionsfrister uppfyller de specifika krav på tidsfrister som uppställs i ändringsdirektivet.

## 4.2 Ska påtalandeskyldigheten tolkas som en skadebedömning eller en materiell preklusionsfrist?

Tolkningen och tillämpningen av påtalandeskyldigheten är osammanhängande, vilket skapar osäkerhet kring hur avgörandet bör tolkas. I doktrinen framförs å ena sidan uppfattningen att påtalandeskyldigheten inte ger fullt uttryck för en materiell preklusionsfrist, utan att avgörandet endast ger stöd för en mer strikt bedömning av leverantörens skada. Å andra sidan syns i underrätternas praxis ofta en extensiv tillämpning av avgörandet vilket i praktiken skapar effekten av en materiell preklusionsfrist. Underrättspraxisen är dock inte prejudicerande och några definitiva slutsatser kan inte dras med ledning av den. Däremot fungerar underrättspraxisen som en viktig indikator på hur påtalandeskyldigheten påverkar leverantörers möjlighet att lyckas med en överprövning i praktiken. Det faktum att

underrätterna i många fall använder sig av en extensiv tolkning av påtalandeskyldigheten innebär att leverantörer tvingas förhålla sig till en form av indirekt materiell preklusionsfrist eftersom de inte kan veta på förhand hur domstolen kan komma att bedöma en underlåtelse att påtala brister. Det innebär att leverantörer i princip alltid tvingas ta höjd för en materiell preklusionsfrist genom att påtala alla eventuella brister i det konkurrensuppsökande skedet. Om inte riskerar de att förlora överprövningen innan domstolen tagit ställning till målet i sak. I brist på tydligare vägledning från HFD är det den praktiska tillämpningen av avgörandet som har störst inverkan på den svenska upphandlingsrätten, snarare än vilken tolkning som är teoretiskt korrekt. Analysen av den sista frågeställningen kommer därför utgå från tolkningen av påtalandeskyldigheten som en materiell preklusionsfrist.

### 4.3 Är påtalandeskyldigheten förenlig med rätten till ett effektivt rättsmedel?

För att påtalandeskyldigheten som en materiell preklusionsfrist ska vara i linje med unionsrätten måste prejudikatet underkastas artikel 47 i rättighetsstadgan och rättsmedelsdirektiven. Dessutom måste den uppfylla kraven som ställs på preklusionsfrister i upphandlingslagstiftningen enligt de regler och principer som fastställts genom EU-domstolens praxis.

Som framkommit ovan är preklusionsregler generellt sett tillåtna enligt artikel 47 i rättighetsstadgan och rättsmedelsdirektiven. I målet *Q-beef and others* uttalade EU-domstolen att preklusionsfrister är förenliga med artikel 47 i rättighetsstadgan som huvudregel. Så är fallet om tidsfristerna som uppställs är rimliga, till förmån för den enskilde och den upphandlande myndigheten, samt uppfyller kraven enligt effektivitetsprincipen. Huruvida påtalandeskyldigheten kan anses vara en rimlig tidsfrist är svårtolkat då den inte, som ofta är fallet med en mer klassisk preklusionsfrist, innebär att talan måste väckas inom viss tid, utan i stället att specifika omständigheter till grund för talan måste påtalas innan talan har väckts. Vidare finns det förvisso tydliga fördelar med påtalandeskyldigheten för den upphandlande

myndigheten eftersom avgörandet gör det svårare för en leverantör att lyckas med en överprövning. Påtalandeskyldigheten kan även verka avskräckande eftersom den ålägger leverantören en omfattande skyldighet att bevaka sin egen rätt under hela anbudstiden. Det kan på så sätt även vara till förmån för den upphandlande myndigheten om färre leverantörer väljer att ansöka om överprövning. Det är dock svårare att se hur påtalandeskyldigheten kan anses vara till förmån för leverantören. Visserligen kan avgörandet innebära att processen blir mer skyndsamt vilket i viss mån kan spara tid och resurser. Dock är det inte osannolikt att leverantören snarare behöver lägga mer tid och resurser på överprövningen då påtalandeskyldigheten kräver en hög grad av aktivitet och rättsligt medvetande från leverantörens sida. Det är därför tveksamt om avgörandet kan anses vara till förmån för leverantören.

Påtalandeskyldigheten får inte heller göra det omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att utöva sina unionsrättsliga rättigheter i enlighet med effektivitetsprincipen. Rättigheten i det här sammanhanget får anses vara tillgång till överprövning av offentliga upphandlingar. Överprövningsmöjligheten begränsas i de fall påtalanden inte sker. Det är emellertid inte omöjligt att få till stånd en överprövning, frågan blir snarare om det är orimligt svårt. Svaret på den frågan beror i stor utsträckning på hur långtgående domstolen väljer att tolka påtalandeskyldigheten. Det är dock inte otänkbart att ett krav på att leverantören måste påtala varje omständighet som ska läggas till grund för talan innan anbudstidens slut kan anses för betungande och göra det orimligt svårt för leverantören att få till stånd en prövning. Vid den bedömningen bör särskild hänsyn tas till kravet på att leverantören bör vara medveten om myndighetens skyldigheter för att kunna påtala brister i upphandlingsunderlaget. Att leverantören ska vara medveten om både sina egna och motpartens rättsliga skyldigheter kan anses särskilt betungande. En sådan ordning kan mycket väl anses göra det orimligt svårt för leverantören att få till stånd en överprövning.

Ändringsdirektivet uppställer tydliga minimigränser för hur lång en viss typ av preklusionsfrist måste vara. Regleringen i artikel 2c i ändringsdirektivet tar emellertid enbart sikte på tidsfrister för ansökan om prövning till rätten.

Direktivet ger således ingen klarhet vad gäller en skyldighet för leverantören att påtala brister till myndigheten i fråga. Det är därför svårt att dra konkreta slutsatser angående påtalandeskyldighetens förenlighet med rätten till ett effektivt rättsmedel endast med hänsyn till regleringen i direktiven.

För tydligare vägledning i frågan krävs en analys av påtalandeskyldigheten i förhållande till EU-domstolens praxis gällande preklusionsfrister och rättsmedelsdirektiven. I flertalet mål har EU-domstolen fastslagit ett antal krav som måste uppfyllas för att preklusionsfrister ska anses tillåtna. Enligt målen *Universale-Bau* och *Grossman Air Service* klargörs att preklusionsregler är förenliga med rättsmedelsdirektiven om de införs i syfte att uppnå kravet på skyndsamhet. Huruvida skyndsamhetskravet är en bakomliggande faktor till påtalandeskyldigheten framgår emellertid inte av HFD:s resonemang. Även om påtalandeskyldigheten i praktiken innebär att färre upphandlingar prövas i sak, vilket skulle innebära en mindre tidskrävande process, betyder inte det att själva syftet med påtalandeskyldigheten är skyndsamhet. Det går således inte att dra någon definitiv slutsats om motivationen bakom avgörandet. Den frågan förblir därmed obesvarad i väntan på preciserande prejudikat från HFD.

I *Kommissionen mot Irland* uppställdes kraven på precision, klarhet och förutsebarhet. Fristen måste även passa in i en rättslig ram. I fråga om graden av klarhet och precision i påtalandeskyldigheten måste återigen understrykas underrätternas varierande tolkning och tillämpning. Den osammanhängande tillämpningen av avgörandet kan ses som ett resultat av bristande klarhet avseende påtalandeskyldighetens innebörd. Även avgörandets precision kan ses som bristande då både underrätterna och doktrinens författare är osäkra på påtalandeskyldighetens omfattning. Den varierande tillämpningen innebär även att förutsebarheten är mycket liten. En leverantör har ytterst små möjligheter att förutse hur höga krav domstolen kommer ställa på påtalande innan prövningen inleds, och kommer därför tvingas ta höjd för en extensiv tolkning i varje överprövning. Med hänsyn till den osäkerhet som råder kring tolkningen av avgörandet är det således tveksamt om påtalandeskyldigheten kan anses uppfylla kraven på precision, klarhet och förutsebarhet.

Frågan om påtalandeskyldigheten passar in i den rättsliga ram som utgörs av processreglerna i den svenska upphandlingslagstiftningen måste också undersökas. Trots en lång diskussion om att införa preklusionsfrister i den svenska upphandlingslagstiftningen sedan början av 2000-talet blev sådana lagstiftningsåtgärder först verklighet i samband med införandet av 20 kap. 5a-d §§ LOU år 2022. Även om det nu finns lagstiftning om preklusionsfrister betyder inte det per automatik att påtalandeskyldigheten kan anses passa in i en rättslig ram. Särskilt i ljuset av 20 kap. 5 b § kan det ifrågasättas om de nya reglerna skapar en rättslig ram för påtalandeskyldigheten eller tvärtom skapar mer förvirring. Enligt den nuvarande regleringen är en leverantör skyldig att åberopa alla omständigheter till grund för sin talan inom tre veckor från dagen då ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten. Men leverantören måste även enligt en tolkning av påtalandeskyldigheten som en materiell preklusionsfrist åberopa alla brister i upphandlingsunderlaget innan anbudstidens slutdatum. Regelverket framstår således som tämligen osammanhängande. Dessutom måste beaktas att regelverket ska vara begripligt för en icke svensk leverantör eftersom rättsmedelsdirektiven syftar till att öppna upp för gränsöverskridande upphandlingar. Med tanke på den osäkerhet som råder kring tillämpningen av påtalandeskyldigheten i Sverige skulle dagens reglering sannolikt uppfattas som särskilt svårbegriplig och dubbelsidig för en leverantör som inte är bekant med det svenska rättssystemet. Det är därför högst osäkert om påtalandeskyldigheten kan anses passa in i den rättsliga ram som det svenska rättssystemet erbjuder. Bristen på ett sammanhängande system för preklusionsfrister i svensk rätt innebär även bristande förutsebarhet i det hänseendet. Sammanfattningsvis kan sägas att påtalandeskyldigheten sannolikt utgör en begränsning av rätten till ett effektivt rättsmedel.

## 4.4 Slutsats

Påtalandeskyldighetens förenlighet med rätten till ett effektivt rättsmedel är en snårig och relativt outforskad fråga. Efter en undersökning av EU-lagstiftning och praxis framgår att preklusionsfrister som huvudregel är tillåtna enligt unionsrätten, men att de måste uppfylla vissa minimikrav i direktiv och praxis. Vidare bör, vid tolkning av påtalandeskyldigheten, hänsyn främst tas till de praktiska konsekvenserna av underrätternas tillämpning av avgörandet och dess konsekvenser för leverantörskollektivet. Så är emellertid endast fallet i väntan på ny praxis från HFD som förtydligar påtalandeskyldighetens innebörd. En tillämpning av påtalandeskyldigheten som en materiell preklusionsfrist innebär sannolikt flera brister i kravet på ett effektivt rättsmedel. Den faktiska innebörden av avgörandet är dock fortfarande oklart, vilket innebär att rättsläget kan förändras drastiskt om förtydligande praxis meddelas av HFD. I nuläget innebär påtalandeskyldigheten emellertid en stor börda för leverantören i upphandlingsmål, vilket innebär en ansvarsförflyttning som påverkar hela det svenska överprövningsystemet. Ytterligare praxis behövs för att skapa mindre osäkerhet och säkerställa att leverantörskollektivet har tillgång till rättsmedel som är effektiva i den utsträckning som krävs för ett rättssäkert överprövningsförfarande.



## 5 Källförteckning

### Offentligt tryck

#### Propositioner

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

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

#### Utredningsbetänkanden

SOU 2006:28 Nya upphandlingsregler 2.

SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.

#### Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter och Europarådet

Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA) och Europarådet, *Handbok om europeisk rätt rörande tillgång till rättslig prövning*, 1 uppl. 2016, tillgänglig på

<[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook\\_access\\_justice\\_SW](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SW)  
E> (besökt 2024-05-20).

### Rättsfall

#### Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2013 ref. 53.

HFD 2017 ref 62.

HFD 2022 ref. 4 I och II.

#### Kammarrätt

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

Kammarrätten i Göteborg, dom 2022-06-14 i mål nr 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 Sundsvall, dom 2024-03-12 i mål nr 2565-23.

### Europeiska unionens domstol

C-26/62 *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen*  
EU:C:1963:1.

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

C-33/76 *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*,  
EU:C:1976:18.

C-45/76 *Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen*, EU:C:1976:191.

C-294/83 *Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet*  
EU:C:1986:166.

C-470/99 *Universale-Bau mfl. mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*,  
EU:C:2002:746.

C-230/02, *Grossmann Air Service mfl. mot Republik Österreich*,  
EU:C:2004:93.

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

De förenade målen C-89/10 and C-96/10, *Q-Beef NV mot Belgische Staat och Frans Bosschaert mot Belgische Staat, Vleesgroothandel Georges Goossens en Zonen NV och Slachthuizen*, EU:C:2011:555.

## Litteratur

Bernitz, Ulf: *Europarättens tillämpning*. 1:1 uppl., författaren och Nordstedts Juridik 2023.

Craig, Paul - De Búrca, Gráinne: *EU law; text, cases, and materials*. 7 uppl., Oxford University Press 2020.

Hettne, Jörgen: *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2 uppl., Norstedts Juridik 2011.

Hettne, Jörgen: 'Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen - om frånvaron av preklusionsregler i LOU' *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 3/2016 s. 204–208.

Korling, Fredric – Zamboni, Mauro: *Juridisk metodlära*. 1 uppl., författarna och Studentlitteratur 2013.

Lindén, Sylvia – Ljöstad, Louise – Lindqvist, Karen Arista: 'Pendeln svänger i skadeståndsmål' *Upphandlingsrättslig tidskrift* 3/2022 s. 99.

Méndez-Pinedo, M. Elvira – Corrigan, Elizabeth: 'Effectiveness of EEA Law and other General Principles: Some Thoughts after a Literature Review' *ERT* nr 1 2021 s. 64.

Olsson, Erik: 'Ur askan i elden – om hur HFD 2022 ref. 4 I och II bör och inte bör uppfattas' *ERT* nr 2 2023 s. 349–352.

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentat*. 5 uppl., Norstedts Juridik 2021.

Von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. (2024-04-26, version 8A, JUNO) 8 § under Måls handläggning.

## Övrigt

Eur-Lex, 'Rättsstatsprincipen' <<https://eur-lex.europa.eu/SV/legal-content/glossary/rule-of-law.html>> (besökt 2024-05-21).

Svenskt Näringsliv, 'Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling' <[https://www.svensktnaringsliv.se/bilder\\_och\\_dokument/rapporter/d7jfqq\\_patalandskyldighetenioffentligupphandlingpdf\\_1204888.html/P%25C3%25A5talandskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf](https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/d7jfqq_patalandskyldighetenioffentligupphandlingpdf_1204888.html/P%25C3%25A5talandskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf)> (besökt 2024-05-21).

Upphandlingsmyndigheten, 'Andelen överprövningar minskar' <<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/andelen-overprovningar-minskar/>> (besökt 2024-05-21).