



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Victor Lagrelius

# Vad menar myndigheten med denna formulering egentligen?

En analys av påtalandeskyldigheten i upphandlingsmål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Torvald Larsson

Termin: VT24

# Innehåll

|  |    |
|--|----|
| Summary .....  | 4  |
| Sammanfattning.....  | 5  |
| Förord.....  | 6  |
| Förkortningar.....   | 7  |
| 1 Inledning .....  | 8  |
| 1.1 Bakgrund .....   | 8  |
| 1.2 Syfte och frågeställningar.....  | 9  |
| 1.3 Frågeställningar.....  | 9  |
| 1.4 Metod och material .....   | 9  |
| 1.5 Avgränsning.....   | 11 |
| 1.6 Disposition.....   | 11 |
| 2 Den rättsliga bakgrunden .....   | 12 |
| 2.1 Rättsliga principer .....  | 12 |
| 2.1.1 Principen om likabehandling och icke diskriminering ...  | 12 |
| 2.1.2 Principen om Öppenhet och transparens.....   | 14 |
| 2.1.3 Principen om Proportionalitet.....   | 14 |
| 2.2 LOU, direktiven och den nationella processautonomin .....  | 15 |
| 2.3 LOU.....   | 17 |
| 2.3.1 Skadebedömningen + talerätt .....  | 18 |
| 2.3.2 En lagstiftad materiell preklusionsfrist har aldrig kommit<br>till stånd .....                               | 19 |
| 3 Påtalandeskyldigheten.....   | 21 |
| 3.1 HFD 2022 ref. 4 .....  | 21 |
| 3.2 Coopservice .....  | 23 |
| 3.3 eVigilo .....  | 24 |
| 3.4 Simonsen & Weel .....  | 25 |
| 3.5 Kammarrättspraxis .....  | 26 |
| 3.6 En preklusionsfrist?.....  | 27 |
| 4 EU-rättslig praxis, doktrin och påtalandeskyldigheten.....   | 31 |
| 4.1 En aktivitet kan vara essentiell för talerätt .....  | 31 |
| 4.2 Effektiv tillämpning av rättsmedel och preklusionsfrister. .   | 33 |
| 4.3 Preklusionsfristens klarhet.....   | 36 |
| 4.4 Rättsmedelsdirektivets direkta effekt – följer det av EU-rätten<br>att anbudsgivarna har en omsorgsplikt?..... | 38 |
| 4.5 Tillämpning.....   | 41 |
| 5 Diskussion .....   | 43 |

|   |                      |    |
|---|----------------------|----|
| 6 | Slutsatser .....     | 46 |
|   | Källförteckning..... | 47 |

## Summary

In the context of public procurement appeals, Swedish administrative courts conduct a damage assessment to determine whether a potential breach of the procurement law will justify action from the court. To be actionable, the damage must be linked to the error. Moreover, the Supreme Administrative Court has established a duty for persons participating to notify the procuring entity of any irregularities detected during the tendering phase. In establishing this duty of care, the supreme administrative court judgment refers to EU case law.

However, the precise interpretation of the notification obligation remains unclear, as it is solely based on one case from the administrative supreme court. The Swedish legal framework for remedies is an implementation of the Remedies directive, that do not stipulate this duty of care found in case law. Furthermore, it is uncertain which EU norm the notification duty to notify the procuring authority of errors corresponds to. While arguments could be made for it being a general duty of care or an interpretation of the standing requirements, the most likely interpretation is that it represents a form of time limit after which the error cannot be the basis for a complaint.

If the notification obligation is to be this type of rule, it must meet the EU-law requirements of legal certainty and effective application of EU law. There is a significant risk that it does not meet these requirements, and therefore should not be applied in all situations under Swedish law. The relevant EU provisions and case law do not provide further guidance on the scope and application of the notification obligation because it refers to how clear an error is rather than type of rule breached.

# Sammanfattning

Vid överprövning av upphandlingar gör förvaltningsrätten en skadeprövning för att bedöma om ett eventuellt fel har lett till skada för leverantören. Skadan som åberopas behöver ha en koppling till felet, och det finns även en plikt etablerad av högsta förvaltningsdomstolen för leverantörer att uppmärksamma upphandlande myndigheter när de upptäcker fel under upphandlingens anbudstid. I domen som HFD etablerar denna påtalandeskyldighet hänvisar den till praxis från EU-domstolen.

Det är emellertid inte helt klart hur påtalandeskyldigheten ska förstås, då den i Sverige endast kommer till uttryck genom HFD:s samt kammarrätternas praxis. Vid regleringen av rättsmedel vägleds den svenska rätten av rättsmedelsdirektivet, där bestämmelsen om talerätt är den som ligger till grund för de svenska bestämmelserna om både talerätt och förvaltningsrättens ingripande. Det är inte heller helt tydligt vilken norm påtalandeskyldigheten ska motsvara på EU-nivå. Det finns möjligheter att argumentera för att det är en generell omsorgsplikt, en tolkning av kraven på talerätt, men det som är mest troligt är att det är en säregen form av preklusionsregel.

Om påtalandeskyldigheten ska ses som en preklusionsregel krävs det att den uppfyller de EU-rättsliga kraven som finns på rättssäkerhet och effektiv tillämpning av EU-rätten. Det finns en överhängande risk att den inte gör det, och därför inte borde tillämpas i den svenska rättsordningen i alla situationer. Det finns ingen vidare vägledning genom de grundläggande principerna för upphandlingsrätten utöver rättssäkerhetsprincipen och principen om effektiv tillämpning, då preklusionsregler inom EU främst verkar vara styrda av hur tydligt felet är, snarare än vad för typ.

## Förord

Jag kommer ihåg en gång när min lillasyster var mycket liten, kanske 3 år gammal. När vi var ute på stranden en kväll, såg vi en stor svart skalbagge på sanden, och hon började gråta och skrika: ”jag älskar inte stor svart skalbagge”.

Jag kan säga att jag älskar inte att skriva examensarbete.

Det finns flera jag skulle vilja tacka för deras stöd i denna uppsats. Till att börja med hade jag inte ens hittat till juristprogrammet överhuvudtaget utan min käresta, Olivia.

Och så vill jag såklart rikta ett särskilt tack till mina vänner, i bokstavsordning, Esther, Lisa, Pauline och Victoria.

## Förkortningar

|      |  |
|------|--|
| EU   | Europeiska unionen                             |
| EUD  | Europeiska unionens domstol                    |
| EUF  | Fördraget om Europeiska unionen                |
| FEUF | Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt |
| HFD  | Högsta förvaltningsdomstolen                   |
| LOU  | Lag om offentlig upphandling                   |
| LUF  | Lag om upphandling inom försörjningssektorerna |

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

HFD bedömde i fallet HFD 2022 ref. 4 att upphandlande myndighet som inte angett en takvolym för ett ramavtal de upphandlade fram gjorde fel i enlighet med lagen om offentlig upphandling (LOU)<sup>1</sup>. Det klagande företaget begärde överprövning på grunden att om det hade funnits något tak hade de bättre kunnat anpassa sina priser till volymen och lämnat ett mer konkurrenskraftigt anbud. HFD godkände den argumentationen, då det i praxis är utarbetat att upphandlande myndighet i ramavtal ska specificera en övre gräns för vad avtalet kan tänkas omfattas. Däremot hade den klagande anbudsgivaren inte ställt några frågor om övre tak under upphandlingens gång, vilket medför att de inte begränsat sin skada på det sätt som krävs för att de ska kunna hävda att de lidit skada av felet. Det innebär då att upphandlingen inte behövde göras om trots att det var ett materiellt fel i den.

Denna praxis har byggts vidare i kammarrätterna. I ett fall hade en kommun på ett otillåtet sätt blandat samman utvärderings- och kvalificeringskrav. Denna sammanblandning framgick redan i underlaget till upphandlingen, men anbudsgivarna har inte ställt några frågor under upphandlingen och där för avslag kammarrätten begäran att upphandlingen skulle göras om.<sup>2</sup> Samma typ av resonemang har även kommit upp i Kammarrätten i Jönköping.<sup>3</sup>

Det blir i ljuset av denna praxis värdefullt för både upphandlande myndigheter och potentiella anbudsgivare att förstå vilken plikt för att ställa klagörande frågor som föreligger eftersom resultatet av denna rättsordning kan innebära att överprövade upphandlingar låts kvarstå trots rättsvidriga brister. I HFD-fallet rör det aktuella felet en avsaknad på tak i upphandling av ramavtal, men vilka fel kan tänkas släppas förbi om de potentiella leverantörerna släpper förbi dem utan att ställa frågor? Efter HFD 2022 ref. 4 finns det motstridig kammarrättspraxis om hur påtalandeskyldigheten är spretig och motsägelsefull.<sup>4</sup>

Det upphandlingsrättsliga området har en omfattande EU-rättslig reglering som på ett sätt sätter de yttre gränserna för vad den svenska regleringen kan genomföra. Däri finns det normer om att rättskyddet för den leverantör som lämnar anbud har rätt till effektivt rättskydd som ska vara så skyndsamt som möjligt. Det innebär att den påtalandeskyldigheten kan vara ett tillåtet led i att effektivisera upphandlingsprocessen, som en form av preklusionsregel,

---

<sup>1</sup> SFS 2016:1145

<sup>2</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom, meddelad 2023-01-09 i mål 4852-22.

<sup>3</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom, meddelad 2023-06-30 i mål 324-23.

<sup>4</sup> Ferdinandsson, J, *Det skadar inte att ställa frågor*. 2023. Sida 58.



men det kan även vara ett hinder för leverantörernas rätt till ett effektivt rättsskydd.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda hur påtalandeskyldigheten ter sig i den svenska rätten, med särskild belysning av EU-rätten. På det sättet är syftet rättsutredande, med vägledning av EU-rättsliga principer och svensk implementering.

## 1.3 Frågeställningar

Hur ska påtalandeskyldigheten förstås i den svenska rätten?

Vad för typ av regel är påtalandeskyldigheten?

Hur förhåller sig påtalandeskyldigheten till EU-rätten?

## 1.4 Metod och material

Rättsdogmatisk metod är den metodologiska utgångspunkten med denna uppsats, med en ambition att utreda rättsläget. I den analysen kommer rättskälorna studeras, med en aspiration att komma till en djupare förståelse om hur de aktuella normerna kan förstås och tillämpas. I detta arbete finns det även ett visst kritiskt perspektiv i av rättsutvecklingen, som ämnar väga olika tolkningar och sätt att förstå rättsläget emot varandra.<sup>5</sup>

När den svenska rätten tolkas ska även de EU-källorna som är auktoritativa beaktas, däri praxis, övergripande rättsprinciper och förarbeten och eventuell relevant soft law. Det som i detta fall skulle utgöra soft law är de förvaltningsorganisationer inom EU som inte har formell lagstiftande makt, som däremot administrativt införlivar dem med bland annat riktlinjer och rekommendationer. Vidare är parabeln till direktiv som staterar syftet och målet med lagstiftningen viktiga för tolkningen av ordalydelsen.<sup>6</sup>

Vad gäller EU-rättens källor inbördes finns även där en normhierarki där primärrättens normbildning och etablerandet av rättigheter och skyldigheter är överordnade i förhållande till sekundärrätten och den icke bindande lagstiftningen. Även de principer som primärrätten ger uttryck för, främst den fria rörligheten har företräde.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Se Kleineman, J. *Rättsdogmatisk metod* i Nääv, M & Zamboni, M. (red.) Juridisk metodlära. 2018. Studentlitteratur. S. 31 ff.

<sup>6</sup> Bernitz, U. Kjellgren, A. *Europarättens grunder*. 7:e uppl. 2022. Norstedts juridik. s. 126 ff.

<sup>7</sup> Bernitz & Kjellgren (2022) s. 193ff.

EUD brukar förknippas med en teleologisk tolkningsmetod utifrån fördragen.<sup>8</sup> Vid beaktan av den svenska implementeringen av EU-lagstiftningen är syftet en av de centrala tolkningspunkterna. Det krävs även vid tolkningen av den svenska rätten ska tolkas i linje med EU-rätten och dess övergripande principer.

Där det finns tolkningsutrymme ska de oklarheter i den svenska lagen fyllas ut med tolkningsregler från direktivet som de införlivar. Direktiv kan även ha vertikal direkt effekt, det vill säga att trots att de inte är införlivade kan de ändå tillämpas direkt av den svenska rättsordningen, givet att den är klar, precis, och ovillkorlig. Vertikal direkt effekt till skillnad från horisontell direkt effekt är tanken att enskilda kan förlita sig på rättigheter som kommer utav direktivet gentemot staten i en bred bemärkelse. Däremot har ett icke införlivat direktiv inte någon rättsverkan mellan enskilda, och det kan inte heller belasta enskilda på det sättet det kan belasta staten.<sup>9</sup>

EU-domstolen har kritiserats för att tillämpa principer contra legem i Tyskland i *Kücküddeveci*. Tyskland hade på ett bristfälligt införlivat direktiv om diskriminering, så pass att en tolkning i linje med direktivet hade gått emot tysk ordalydelse. EUD kunde inte använda sig av direkt effekt av direktivet, och uttryckte i stället att direktivet var ett uttryck för principen om likabehandling. Den principen om likabehandling tillämpades då i stället direkt och fick förtur framför den tyska ordalydelsen.<sup>10</sup> Denna rättsbildning har betydelse för hur den svenska rätten ska förstås i normkonflikter i EU.

Ordet myndighet kommer upp regelbundet i denna uppsats, och det är ordet syftas på i upphandlingsrättslig mening. Vissa offentligt ägda företag och andra organisationer kan vara skyldiga att upphandla trots att de i formell bemärkelse inte är myndigheter. I denna uppsats inkluderar ordet även dessa andra organisationer som är förpliktigade att följa LOU.

Under uppsatsens gång kommer även belysande kammarrättspraxis att inkluderas för hur påtalandeskyldigheten appliceras av domstolarna. Dessa redogörelser är inte tänkt att representera hur kammarrätterna i stort har tillämpat rättsfallet, de är inte heller tänkta att tillämpas som rättskällor, utan kan i stället ses som belysande exempel för hur rättsläget kan förstås. Kammarrätten är inte en prejudicerande instans, och därför har deras rättstillämpning beaktats som exempel. De domar som har valts ut är med i uppsatsen eftersom de kontrasterar varandra och resonemangen som förs i uppsatsen analyserande del.

---

<sup>8</sup> Reichel, J. *EU-rättslig metod*, i Nääv, M & Zamboni, M.(red.) Juridisk metodlära. 2018. Studentlitteratur. S.126ff.

<sup>9</sup> Bernitz & Kjellgren (2022) s.117 ff.

<sup>10</sup> Ibid.

## 1.5 Avgränsning

Det huvudsakliga fokuset kommer vara på skadebedömningen i fall som täcks av lagen om offentlig upphandling. Med det sagt finns det även liknande eller identiskt formulerade formuleringar i andra lagar som handlar om upphandling till exempel lagen om upphandlingar inom försörjningssektorerna. Det kommer antagligen finnas överlappande resonemang som är tillämpliga på dessa lagar. Däremot kommer inte resonemangen gå in djupgående på någon annan lag än lagen om offentlig upphandling eller rättsmedelsdirektiven för den klassiska sektorn.

## 1.6 Disposition

Denna uppsats är uppdelad i fem delar, som alla tjänar sitt eget syfte i förhållande till utforskandet av hur påtalandeskyldigheten ska förstås. Den första delen som följer inledningen, kapitel två, är en generell genomgång av upphandlingsregelverket så som det ser ut i Sverige och EU som helhet. Här redogörs för de aktuella normerna som analyseras och utforskas, samt ges en kontext av var rättsfallet som analyseras passar in. Kapitel tre presenterar själva rättsfallet HFD 2022 ref. 4 samt de EUD domar som hänvisas till när HFD etablerar påtalandeskyldigheten. Kapitlet avslutas även med en diskussion om hur dessa relaterar till varandra, kammarrättspraxis, samt en diskussion om vad för typ av norm påtalandeskyldigheten ska anses vara. I kapitel 4 påbörjas en diskussion om hur påtalandeskyldigheten ska förstås och diskuteras i förhållande till doktrin och prejudikat, främst EU-rättslig. Uppsatsen avslutas med en diskussion av hur påtalandeskyldigheten passar in i EU-rätten följt av slutsatserna.

## 2 Den rättsliga bakgrunden

I detta kapitel kommer upphandlingsregelverket översiktligt förklaras, dels för att ge läsaren en kontext till frågan för uppsatsen, dels för att introducera de centrala beståndsdelarna av rättsområdet. Först presenteras de övergripande principerna som vägleder all tillämpning. Därefter presenteras de EU-rättsliga direktiven, som följs av den svenska införlivningen av dem.

### 2.1 Rättsliga principer

I fördragen som brukar liknas vid EU:s konstitution, Fördraget om Europeiska unionen (EUF) och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) finns det en reglering av den europeiska inre marknaden. Dessa har som syfte att skapa en frihandel och en inre marknad utan handelshinder för medlemsstaterna. När det finns ett gränsöverskridande marknadsintresse är det bindande för medlemsstaterna.<sup>11</sup>

De fyra friheterna i fördragen skapar regleringen av den interna marknaden, och alla de har direkt effekt. I de fall det finns ett unionsrättsligt intresse av frihandel, en gränsöverskridande situation, blir dessa principer tillämpliga i alla unionsrättsliga situationer.<sup>12</sup> Det finns även principer som ligger till grund för offentliga upphandlingar, som speglar och preciserar de primärrättsliga principerna. De upphandlingsrättsliga principerna återfinns införlivade i LOU 4 kap. 1 § och i upphandlingsdirektiven<sup>13</sup>. Upphandlingsprinciperna är bindande och en del av regelverket. De ska alltid beaktas vid tillämpningen av LOU eller något av direktiven; det är möjligt att följa de explicita reglerna och samtidigt bryta mot en av principerna.<sup>14</sup> Principerna i primärrätten ska beaktas när direktiven tillämpas.<sup>15</sup>

#### 2.1.1 Principen om likabehandling och icke diskriminering

I Artikel 18 FEUF formuleras det generella uttrycket mot diskriminering inom unionen baserat på nationalitet i EU. Principen kan ses som ett fundament för den inre europeiska marknaden. Däremot tillämpas artikeln bara fristående i de fall det inte finns några särskilda bestämmelser om diskriminering i fördragen. Artikel 18 blir i det fallet en komplettering av de artiklar, exempelvis artikel 49 och 56, som även de ger uttryck för likabehandling. En medlemsstat som genom någon form av åtgärd, exempelvis lagstiftning bryter mot likabehandlingskravet i de artiklarna om de fyra friheterna gör det även

---

<sup>11</sup> Bernitz & Kjellgren (2022) s. 115 ff.

<sup>12</sup> Sundstrand, A. *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*. 2012. Jure. S. 38ff.

<sup>13</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014.

<sup>14</sup> Asplund, A m.fl. *Överprövning av upphandling*. 2012. Jure. S. 36 ff.

<sup>15</sup> Direktiv 2004/18 skäl 2 och 46,

mot artikel 18.<sup>16</sup> Icke-diskrimineringsprincipen kan ses som en negativ skyldighet att inte diskriminera, och likabehandlingsprincipen i stället en positiv förpliktelse till likabehandling.<sup>17</sup>

Artikel 34 FEUF förbjuder alla kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan inom unionen. Det är genom denna artikel förbjudet för medlemsstaterna att i praktiken vidta åtgärder som hindrar eller begränsar, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, den fria handeln med varor inom unionen.<sup>18</sup> Ett uttryck för likabehandlingsprincipen är att det ska finnas ett ömsesidigt erkännande av varor som tillverkas i andra medlemsstater.<sup>19</sup> Principen om ömsesidigt erkännande handlar även om att en medlemsstat inte får föredra inhemska utbildningar, krav och certifikat. En anbudsgivare ska kunna uppnå ett krav genom att exempelvis uppvisa motsvarande bevis på utbildning eller certifikat från sitt hemland.<sup>20</sup>

Artikel 56 FEUF förbjuder inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster för en som inte är etablerad i samma medlemsstat som mottagaren av tjänsten.<sup>21</sup> Artikel 49 FEUF innebär i praktiken att unionsmedborgare ska kunna bedriva näringsverksamhet under samma villkor som ett lands egna medborgare. Även inskränkningar för att etablera kontor, filialer eller dotterbolag omfattas av detta förbud.<sup>22</sup>

Den upphandlingsrättsliga principen om likabehandling innebär att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika, när det väl finns olikheter ska de vara objektivt godtagbara skäl som ligger till grund.<sup>23</sup> I linje med det finns även principen om icke diskriminering, som innebär att upphandlande myndighet är förbjuden att direkt eller indirekt diskriminera anbudsgivare baserat på nationalitet inom unionen.<sup>24</sup> Som exempel på upphandlingar som bryter mot denna bestämmelse kan det vara där myndigheten kräver att en anbudsgivare köper sina råvaror från ett visst geografiskt område. En handling behöver inte effektivt motverka frihandeln för att den ska anses vara förbjuden.<sup>25</sup> En medlemsstat kan alltså inte försvara en diskriminerande lagstiftning med argumentet att den i praktiken inte har den avsedda effekten. Alla anbudsgivare ska i realiteten kunna delta i alla upphandlingar på lika villkor, ett krav som gäller utöver nationalitet och gentemot alla.<sup>26</sup>

---

<sup>16</sup> Sundstrand, A. (2012) s. 37f.

<sup>17</sup> Asplund, A. (2012) s. 38f.

<sup>18</sup> Sundstrand, A. 2012 sida 38f.

<sup>19</sup> Bernitz & Kjellgren (2022) s. 235ff.

<sup>20</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 32.

<sup>21</sup> Sundstrand, A. (2012) s. 39.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Pedersen, K. Lindberg, O. *Upphandlingens grunder*. 6:e uppl. 2023. jure. S. 31.

<sup>24</sup> Ibid. s. 31.

<sup>25</sup> Sundstrand, A. (2012) s. 39.

<sup>26</sup> Asplund, A m.fl (2012) s. 38.

### 2.1.2 Principen om Öppenhet och transparens

Principen om öppenhet innebär i korthet att hela upphandlingsprocessen ska präglas av förutsägbarhet och transparens. Alla upphandlingsdokument ska vara offentliga, inga uppgifter, så som krav, ska hemlighållas och när de väl publiceras ska de vara tydligt formulerade och specificerade. Den upphandlande myndigheten ska även hålla sig till de dokument som den producerar och inte exempelvis ändra dem under processens gång.<sup>27</sup>

Det går att klassificera öppenhetsprincipen som ett begrepp som omfattar flera olika komponenter: Offentlighet, tydlighet, förutsebarhet, konsekvent tillämpning och kontrollerbarhet. Genom den ska det inte kunna förekomma att olika leverantörer exempelvis får information vid olika tillfällen, eller annan typ av favorisering. På vissa sätt överlappar den därför med likabehandlingsprincipen, men det är möjligt att bryta den ena principen och inte den andra exempelvis när bedömningskraven är oklara eller tvetydiga men i själva verket likabehandlande.<sup>28</sup>

Ett förfarande kan alltid vara mer eller mindre öppet, och domstolen får i de fall upphandlingar överprövas göra en bedömning om det var varit tillräckligt öppet. Det är förstås en omöjlighet för den upphandlande enheten att vid varje införskaffning skriva det perfekta förfrågningsunderlaget.<sup>29</sup>

### 2.1.3 Principen om Proportionalitet

Proportionalitetsprincipen gäller i princip hela EU-rätten.<sup>30</sup> Principen etablerar att de krav som ställs i upphandlingsdokumenten är rimliga och kopplade till ändamålen med upphandlingen. Kraven ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det avsatta syftet, och ska vara effektivt, samt gå att kontrollera. Den nackdel en anbudsgivare får av ett krav ska vägas mot nyttan det kravet har av att få den fördelen tillgodosedd.<sup>31</sup>

Det står myndigheten fritt att bestämma vad som ska upphandlas och vilka krav de vill ställa på kvalitén. Det är således tillåtet för en myndighet att exempelvis ställa höga krav på att det som upphandlas behöver ha en viss kvalitet. Bedömningen av proportionaliteten av exempelvis ett krav görs utifrån syftet med kravet, det vill säga vad som ska uppnås.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Pedersen, (2023) s. 31.

<sup>28</sup> Asplund, A m.fl (2012) s. 40 ff.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 32.

<sup>32</sup> Asplund, A m.fl (2012) s. 42.

## 2.2 LOU, direktiven och den nationella processautonomin

Påtalandeskyldigheten så som den har etablerats i svensk rätt av HFD är en del i den svenska materiella skadeprovningen, men eftersom den är en aktivitetsplikt är det även en form av processuell regel. Därmed kommer de processuella och materiella reglerna båda översiktligt gås igenom nedan.

EU-rättsligt regleras offentliga upphandlingar primärt av två typer av direktiv. Upphandlingsdirektiven med förfaranderegler för själva upphandlingen,<sup>33</sup> och rättsmedelsdirektiven som handlar om prövning och skadestånd.<sup>34</sup> Direktiven ställer upp vissa grundläggande krav och etablerar de principerna som genomsyrar hela upphandlingsområdet.

Hur unionsrätten i praktiken ska tillämpas är som huvudregel en fråga som är upp till de nationella rättsordningarna att lösa inom ramen för den nationella processautonomin. Det finns inte någon utarbetad EU-processrätt, utan medlemsstaterna bär ansvaret för att all unionsrättslig reglering implementeras i rättsordningen. I fördraget ställs kravet att medlemsstaterna ska ha tillräckliga rättsmedel för att säkerställa ett effektivt rättsstatsskydd, där medborgare kan få sina unionsrättigheter prövade.<sup>35</sup> Inom den ramen är det en central princip att nya rättsmedel inte behöver införas för att tillämpa EU-rätten givet att det redan finns ett tillgängligt medel i den nationella rättsordningen.<sup>36</sup> Genom det svenska förfarandet av överprövning kommer alltså EU-rätten tillämpas igenom den svenska processordningen. Det ska genom den vara lika lätt att åberopa och tillämpa rättigheter som har sin grund i EU-rätt som nationell, där de båda är en integrerad del av rättsordningen, med samma rättsskydd.<sup>37</sup>

Det finns tre rättsmedelsdirektiv, som har till syfte att säkerställa att det går för anbudsgivare som kan ha lidit skada dels har möjlighet att få sitt fall prövat av en oberoende kontrollinstans, och för den kontrollinstansen att kunna döma ut skadestånd och ogiltigförklara avtal som tecknats i strid med vissa särskilda regler. Det finns rättsmedelsdirektiv för den klassiska sektorn, ett för upphandlingar inom försörjningssektorn och ett ändringsdirektiv som gäller för dem båda.<sup>38</sup> Även om det finns vissa detaljerade regler i direktiven

---

<sup>33</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/eu av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> Art. 19 FEU. Se även C-268/06 Impact. Se även Bernitz & Kjellgren (2022) s. 136 ff.

<sup>36</sup> Craig, P. de Búrca, G. *EU LAW*, 17:e uppl. 2020. S. 263 ff.

<sup>37</sup> Ibid. s. 265ff.

<sup>38</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 201. Se även rättsmedelsdirektiven:

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. (Nedan 89/665/EEG)

finns där fortfarande mycket utrymme i hur processen ska utformas som fortfarande omfattas av den nationella processautonomin.<sup>39</sup>

Det första rättsmedelsdirektivet ställer upp krav på att det ska finnas en skyndsamt process för att de som har intresse av att delta i upphandlingen ska kunna få upphandlingens giltighet prövad, givet att den personen kan ha lidit skada till följd av en påstådd överträdelse.<sup>40</sup> Det prövande organet ska bland annat ha möjlighet till interimistiska åtgärder. Vidare ska prövningsorganet ha behörighet att åsidosätta olagliga beslut, som innefattar bl.a. diskriminerande krav och specifikationer i något upphandlingsdokument, samt kunna döma ut skadestånd till part som har skadats av fel i en upphandling.<sup>41</sup> Processen om skadestånd ska i medlemsstaterna vara åtskild den om prövning av beslut i upphandlingen för ett effektivt rättsskydd.<sup>42</sup>

Ändringsdirektivet ändrar vad för krav som ställs på förfarandet genom att lägga till flera krav på upphandlingsprocessen, däribland att lägga till avtalspärren på 10 dagar efter tilldelningsbeslutet, samt specificera tidsfristen inom vilken man behöver lämna ansökan om prövning.<sup>43</sup> Vidare finns där uttryckliga krav på att prövningsorganet ska kunna ogiltigförklara avtal som tillkommit efter att den upphandlande myndigheten begått vissa processuella fel som är jämförliga i allvarlighetsgrad med otillåtna direktupphandlingar, exempelvis att teckna avtal innan avtalspärren gått ut.<sup>44,45</sup> EUD och direktivet formulerar att den värsta formen av överträdelse som kan begås mot upphandlingsdirektiven är otillåtna direktupphandlingar, och skälet till att det finns reglering specifikt för att ogiltigförklara sådana avtal är för att det är den mest effektiva sanktionen<sup>46</sup>

Direktiven reglerar genom detta bara de grävsta överträdelsena av direktiven och har inte något skaderekvisit som formulerar när prövningsorganet ska döma att göra om en upphandling vid mindre allvarliga upphandlingsfel. Som tidigare nämnt finns det bestämmelser om rätt till prövning för de enskilda

---

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. (Nedan 2007/66/EG)

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.

<sup>39</sup> Asplund, A m.fl (2012) s. 34.

<sup>40</sup> Direktiv 89/665/EEG. (konsoliderad). Art. 1.

<sup>41</sup> Direktiv 89/665/EEG. (konsoliderad). Art. 2.1.

<sup>42</sup> Bovis, C, H. *EU public procurement law*. 2:a uppl. 2012. Elgar European law. s. 242.

<sup>43</sup> Direktiv 89/665/EEG. (konsoliderad). Art. 2a-c.

<sup>44</sup> Direktiv 89/665/EEG. (konsoliderad). Art. 2d.

<sup>45</sup> Direktiv 2007/66/EG. skäl 17-18.

<sup>46</sup> Direktiv 2007/66/EG. skäl 13-14.



som har ett intresse i att potentiellt tilldelas kontrakt, men det berör deras formella talerätt och inte prövningsramen.

## 2.3 LOU

I den svenska rätten regleras de olika upphandlingsförfarandena i LOU. Där finns 6 olika förfaranden som gäller för upphandlingar övertröskelvärdena: öppet, selektivt, förhandlat ned och utan föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog, och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Förfarandena har olika strukturer, med några gemensamma drag. Syftet med detta avsnitt är inte att redogöra för något av dessa förfaranden utan snarare redogöra för reglerna till en sådan grad att det är möjligt att sätta olika upphandlingsfel i en generell kontext.

Till att börja med har alla förfaranden någon form av krav på initial annonsering, som innebär att myndigheten måste lägga upp tillgänglig information om att de genomför en upphandling. I steget efter det skiljer sig det öppna förfarandet från resten av förfarandena.

Det öppna förfarandet innebär att myndigheten publicerar ett förfrågningsunderlag som innehåller all central information om upphandlingen. Däri framgår bland annat vad som upphandlas, vilka obligatoriska krav som ställs, vad för utvärderingsmetod som kommer användas. Det står efter detta anbudsgivarna fritt att inkomma till myndigheten med anbud.<sup>47</sup>

Anbudsgivarna ska under processens gång först kvalificeras, där den upphandlande myndigheten kontrollerar om anbudsgivarna är behöriga att delta i processen. Kvalificeringen är främst krav på företagets ekonomi, att se till att det finns yrkesmässighet, att det inte finns någon koppling till organiserad brottslighet och dylikt. De företag som kvalificeras utvärderas till sist efter den utvärderingsmodell som myndigheten har valt. Myndigheten får inte blanda samman kvalificerings- och utvärderingskriterierna.<sup>48</sup>

Efter att den upphandlande myndigheten har utvärderat alla kvalificerade anbud är det dags för den att ta ett tilldelningsbeslut, som meddelas alla deltagande parter. Efter det beslutet har meddelats påbörjas en period om 10 eller 15 dagar som myndigheten och den vinnande anbudsgivaren är förbjudna att ingå avtal i.<sup>49</sup> Den så kallade avtalsspärren är en tid under vilken de förlorande anbudsgivarna har för att gå igenom beslutet och underlaget för att ta tillvara sina rättsintressen och vid behov begära överprövning.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 83 ff.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> 20 kap. 1 § LOU

<sup>50</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 83ff.

Den svenska processregleringen är i huvudsak genom förvaltningsprocesslagen. Under överprövningsprocessen är förvaltningsdomstolen inte lika bunden av officialprincipen, det vill säga den utredningsskyldighet, som den vanligtvis är, utan upphandlingsmålen har i stället en mer civilrättslig karaktär. Under den processen är det därför upp till leverantören som begär överprövning att åberopa de omständigheter som ligger till grund för sin talan. Den part som anser att en upphandling är behäftad med fel behöver självmant anföra de specifika omständigheterna som grund.<sup>51</sup> Från och med att ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten har anbudsgivaren 3 veckor på sig att åberopa alla omständigheter till stöd för sin talan utan en giltig ursäkt.<sup>52</sup>

### 2.3.1 Skadebedömningen + talerätt

I linje med rättsmedelsdirektivet finns det en rätt för leverantörer som anser sig ha lidit skada att begära att upphandlingen överprövas av förvaltningsrätt. Domstolen har även möjlighet att pröva ett avtals giltighet, som följer efter en upphandling som brutit särskilda processuella bestämmelser. Överprövningsförfarandet är ett speciellt förfarande som tillämpas på upphandlingsmålen, som är tänkt att på ett tidigt stadium kunna åtgärda felaktiga upphandlingar innan de faktiskt leder till skada.<sup>53</sup> Det som avses med leverantör är inte bara de som har lagt bud i den aktuella upphandlingen, utan även andra personer som kan tänkas ha intresse av att lämna bud kan ha talerätt.<sup>54</sup> Det som krävs i sammanhanget är ett påstått fel som har lett till en påstådd skada. Vad som avses med skada i upphandlingssammanhang är förlusten av att inte ha vunnit den aktuella upphandlingen. Exempelvis kan det vara så att en leverantör uppger sig ha uteslutits på grund av något felaktigt kvalificeringskrav.<sup>55</sup> Kravet för talerätt är lågt ställt eftersom det som står i lagtexten är bara att en leverantör anses sig lida skada, det finns inget objektivt rekvisit i paragrafen.

Däremot är kravet på skadan för att domstolen ska ingripa mot upphandlingen högre ställt. Domstolen kan döma att upphandlingen ska göras om, eller fortsätta efter rättelse. I paragrafen finns där tre rekvisit: Att den upphandlande myndigheten brutit mot lagen eller en av principerna, att den leverantören har lidit skada,<sup>56</sup> och att det finns en kausalitet mellan felet och skadan. Med samma exempel som tidigare behöver det felaktiga kvalificeringskravet vara det som uteslöt leverantören, om de till exempel uteslöts av ett annat krav, så har de inte ansetts lida skada.<sup>57</sup> HFD har etablerat att det finns en plikt för anbudsgivare att kunna visa på vilket sätt de har lidit skada till följd av ett fel

---

<sup>51</sup> Von Essen, U. 2023. Lagkommentar till 8 § Förvaltningsprocesslagen. JUNO. Se även HFD 2023 ref. 44.

<sup>52</sup> LOU 20 kap. 5b §.

<sup>53</sup> Prop. 1992/93:88. *Om offentlig upphandling*. s. 101.

<sup>54</sup> 20 Kap. 4 § LOU. Se även Pedersen, Lindberg. (2023) s. 202 och HFD 2017 ref. 62.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> 20 kap. 6 § LOU.

<sup>57</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 192–202. Se även HFD 2022 ref. 30 angående kausalitet.

i upphandlingen. Anbudsgivarna behöver i sin argumentation visa på en kausalitet mellan skadan som de har lidit och felet i upphandlingen.<sup>58</sup> Det som avses med skada är en egen typ av begrepp som bara berör chansen till tilldelning av kontraktet i den aktuella upphandlingen.<sup>59</sup>

Fel som är hänförliga till det skedet i upphandlingen fram till sista anbudsdag, det vill säga det konkurrensuppsökande skedet, ska som huvudregel leda till att upphandlingen görs om, där det i andra fall kan vara lämpligare med en rättelse.<sup>60</sup> I det fall myndigheten efter det att sista dagen för att lämna anbud beslutar att ett obligatoriskt krav inte längre är behövligt, och inte avser tillämpa det, behöver upphandlingen göras om. I ett sådant fall finns det potentiella anbudsgivare som valde att inte lämna något anbud, på grund utav de krav som därefter inte tillämpats. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen samt förstöra konkurrensättningen.<sup>61</sup>

### 2.3.2 En lagstiftad materiell preklusionsfrist har aldrig kommit till stånd

Huruvida det ska finnas en preklusionsregel i upphandlingsförfarandet är en återkommande fråga som regeringen har tagit ställning till.<sup>62</sup> En sådan regel skulle kunna hindra domstolen från att ändra ett beslut om den klagande anbudsgivaren inte anmärkt på felet innan halva anbudstiden förlupit.<sup>63</sup> Än har ingen materiell sådan regel införts i LOU. Det har observerats styrkor med att införa en, bland annat i förhållande till den stora mängden mål som går till förvaltningsrätten. En preklusionsfrist har enligt propositionen potentiellt kunnat minska antalet upphandlingar som behöver göras om, eftersom de frågor som behöver prövas tas upp tidigare. Ändå har nackdelarna med en preklusionsfrist ansetts väga något mer än fördelarna. Däribland har man uppmärksammat att det kan vara problematiskt för anbudsgivarna som inte vill ”verka besvärliga” för en framtida kund, eller att de skulle begära överprövning innan preklusionsfristen tar slut ”för säkerhets skull”.<sup>64</sup>

Ett förslag som har behandlats har varit en modell som liknar den påtalandeskyldigheten som är etablerad av HFD som kommer presenteras nedan. Den har i utredningen kallats för ”mellanvägen” då det inte är en riktig preklusionsfrist, men den ger incitament till anbudsgivarna att starta en dialog med myndigheten, på ett mindre kostsamt sätt. En sådan lösning hade inte krävt

---

<sup>58</sup> HFD 2013 ref. 53.

<sup>59</sup> Pedersen, Lindberg. (2023) s. 192–202.

<sup>60</sup> Prop. 2021/22:120. *En effektivare prövning av offentliga upphandlingar*. s. 23. Se även RÅ 2005 ref. 47.

<sup>61</sup> Se HFD 2016 ref. 37 II.

<sup>62</sup> Prop. 2009/10:180. *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*. s. 155-161, och Prop. 2021/22:120. s. 38ff.

<sup>63</sup> SOU 2015:12. *Överprövning av upphandlingsmål mm*. s. 18.

<sup>64</sup> Prop. 2009/10:180. s. 155–161.

att en begäran om överprövning initieras inom fristen, utan bara en anmärkning till den upphandlande myndigheten.<sup>65</sup> Regeringen konstaterade att införandet av en preklusionsfrist har som nackdel att det kommer komplicera rättsläget ytterligare, och att det redan genom praxisen om påtalandeskyldigheten finns vissa incitament för anbudsgivare att påtala fel och brister i upphandlingsdokumenten. Regeringen ansåg dock inte att den plikten är generell, och att den formaliserade mellanvägen inte behövdes.<sup>66</sup>

De intressen som behöver vägas mot varandra är dels den enskilda leverantörens intresse av reell möjlighet till rättsskydd och materiellt riktiga domar mot det allmännas intresse av att upphandlingsprocessen är effektiv och skyndsamt. Risken med en preklusionsfrist eller en aktivitetsplikt är att en anbudsgivare av någon anledning inte lyckas uppfylla den, och att det som följd innebär att en felaktig upphandling får bestå trots domstolsprövning. Däremot är det ett problem att en upphandling kan komma att behöva göras om för att en anbudsgivare inte har påtalat fel som den har upptäckt, utan i stället inte nämner dem av strategiska skäl, i det fall att den inte skulle vinna.

År 2022 har dock lagstiftaren lagt till ett skyndsamhetskrav i LOU för att få en snabbare överprövningsförfarande.<sup>67</sup> Lagstiftningen skulle påverka förfarandet på det sättet att domstolarna skulle behandla upphandlingsmålen med förtur. Förvisso handlade de flesta förvaltningsrätter redan upphandlingsmål med förtur, men med detta krav kunde domstolarna även ha lagstadgat stöd till att vara mer restriktiv med att bevilja anstånd. Vidare ansåg regeringen i propositionen att detta skulle även vara ett steg i att uppfylla skyndsamhetskravet som återfinns i rättsmedelsdirektiven.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> SOU 2015:12. s. 154–158.

<sup>66</sup> Prop. 2021/22:120. s. 38–41ff.

<sup>67</sup> 20 kap. 5a §.

<sup>68</sup> Prop. 2021/22:120. s. 31 ff.

## 3 Påtalandeskyldigheten

För att förstå de yttre gränserna för påtalandeskyldigheten kommer därför HFD fallet som etablerar den gås igenom grundligt. För att sätta in den i sin rättsliga ram kommer även EU-rättspraxisen som HFD hänvisar till i sin dom redogöras för. Därefter kommer det redogöras för kammarrättspraxis och genomslag och diskussionen om hur det går att klassificera skyldigheten påbörjas.

### 3.1 HFD 2022 ref. 4

Påtalandeskyldigheten som behandlas i denna uppsats har sin grund i rättsfallet HFD 2022 ref. 4 där HFD etablerade en plikt för anbudsgivare att ställa frågor för att kunna hävda att de har lidit skada av ett upphandlingsfel. HFD dömer i detta fall över två olika fall som kommer redogöras för nedan.

Det första fallet är gällande en upphandling av tjänster för golvläggning, genomförd av Mimer, ett kommunalägt bostadsbolag. Förfarandet som Mimer hade valt var ett ordinärt upphandlingsförfarande av ett ramavtal med förnyad konkurrensättning som de senare kan göra avrop ifrån varje gång de skulle behöva en golvläggningstjänst. I förfrågningsunderlaget hade Mimer angett ungefärliga kvantiteter på 6,5 miljoner kronor som skulle avropas från ramavtalet, men det fanns inga uppgifter om ett högsta tak av vad för volym av tjänster som potentiellt skulle kunna avropas totalt. Anbudsgivaren AB Golv och Tak som kom på andra plats i upphandlingen, begärde att upphandlingen skulle överprövas av förvaltningsrätten och hänvisade till EUD:s dom Coopservice för att hävda att myndigheten genom den bristen brutit mot öppenhetsprincipen.

Förvaltningsrätten biföll AB Golv och Taks begäran om överprövning och dömde att upphandlingen skulle göras om, och tillämpade coopservice-domen på fallet. Mimer hade genom att inte specificera ett bindande övre tak på ramavtalet brutit mot de grundläggande principerna för upphandlingsregelverket. Vid bedömningen av om skaderekvisitet är uppfyllt skriver domstolen att eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet har anbudsgivaren lyckats visa att det har i vart fall riskerat att lida skada till följd av felet i upphandlingsdokumentens utformning.

Kammarrätten ändrade inte förvaltningsrättens dom och instämde i att bristen på övre takvolym som kan återopas innebär ett brott mot öppenhets- och likabehandlingsprinciperna. Kammarrätten skriver även att eftersom felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet är skaderekvisitet förhållandevis lågt ställt, och godtar i och med det AB Golv och Taks resonemang att de i brist på övre takvolym därför lade ett högre anbud för att ta höjd för att potentiellt behöva avsätta mer resurser.

Högsta förvaltningsdomstolen ändrar domen och dömer till skillnad från underinstanserna till Mimers fördel i stället för golv och tak. HFD instämmer med bedömningen att upphandlande myndighet behöver ange en bindande övre gräns för hur mycket ramavtalet kan omfatta. Därefter skriver HFD mer om skadeprövningen enligt 20 kap 6 § LOU. HFD börjar det resonemanget med att hänvisa till att det är anbudsgivaren som har bevisbördan gällande att påvisa skada som kan resultera i att domstolen ska ingripa. Anbudsgivaren måste på ett konkret sätt visa på vilket sätt en brist i upphandlingen medfört att leverantören kan komma att lida skada. Domstolen skriver:

*Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör t.ex. redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i 20 kap. 6 § på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt (se eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punkterna 55 och 56; jfr även Simonsen & Weel, punkt 89).<sup>69</sup>*

I skadebedömningen skriver domstolen att anbudsgivaren i detta fall har hamnat på en andra plats i upphandlingen, och att det i sig är en godtagen form av skada då de riskerar få färre avrop tilldelade till sig. Bolaget hade anfört att om det angetts en total kvantitet för ramavtalet hade de kunnat göra bättre uppskattningar av behovet av olika resurser, som skulle kunna resultera i en effektivare resursallokering och optimering, som i sin tur skulle lett till ett lägre anbud. Domstolen poängterar dock att det bolaget gjorde i stället för att exempelvis begära ett förtydligande att i sitt anbudspris ta höjd för de ungefärliga volymerna som angetts i upphandlingsdokumentet. Genom denna passivitet hade bolaget enligt domstolen inte begränsat sin skada på det sätt som krävs enligt upphandlingsregelverket.

HFD 2022 ref.4 II är i den juridiska aspekten lik den första delen, även om den i stället handlar om utskriftstjänster för en kommun och ett antal kommunala bolag. Tjänsten i detta fall berörde utskrifter, scanner, och kopiering, med inkluderad service och support. Även här fanns det i upphandlingsdokumenten uppgifter om historiska och uppskattade volymer, men ingen bindande övre gräns. Bolaget argumenterade att eftersom det inte fanns någon övre gräns kunde de inte på samma sätt lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

---

<sup>69</sup> HFD 2022 ref. 4 I. p. 25.

Bolaget hävdade även att det i framtiden kommer vara svårare för dem att delta i nästa upphandling då en övre gränsen inte existerar.

Förvaltningsrätten avslag i det här fallet överklagandet, och hänvisade till att de uppskattade volymerna är tillräckligt tydligt formulerade för att myndigheten i det här fallet inte har brutit mot LOU eftersom den anser att de uppskattade kvantiteterna var klart nog formulerade för att uppfylla kravet på tydlighet och transparens. Genom det kommer inte förvaltningsrätten in på skadebedömningen.

Kammarrätten gör inte samma bedömning, och konstaterar som i första fallet att coopservice- domen kräver att det anges ett bindande övre tak på vad för volymer som kan avropas från ramavtalet. I skadebedömningen enligt 20 kap. 6 § LOU betonar domstolen att det är anbudsgivaren som har bevisbördan gällande huruvida de har lidit skada av felet i upphandlingen. Vidare behöver anbudsgivaren i sin beskrivning av skadan vara konkret och tydlig. I detta fall ansåg kammarrätten att argumentationen om konkurrenskraften var allmänt hållen och inte konkret nog för att påvisa skadan.

Gällande bolagets andra invändning, att avsaknaden av ett övre tak skulle innebära svårigheter att delta på framtida upphandlingar gjorde kammarrätten en tolkning med vägledning av hur HFD tillämpat skaderekvisitet för talerätt i 20 kap. 4 § som förvisso är annorlunda. Den skadebedömningen inkluderar inte hypotetisk skada i eventuella framtida upphandlingar, och skaderekvisitet i 6 § borde därför inte heller det.

Högsta förvaltningsdomstolen skriver i domen av detta avgörande, så som de göra innan att öppenhetsprincipen kräver att när en myndighet anger ett övre tak för omfattningen när den upphandlar ett ramavtal. När domstolen går in på skadebedömningen poängterar domstolen att anbudsgivaren har bevisbördan och hur den eventuella skadan ska gälla anbudsgivarens chanser i den aktuella upphandlingen till skillnad från någon framtida. Återigen besvarar HFD argumentet med att anbudsgivaren hade kunnat lämna ett konkurrenskraftigare anbud med att de hade kunnat ställa frågor om vad den maximala omfattningen hade varit i stället för att lämna ett högre anbud på upphandlingen.

## 3.2 Coopservice

Regeln som myndigheten bröt mot i HFD 2022 ref. 4 var etablerad i EUD:s dom Coopservice.<sup>70</sup> Målet avsåg en upphandling av renhållningstjänster för ett italienskt vårdbolag, där det även ingick en utvidgningsklausul som innebar att 18 myndigheter kunde ansluta sig till för att senare göra avrop från ramavtalet. I detta ramavtal framgick det inte någon maximal volym som

---

<sup>70</sup> C-216/17 Coopservice.

skulle komma att anropas av de olika myndigheterna. Italienska konkurrensmyndigheten tillsammans med en av anbudsgivarna till en av de anslutande myndigheterna yrkade på att utvidgningsklausulen skulle ogiltigförklaras.<sup>71</sup>

EUD fastslår att det är tillåtet för en myndighet att agera på sina egna, och andra specificerade myndigheters vägnar när de upphandlar ramavtal.<sup>72</sup> Det finns dock, precis som när en myndighet agerar å sina egna vägnar, en plikt för dem att inte bara uppskatta volymen som ramavtalet kan omfatta, utan även specificera en gräns som avtalet inte kommer att överskrida.<sup>73</sup> Att den upphandlande myndigheten specificerar vad för maximal volym som kan komma att åberopas av ett ramavtal följer av transparens-, icke-diskriminering- och likabehandlingsprinciperna.<sup>74</sup> Domstolen resonerar i linje med att öppenhetsprincipen är central i frågan, eftersom myndigheten inte har någon plikt att rapportera varje avrop, och omfattningen av avtalet kommuniceras endast under upphandlingsprocessen.<sup>75</sup> Även om omfattningen av en myndighets uppskattade avrop är tillgänglig för inhemska leverantörer, kan det vara svårare för andra leverantörer att komma åt den informationen. Vikten av detta intresse ställer EUD även mot faktumet att det inte är särskilt betungande för myndigheten att ange denna information.<sup>76</sup> Att det ska anges ett bindande maximalt tak för ramavtalet är ett uttryck för förbudet mot att använda den på ett sätt som snedvrider konkurrensen.<sup>77</sup>

### 3.3 eVigilo

I EUD:s fall eVigilo är ett förhandsavgörande som berör en upphandling av ett varningssystem över mobiltelefoni för att informera allmänheten vid allvarliga händelser. I och med att det rör en tjänst som går över telefoni är det en tekniskt komplicerad utvärderingsmodell. En av frågorna som hänskjutande domstolen ställde var hur den nationella preklusionsfristen skulle förstås i relation till ytterligare information om utvärderingskriterierna som tillkommer först vid meddelande om tilldelningsbeslutet.<sup>78</sup> Utvärderingskravet i fråga var gällande hur de valde ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, där det innefattades att leverantören i anbudet skulle förklara hur deras tekniska lösning stämde överens med den existerande tekniska strukturen. eVigilo hävdade dock att det inte gick att förstå hur detta krav skulle förstås förän de hade fått en utförlig beskrivning av varför de inte valdes när de hade förlorat upphandlingen och fick del av tilldelningsbeslutet. Deras argumentation var att detta förfarande stred mot öppenhetsprincipen.<sup>79</sup>

---

<sup>71</sup> C-216/17 Coopservice.

<sup>72</sup> Ibid. p. 56.

<sup>73</sup> Ibid. p. 60-63.

<sup>74</sup> Ibid. p. 63.

<sup>75</sup> Ibid. p.65.

<sup>76</sup> Ibid. p. 67-68.

<sup>77</sup> Ibid. p.69.

<sup>78</sup> C-538/13 eVigilo p. 30.

<sup>79</sup> Ibid. p. 27.



EUD understryker att reglerna, som möjliggör för länderna att införa preklusionsfrister, finns där för att skydda anbudsgivarna från myndigheternas godtycke, och att det finns ett intresse för alla inblandade parter med ett så effektivt förfarande som möjligt där fel som kan avhjälpas i ett tidigt skede blir det. Det kräver dock att anbudsgivarna har en reell möjlighet att få eventuella fel prövade, och följaktligen att preklusionsfristen räknas från det datum där en anbudsgivare har fått, eller borde ha fått kännedom om felet.<sup>80</sup>

EUD förklarar med hänvisning till tidigare praxis att tilldelningskriterierna ska vara formulerade så att alla normalt informerade anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Vid bedömningen av hur otydligt felet har varit ska det beaktas att leverantörerna har kunnat lämna anbud och om de har ställt frågor för att begära förtydliganden. Om kriterierna varit obegripliga och leverantören inte kunnat förstå att så är fallet, och därför inte kunnat begära att få dem prövade inom den nationella preklusionsfristen, ska den börja räknas från det datum de fått tilldelningsbeslutet.<sup>81</sup>

### 3.4 Simonsen & Weel

Simonsen & Weel är ett rättsfall som på vissa sätt liknar coopservice eftersom det handlar om ramavtal och övre gränser. I detta fall handlar det om en region i Danmark som upphandlar ramavtal för viss sjukhusutrustning, där andra regioner kan ha rätt att delta i ramavtalet med en option. De första två frågorna handlar om hur man ska förstå maxtak i förhållande till optionsklausuler i ramavtal. Den sista frågan handlar om hur man ska tolka kravet på annonsering när annonserna och förfrågningsunderlaget inte har fullständig information, i detta fall saknades uppgifter om en övre gräns för ramavtalet.<sup>82</sup> Hänskjutande domstolen frågar i det här fallet om det ska ses som om upphandlingsdokumenten är giltiga överhuvudtaget, och om ett kontrakt som följer av de dokumenten ska ses som en otillåten direktupphandling och därför ska ogiltigförklaras.<sup>83</sup>

EUD besvarar den frågan med ett resonemang om syftet med bestämmelserna om ogiltigförklarande av avtal som ingåtts utan annonsering är att bekämpa otillåten direktupphandling, den värsta överträdelsen av upphandlingsregelverket. Domstolen förklarar att lagstiftaren syftat till att stävja de fall där inget meddelande alls har publicerats skadar konkurrensen till den graden att ett ogiltigförklarande av det avtalet åter kan återupprätta den. Den starkaste sanktionen ska dock begränsas till de allvarligaste fallen, och det skulle vara oproportionerligt att ogiltigförklara avtalet i det här fallet eftersom den upphandlande myndigheten har meddelat om upphandling och gjort förfrågningsunderlaget tillgängligt.<sup>84</sup> Som avslutande kommentar skriver EUD att felet i

---

<sup>80</sup> C-538/13 eVigilo p. 50-51.

<sup>81</sup> Ibid. p. 57.

<sup>82</sup> C-23/20 Simonsen & Weel p. 44.

<sup>83</sup> Ibid. p.43, 82-83.

<sup>84</sup> Ibid. p. 85-89.

det här fallet är ett som i vart fall är tillräckligt tydligt för en leverantör som är normalt informerad att upptäcka.<sup>85</sup>

### 3.5 Kammarrättspraxis

Som följd av HFD:s dom ovan har det kommit ett antal kammarrättsdomar som hänvisar till denna praxis för att på olika sätt förstå sig på hur stor plikt som finns för anbudsgivare att ställa frågor och anmärka på fel under upphandlingen. Nedan kommer några utvalda, kontrasterade exempel på hur påtalandeskyldigheten har tillämpats.

En dom från kammarrätten i Göteborg<sup>86</sup> berör en upphandling av tjänster för underhåll av köksutrustning i en kommuns verksamheter. Kommunen hade som krav för att bolaget ska kunna kvalificera sig ett visst krav på kompetensen hos utföraren av uppdraget som elinstallatör. Bolaget som begärde överprövning hävdade att kompetenskravet var oproportionerligt. Kammarrätten skriver att talan faller redan på omständigheten att de inte har ställt några frågor, vilket visar på att kammarrätten redan där anser att även ett oproportionerligt krav kan omfattas av påtalandeskyldigheten, även om de i denna dom skriver att kravet ska ses som proportionerligt. Däremot finns det i den domen en skiljaktig mening, som skriver att det kravet i förhållande till syftet är proportionerligt, och att praxisen från HFD inte inkluderar oproportionerliga krav.

Kammarrätten i Sundsvall<sup>87</sup> dömde att ett bolag som deltog i en upphandling inte behövde påtala fel i sista anbudsdag som hade felkommunicerats från myndigheten. Eftersom det är reglerat i lag hur lång anbudstiden behöver vara efter en ändring fann kammarrätten att omständigheterna skiljde sig tillräckligt tydligt från HFD 2022 ref. 4 för att inte tillämpa påtalandeskyldigheten i det fallet.

Kammarrätten i Göteborg<sup>88</sup> hade ett mål som handlar om en kommun som upphandlade tolk- och översättningstjänster. Kommunen hade, vid kvalificeringen av en av tjänsterna använt sig av referenser som samlar information om kvalitén av tjänsten, något som innebär en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav. Förvaltningsrätten kom fram till att det är ett fel i upphandlingen som är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet och dömde att upphandlingen ska göras om. Kammarrätten å andra sidan ändrade förvaltningsrättens dom med hänvisning till att påtalandeskyldigheten ej var uppfylld. Kammarrätten skriver att plikten för anbudsgivare att begränsa sin skada även innefattar att man ska uppmärksamma fel som kan leda till att upphandlingen behöver göras om, och att om man inte gör det

---

<sup>85</sup> C-23/20 Simonsen & Weel p.89.

<sup>86</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3616-22.

<sup>87</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 255-23.

<sup>88</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4852-22.

kan man förlora sin rätt att hävda att man lidit skada.<sup>89</sup> I och med felets natur, som inte är ett otydligt krav, utan otillåtna kvalificeringskrav anser uppenbarligen kammarrätten att påtalandeskyldigheten kan gälla utöver transparensprincipen.

Asplund anser att kammarrättspraxisen är spretig och motsägelsefull, och menar att kammarrätterna har tagit påtalandeskyldigheten väldigt långt. Han menar att den inte borde tillämpas generellt, vilket han anser att det finns tendenser till i underrätterna. Det har som följd, att leverantörerna måste vara aktiva under processens gång för att skydda sina intressen.<sup>90</sup> Skälet till att praxisen tas upp i denna uppsats är för att understryka varför det behövs en utredning av grunden för påtalandeskyldigheten i och med att de olika kammarrätterna går isär i sina tolkningar. Vidare är det värt att påminna att kammarrätterna inte är prejudicerande instanser, och de kommer därför inte vägleda den rättsliga analysen.

### 3.6 En preklusionsfrist?

Inledningsvis är det värt att notera svårigheten med att förstå hur långt påtalandeskyldigheten sträcker sig då det är en norm som appliceras på målets materiella prövning, men som handlar om processuella handlingar anbudsgivarna tar. I flera artiklar konstaterar man att påtalandeskyldigheten har ”preklusionsliknande drag”.<sup>91</sup> I och med att plikten inte på något sätt är lagstadgad finns det inte någon målsättning eller syfte som är formaliserat. Det är inte heller helt klart om det är en preklusionsfrist överhuvudtaget. Denna fråga komplicerar rättsläget eftersom det finns omfattande EU-praxis som berör just preklusionsfrister i de nationella rättsordningarna, som dels ställer krav på rättssäkerhet, dels uppmuntrar dem som en del i att effektivisera upphandlingsförfarandet. Nedan följer en diskussion huruvida påtalandeskyldigheten ska anses vara en preklusionsregel.

Enligt lagens förarbeten finns det två typer av preklusionsregler i den svenska rätten. Processuell preklusion är den typen av regel som är bestämd till processen i domstol, så som att nya omständigheter inte får åberopas efter en viss tid. Materiell preklusion handlar om att en rättighet inte kan göras gällande om den inte anmäls eller blir föremål för en talan i domstol inom en föreskriven tid.<sup>92</sup> Det går inte att felfritt passa in påtalandeskyldigheten i en av dessa två kategorier då den dels berör enskilda omständigheter utanför domstolsprocesser, och främst för att den inte utesluter att rättigheten som fortfarande får en formellt materiell prövning. Det finns ändå skäl att påtalandeskyldigheten ska förstås som en preklusionsregel.

---

<sup>89</sup> Kammarrätten i Göteborg dom i mål 4852-22.

<sup>90</sup> Asplund, A. *Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling*. 2023. Svenskt näringsliv.

<sup>91</sup> Asplund, A (2023). Ruud, E. *Aktivitetsplikt i upphandlingsprocessen*. 2023. Upphandlingsrättslig Tidskrift 3-4/2023 s. 93.

<sup>92</sup> Prop. 2021/22: 120. s. 38.

När lagstiftaren övervägde en modell som liknar denna, den ovan berörda ”mellanvägen”, diskuterade det som en möjlig modell av preklusionsfrist. Den skulle tjäna det syftet, med incitament för anbudsgivarna att agera, samt effektivisera förfarandet, vilket talar för att denna praxis, som är uppbyggd på samma sätt kan förstås på det sättet också.<sup>93</sup>

Påtalandeskyldigheten skulle kunna ses som en typ av materiell preklusion genom att rätten att hävda att det föreligger en viss typ av fel inte längre kan göras gällande om anbudsgivaren inte påtalar det under anbudstiden. Förvisso får anbudsgivaren en materiell prövning av sin fråga, då det görs en skadebedömning av domstolen, men det faktiska felet prövas inte. I och med påtalandeskyldighetens struktur, där en aktivitet från anbudsgivaren är en förutsättning för att kunna hävda att man har lidit skada av felet i upphandlingen, kan det frånta den materiella prövningen av den faktiska frågan. I det fall att ett förfrågningsunderlag har haft fel i sig som inte påtalats kan det innebära att den frågan inte prövas. Värt att tillägga är även att kammarrätterna ofta i sina bedömningar behandlar påtalandeskyldigheten som en de facto preklusionsregel<sup>94</sup>. Kammarrätterna är inte prejudikatinstanser, men de ger en bild av hur plikten kan tolkas. Aktivitetsplikten består inte i att en domstolstalan ska initieras, men den anmärkningen, eller frågan som behöver framföras till den upphandlande myndigheten kan ses som en formlös anmälan till myndigheten om att det föreligger fel.

Det finns praktiker som å andra sidan tolkar påtalandeskyldigheten som en materiell del i en ren skadebedömning, det vill säga som ett verktyg för att utvärdera anbudsgivares resonemang kring skadan de ha lidit. Detta eftersom skadan måste beskrivas konkret i linje med innan rådande praxis för en framgångsrik talan<sup>95</sup>. En anbudsgivare som hävdar till exempel att de har lidit skada på grund av att det har fattats uppgifter om ett övre tak kan som led i sin argumentation hävda att de hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud ifall de bara hade vetat vad den maximala omfattningen av kontraktet hade varit. En sådan argumentation kan således bemötas genom påtalandeskyldigheten eftersom anbudsgivarna hade lika gärna kunnat ställa en fråga i stället för att ta höjd för oklarheten i sitt anbud.<sup>96</sup> I sådana fall skulle inte påtalandeskyldigheten förstås som en generell plikt att påtala fel i andra fall än de där det finns oklarheter, men det skulle fortfarande vara en viss aktivitetsplikt.

Vidare lyfter Asplund att det i HFD:s dom finns ventiler för påtalandeskyldigheten då domen formulerar att den gäller för de leverantörer som anser att

---

<sup>93</sup> Se avsnitt 2.3.2

<sup>94</sup> För exempel se de kammarrättsdomar som redogjorts för ovan.

<sup>95</sup> HFD 2013 ref. 53.

<sup>96</sup> Se Olsson, E. *Ur askan i elden – om hur HFD 2022 ref 4 I och II bör och inte bör uppfattas*. Europarättslig tidskrift. s. 345.

förfrågningsunderlaget är otydligt eller ofullständigt. En ofullständighet är information som ska vara del av dokumentet, där en normalt uppmärksam och insatt anbudsgivare torde förstå att något fattas. Vidare antyder formuleringen att en otydlighet bara behöver påtalas om den faktiskt går att upptäcka.<sup>97</sup> Olsson och Ribbing anser att skyldigheten egentligen inte ska ses som ett krav för att anbudsgivarna alltid ska ställa frågor om fel, utan att den uppstår om det är så att felet och skadan enkelt kan undanröjas med en fråga.<sup>98</sup>

HFD hänvisar i sina domskäl, för att motivera att det finns en skyldighet att påtala fel, till eVigilo där EUD tolkar hur preklusionsregler ska förstås, vilket tyder på typen av norm som etableras. EUD förklarar även att domstolen ska beakta om leverantörerna har ställt frågor vid bedömningen av om ett krav har varit otydligt. HFD tolkar in den plikten även för avsaknaden av uppgifter. Den nationella preklusionsfristen börjar löpa från det att det otydliga kravet uppstod, och för att avgöra om preklusionsfristen har börjat löpa behöver man komma fram till att kravet var otydligt nog för att det skulle upptäckas av en normalt omsorgsfull anbudsgivare. Hade kravet varit tydligt nog för att en grupp rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat uppfatta det på samma sätt, börjar däremot inte preklusionsfristen att löpa vid dokumentets publicering. Om anbudsgivarna bara hade kunnat förstå den sanna innebörden av skrivningen först vid tilldelningen börjar fristen löpa då i stället.

Simonsen & Weel, som är det andra EUD-fallet som HFD hänvisar till berör å andra sidan inte preklusionsfrister, vilket talar för att det skulle kunna vara en annan typ av norm. I det rättsfallet framgår dock inte vad för typ av aktivitet som förväntas av en anbudsgivare vid fel, om det ens förväntas överhuvudtaget. EUD förklarar att felet som är för handen borde kunna upptäckas av en normalt informerad anbudsgivare, men värderar inte det i förhållande till någon form av aktivitet från anbudsgivarens sida. Det kan ses som en del i bedömningen av hur allvarligt felet är i relation till en proportionerlig sanktion eller en uppmaning till anbudsgivare att uppmärksamma myndigheten på att det saknas uppgifter i förfrågningsunderlaget. Detta rättsfall ger alltså inte stöd i en entydig riktning för hur HFD:s praxis kan förstås.

Sammantaget torde påtalandeskyldigheten förstås, inom ramen för den svenska och EU-rätten, som en säregen typ av preklusionsregel. Detta innebär som följd att för att förstå hur den kan tolkas inom ramen för EU-rätten att den behöver följa de normer som gäller för den typen av regler. Däremot, med den diskussionen gjord, bör det fortfarande understrykas att det är inte helt klart ifall påtalandeskyldigheten ska förstås på det sättet. De EU-rättsliga principerna gäller dock för hela den svenska rättsordningen, vilket även inne-

---

<sup>97</sup> Asplund, A (2023).

<sup>98</sup> Olsson, E. Ribbing, M. *Rättsområdesanalys i allmän förvaltningsrätt och offentlig upphandling för april 2022*, ROA 2022/04 2, JUNO.

fattar påtalandeskyldigheten i det fall den inte ska anses vara en preklusionsregel. Framöver i uppsatsen kommer därför påtalandeskyldigheten diskuteras, dels som en preklusionsregel, dels som något annat.

## 4 EU-rättslig praxis, doktrin och påtalandeskyldigheten

Som tidigare nämnt återfinns det inte någon uttrycklig eller lagstiftad påtalandeskyldighet i EU-rätten för upphandlingsprocesser. Frågan som behöver utredas i denna uppsats är inte bara hur det svenska prejudikatet om påtalandeskyldighet ska förstås, utan även om den praxisen anses falla innanför rammarna för EU-rätten och den svenska nationella processautonomin. Eftersom EU-rätten har företräde vägleder den i vad de yttre gränserna för plikten att påtala fel kan vara. Antingen inom ramen för en preklusionsfrist eller en mer generell rättsordning. I och med påtalandeskyldighetens utformning, att det är möjligt för en upphandling att inte dömas att göras om eller rättas trots att det finns fel i den innebär per definition att vissa regler inte kommer att tillämpas materiellt korrekt eller effektivt. Avvägningen som behöver göras i dessa fall är den mellan leverantörens rätt till effektiva rättsmedel gentemot intresset av att upphandlingsförfarandet ska gå så skyndsamt som möjligt. För en korrekt bedömning av vad som gäller i Sverige på detta område som har omfattande reglering i EU-krävs även en analys av det rättsområdet, som innefattar doktrin och praxis.

### 4.1 En aktivitet kan vara essentiell för talerätt

I detta avsnitt kommer reglerna kring vem som har talerätt diskuteras, dels för att talerätten ofta kan berövas genom preklusionsregler, dels eftersom den nära anknytning till rätten till en rättvis prövning. Då påtalandeskyldigheten som sådan inte återfinns i EU-rätten är det möjligt att se den som ett tillåtet led i att följa EU-rättslig praxis som berör aktivitetsplikter i förhållande till talerätten.

Det är inte tillåtet att beröva en anbudsgivare talerätten baserat på vad som i nationell rätt kan beskrivas som att ha förlorat sitt intresse eftersom man inte har deltagit i förlikningsförsök med den upphandlande myndigheten. Rättsmedelsdirektivets artikel 1(3) förklarar att alla anbudsgivare som har ett intresse av att delta i upphandlingen även ska ha tillgång till effektiva rättsmedel för prövning av upphandlingen. EU-domstolen har förklarat i en dom att en anbudsgivare som inte under processens gång har initierat någon form av förlikningsförsök av omtvistade krav eller upphandlingsdokument inte har förlorat sitt intresse av att vinna upphandlingen. En passiv anbudsgivare har således fortfarande talerätt.<sup>99</sup> EUD förklarade att talerätten ska tolkas extensivt<sup>100</sup> och att det strider mot kravet att EU-rätten effektivt ska tillämpas i den

---

<sup>99</sup> C-410/01 Fritsch p. 31–34. Se även Bovis, C, H. (2012) s. 204.

<sup>100</sup> C-410/01 Fritsch p. 27.

nationella rättsordningen att prövningsförfarandet villkoras på det sättet att en förlikningskommitté behöver bereda ärendet.<sup>101</sup>

I ett annat fall i EUD tolkar domstolen hur ett företags talerätt kan påverkas av passivitet från leverantörer. Då var det ett bolag som efter att de inte valt att delta i en upphandling, vid tilldelningsbeslutet valde att begära prövning av om huruvida kraven var diskriminerande. Företaget, Grossman argumenterade att de inte deltog eftersom kraven var anpassade på ett sådant sätt att de inte kunde delta. En av frågorna som EUD hade att besvara var då ifall en person som inte deltagit i upphandlingen och dessutom inte ansökt om prövning av de bestridda kraven förrän tilldelningsbeslutet kunde anses ha förlorat sitt intresse av att tilldelas avtal och därmed talerätten.<sup>102</sup> Domstolen ansåg att en ordning inom EU-rätten som tillät en anbudsgivare som inte deltar i upphandlingen att vänta med att föra talan mot vad den anser vara diskriminerande krav tills tilldelningsbeslutet skulle strida mot effektivitetskravet i direktivet.<sup>103</sup> Vidare tillförde EUD att den ordningen inte hindrar den effektiva tillämpningen av upphandlingsdirektiven, och att det utan objektiva skäl kan fördröja prövningen.<sup>104</sup>

Dessa två rättsfall berör egentligen tolkningen rekvisitet 'intresse av att få ingå ett avtal' som återfinns i direktiven<sup>105</sup>. Skälet till att de ändå är intressanta är att de belyser hur EUD ser på en aktivitetsplikt i förhållande till effektivitetskravet på förfarandet i upphandlingsmål. Genom dem är det tydligt att passivitet kan innebära en förlorad rätt till prövning. Vidare kan det vara av intresse för att fastställa vad för typ av aktivitetsplikt er som kan vara ett hinder för den effektiva tillämpningen av direktivet. HFD lyfter även att EU-praxisen som berör talerätten kan vara vägledande för hur prövningsramen ska förstås.<sup>106</sup>

Begreppet intresse av att ingå avtal är ett som kan innefattas i en direktivkonform tolkning av skaderekvisitet i vart fall för talerätten. Det innebär domstolen genom tolkningen av begreppet skada vid talerätt kan minska kretsen med taleberättigade då den även inkluderar intressebegreppet från rättsmedelsdirektivet. Arskand argumenterar att bedömningen av om leverantören har ett legitimt intresse lämpligare görs vid skadebedömningen som avgör om domstolen ska ingripa.<sup>107</sup>

Intressebedömning av vem som har rätt till en materiell prövning görs även i ledet av den svenska paragrafen för talerätt. HFD har dömt i liknande fall i

---

<sup>101</sup> C-410/01 Fritsch p. 30.

<sup>102</sup> C-230/02 Grossman p. 34.

<sup>103</sup> Ibid. p. 37.

<sup>104</sup> Ibid. p. 38–39. Se även Bovis, C, H (2012) s. 225.

<sup>105</sup> 89/665/EEG. Art. 1(3).

<sup>106</sup> HFD 2022 ref. 4 p. 22.

<sup>107</sup> Arskand, E. *Skada vid överprövning*. 2023. Upphandlingsrättslig tidskrift 1/2023 s. 27.



Sverige, där företaget som har begärt att få ett ramavtal överprövat trots att den inte har lämnat, eller avsett att lämna anbud på upphandlingen ansetts inte haft något intresse av att delta.<sup>108</sup> Här görs alltså en prövning av intresse även i den mer generöst formulerade paragrafen för talerätt, 20 kap 4 §. Det är i detta hänseende en svår skiljelinje mellan den fjärde och sjätte paragrafen eftersom båda baserar sig på samma artikel i direktivet. Så som lagen är formulerad är bedömningen för talerätt i den svenska rätten väsentligen exakt samma krav, med enda undantaget att det finns en subjektiv bedömning som gör att kravet för talerätt är lägre ställt än det för ingripande. Med det i beaktan innebär det att EU-praxis som vägleder tolkningen av rättsmedelsdirektivet är samtidigt vägledande i den svenska rätten för både talerätt och skadebedömning och ingripande, något som medför viss oklarhet i hur de paragraferna ska förstås gentemot varandra och i förhållande till EU-rätten.

För de potentiella leverantörerna som inte deltar i upphandlingen är det klart att deras talerätt inte är villkorlös, utan att det av effektivitetsskäl krävs att de inom upphandlingens gång behöver beakta sina intressen. Däremot finns detta krav inte gentemot de företag som faktiskt har avgett anbud till myndigheten. Vad som är värt att notera är att båda resonemangen sker i linje med vad som ska ses som en effektiv tillämpning av direktiven. I dessa fall är det den potentiella leverantören som har en rätt till effektiv tillämpning av direktivet.<sup>109</sup>

Att kräva att anbudsgivaren behöver genomgå förlikningsförfaranden gör det dock orimligt svårt för den anbudsgivaren att hävda sin rätt, men den principiella skillnaden mellan att påtala ett fel, och Grossman är att förlikningsförfarandet var en hel ytterligare process. Rimligtvis borde denna praxis därför skilja sig från HFD 2022 ref. 4 tillräckligt mycket för att inte vägleda den.

## 4.2 Effektiv tillämpning av rättsmedel och preklusionsfrister.

Som ett led i att införliva rättsmedelsdirektivet kan det vara önskvärt för medlemsstaterna att införa olika materiella och formella preklusionsregler. Det är ett tillåtet verktyg för att effektivisera förfarandena och göra dem skyndsamma i linje med rättsmedelsdirektivets krav. De ger incitament till leverantörerna att uppmärksamma myndigheten direkt om fel när de upptäcker dem.<sup>110</sup>

En generell plikt att begränsa sin skada för att framgångsrikt kunna få upphandlingsmål överprövade kan även innebära att det blir orimligt svårt eller omöjligt för leverantörer att få sina rättigheter prövade. En sådan ordning riskerar att bryta mot effektivitetsprincipen och följaktligen inte vara förenlig

---

<sup>108</sup> HFD 2017 ref. 62.

<sup>109</sup> Bovis, C, H (2012) s. 244.

<sup>110</sup> Se C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, p. 78.

med EU-rätten. Exempelvis om det finns ett fel i upphandlingen där leverantören tappar sin rätt för att inte i tid ha påtalat felet.<sup>111</sup>

Målet Lämmerzahl berörde tillämpningen av preklusionsfrist som innebar att talan som baserar sig på grundval av meddelandet av upphandling ska avvisas om den inkommer efter tiden för ett giltigt anbud.<sup>112</sup> Anbudsgivaren som inte vann upphandlingen begärde överprövning efter det att tilldelningsbeslutet meddelats dem, och invände mot typen av nationellt förfarande som myndigheten valde eftersom den hade inte tydligt visat att upphandlingen var under tröskelvärdena. Vidare invände de mot oegentligheter i det vinnande bolagets tester.<sup>113</sup> Den nationella domstolen avvisade deras talan med hänvisning till preklusion.<sup>114</sup>

EUD konstaterar att omfattningen av ett avtal ska finnas i meddelandet om upphandling, och att avsaknaden av en sådan omständighet är ett fel som ska kunna prövas av leverantörerna. Lämmerzahl hade vid upprepade gånger ställt frågor om den oklara omfattningen av upphandlingen, men den upphandlande myndigheten hade inte svarat på dem på ett klargörande sätt. EUD konstaterar återigen att preklusionsfrister är en accepterad del av rättsmedelsdirektiven syfte. Syftet med direktivet skulle undermineras om alla leverantörer vid alla tidpunkter kan åberopa nya omständigheter för sin talan. Det skulle kunna innebära att upphandlingen skulle behövas göras om när det har förlupit lång tid. Däremot ansåg domstolen att denna situation, där omfattningen av avtalet inte framgår och där myndigheten inte entydigt svarar på anbudsgivarens frågor gör det orimligt svårt för anbudsgivaren att få sin sak prövad.<sup>115</sup>

Avseende invändningen mot det vinnande anbudets tester av sin erbjudna produkt var även det en omständighet som anbudsgivaren inte hade tillgång till förrän anbudet faktiskt gjordes tillgängliga för den, vilket innebar att det i princip blir omöjligt för anbudsgivaren att få saken prövad, och således att den inte kan anses vara prekluderad.<sup>116</sup>

Detta fall fäster stor vikt vid vad anbudsgivaren har kunnat veta eller borde kunnat veta för att bestämma när en eventuell preklusionsfrist börjar. I Simonsen & Weel skriver EUD att avsaknaden av ett övre tak i upphandlingsdokumenten är ett fel som borde upptäckas av en normalt informerad anbudsgivare. Den anmärkningen var ett led i ett resonemang om att ogiltigförklaring av ett avtal som kommit till följd av upphandlingen hade varit en för

---

<sup>111</sup> Arksand, E. (2023).

<sup>112</sup> C-241/06 Lämmerzahl p. 9.

<sup>113</sup> Ibid. p. 21–22.

<sup>114</sup> Ibid. p. 23.

<sup>115</sup> Ibid. p. 54–57.

<sup>116</sup> Ibid. p. 59.

disruptiv och oproportionerlig sanktion till att vissa uppgifter fattades. I *Lämmerzahl* fäste domstolen viss vikt vid faktumet att den upphandlande myndigheten inte efter flertalet uppmaningar uppgett vad för omfattning upphandlingen hade. När anbudsgivaren beaktade sina intressen i ett tidigare stadiet och ställde frågor fann det ingen rimlig ursäkt för myndigheten att hävda att felet inte påtalats i tid eller att det var obetydligt.

De två rättsfallen i kombination med varandra ger uttryck till att det finns en betydelse av att ett tydligt fel kommenteras av anbudsgivarna. Det går således att läsa ut en slags omsorgsplikt för anbudsgivaren som kan ställa en nationell preklusionsregel ur spel, om den upphandlande myndigheten inte kan klargöra oklarheter eller ofullständigheter.

Omsorgsplikten i så fall kan tolkas på två sätt i hur de kan hjälpa förstå en påtalandeskyldighet i den svenska rätten. För det första kan prejudikaten vara en del i att sätta en sorts yttre gräns för vad en nationell preklusionsfrist får prekludera. Då är de tydliga riktlinjerna från EUD att den regeln inte på något sätt kan prekludera en talan på vad en normalt informerad anbudsgivare inte kunna upptäcka. En anbudsgivare som ställer frågor, men där domstolen inte bemöter dem på ett tillfredsställande sätt kan således innebära att en preklusionsfrist strider mot effektivitetskraven, då myndighetens agerande försvårar anbudsgivarens möjligheter att få sin sak prövad genom att inte ge ut beslut eller information som är av vikt för att bedöma om regelverket har brutits mot.

Det andra sättet är en legitimering av påtalandeskyldigheten, då domstolen i *Simonsen & Weel* uppenbarligen anser att ett tydligt fel, som anbudsgivaren borde ha upptäckt är av mindre betydelse. När domstolen har gjort sin prövning av frågan i ett större sammanhang, och kommit fram till att ingripande hade varit oproportionerligt, har man också inflikt att passiviteten hos anbudsgivaren, när felet är tydligt, är till dennes nackdel.

En förutsättning som skiljer dessa mål från de svenska målen är att de i de medlemsstaterna redan finns en lagstadgad preklusionsfrist, något som inte gör i Sverige. En central fråga är då om det finns en utläsbar omsorgsplikt från EUD som kan appliceras direkt i den svenska rätten, genom skaderekvisitet i 20 kap 6 § LOU. Den plikten, som är faktum i den svenska rättsordningen har helt självständigt tillkommit i praxis från HFD. Även om det finns en skillnad i den omständigheten gäller effektivitetskravet och likabehandlingsprincipen för hela den svenska rättsordningen, och följaktligen även praxis från HFD. Praxisen legitimerar användandet av preklusionsregler för att effektivisera upphandlingsförfarandet, samtidigt som den sätter gränser för vad för fel som får prekluderas då de inte får göra prövningen orimligt svår.

### 4.3 Preklusionsfristens klarhet

EUD har i ett mål där kommissionen fört tala mot Irland angående en upphandling av vägbygge kommit fram till att en preklusionsfrist inte kan vara i linje med direktivets målsättning om det är orimligt svårt för anbudsgivaren att hävda sin rätt, till genom att den är för oklar.<sup>117</sup> Domstolen förklarar att medlemsstaterna har en skyldighet att införa tidsfrister som uppfyller unionsrättens grundläggande krav på rättssäkerhet.<sup>118</sup>

Preklusionsbestämmelsen i Irland var formulerad: ”*En begäran om prövning av ett upphandlingsbeslut eller tilldelningen av ett offentligt kontrakt ska framställas så snart som möjligt och i vart fall inom tre månader från den tidpunkt då grunden för begäran om prövning först uppstod såvida inte domstolen finner att det finns goda skäl att utsträcka denna tidsfrist.*”<sup>119</sup>. Enligt praxis från den irländska Högsta domstolen omfattade preklusionsfristen även preliminära beslut. Detta kunde i sin tur innebära att om den upphandlande myndigheten fattar ett preliminärt beslut, exempelvis beslut om vilken anbudsgivare som är att föredra, kan den fristen vara utgången sen när myndigheten befäster sagda beslut. Detta gör att det beslutet blir omöjligt att överklaga för anbudsgivaren om den inte förstod att preklusionsfristen började löpa från det att det preliminära beslutet togs. En anbudsgivare behöver ha förstått att en preklusionsfrist har börjat löpa, för att den ska tillgodose den leverantörens rättsintresse.<sup>120</sup> EUD poängterar att det är inte ett krav att alla bestämmelser i ett direktiv måste införlivas genom en uttrycklig och specifik lagregel, utan en rättslig ram kan vara tillräcklig, men då krävs det av den att anbudsgivaren kan förstå och, vid de nationella domstolarna göra gällande, ett klart och precist regelverk.<sup>121</sup> Domstolen skrev:

*Order (...) uppfyller (...) inte dessa krav, eftersom denna bestämmelse ger de nationella domstolarna möjlighet att analogt även tillämpa den föreskrivna preklusionsfristen, som rör överklagande av beslut om tilldelning av offentliga kontrakt, på överklagande av preliminära beslut som en upphandlande myndighet fattar (...), trots att lagstiftaren inte uttryckligen har föreskrivit att så ska ske. Det uppkomna rättsläget är inte tillräckligt klart och precist för att det ska kunna uteslutas att berörda anbudssökande och anbudsgivare löper en risk att en nationell domstol fråntar dem deras sin rätt till prövning av beslut avseende offentlig upphandling på grund av domstolens egen tolkning av denna bestämmelse.*<sup>122</sup>

Det fanns emellertid ett till moment i bestämmelsen som EUD ansåg bröt mot EU:s krav på rättssäkerhet, nämligen formuleringen ”så snart som möjligt och

---

<sup>117</sup> C-456/08 kommissionen mot Irland.

<sup>118</sup> Ibid. p. 61.

<sup>119</sup> Ibid. p. 5.

<sup>120</sup> Ibid. p. 55–57.

<sup>121</sup> Ibid. p. 65.

<sup>122</sup> Ibid. p. 66.

i vart fall inom tre månader” då den ansåg att den var otydligt formulerad. Irland å sin sida argumenterade att ingen domstol dömt att en anbudsgivare av någon anledning haft mindre än tre månader i frist, men EUD menar att lagtextens faktiska genomslag inte behöver beaktas, att texten i sig är otillräcklig i sitt införlivande är tillräckligt för att bryta mot unionsrätten. EUD ansåg att lagtexten var så formulerad att det finns utrymme för domstolen att döma vissa grunder med en kortare preklusionsfrist än tre månader, skönsmässigt. Återigen betonar domstolen att preklusionsfristen behöver vara klar och tydlig, även om den är en del i att skapa ett regelverk som ger upphov till ett skyndsamt förfarande för alla parter.<sup>123</sup>

Det framgår från EUD i detta rättsfall att det finns särskilda krav på just klarhet och tydlighet i förhållande till specifikt preklusionsregler, särskilt eftersom de har en viktig funktion i förhållande till den effektiva införlivningen av rättsmedelsdirektivet såväl som rättssäkerhet. EUD har varit tydlig i att den inte tillåter ens utrymme för skönsmässiga bedömningar i den nationella rättsordningen, specifikt i det här fallet, i förhållande till hur långa preklusionsfristerna är, och närifrån de påbörjas.

Påtalandeskyldigheten är en rättslig ram, som i hur den är formulerad medför ett antal otydligheter i hur den ska förstås. Den centrala aspekten som medför oklarhet är vilken typ av otydlighet eller fel som kan tänkas initiera den. En rimlig tolkning är att fel som en anbudsgivare ej kan upptäcka inte torde omfattas, men även med en måttstock om vad för fel en normalt informerad anbudsgivare borde ha upptäckt är det ändå en otydlig omständighet i när påtalandeskyldigheten börjar räknas. Andra fel, som oproportionerliga krav är även de inte klara om de överhuvudtaget omfattas.<sup>124</sup> Det skulle kunna gå att likna det vid att preklusionstidens början är oklar. Vidare är själva tiden som den aktiviteten förväntas inte precis. Den kan förstås så att vid sista dag för att lämna in anbud är även sista dagen för att ställa en kompletterande fråga, men formuleringen ”redan under anbudstiden” som HFD har skrivit i domen kan innebära att det är kortare tid än så.

Ytterligare en oklarhet i hur HFD har formulerat påtalandeskyldigheten är att det inte ens framgår vad för aktivitet som erfordras av anbudsgivaren. HFD skriver i domen att anbudsgivaren kan ställa frågor och begära kompletteringar, men det är uppenbarligen inte en uttömmande lista i och med att domstolen skriver att det bara är exempel. Om där finns andra sätt att uppfylla denna plikt att begränsa skadan som kan uppkomma framgår inte från rättsfallet eller någon annan klaggörande praxis. Det framgår inte ens om det finns någon skillnad mellan om en anbudsgivare vid något särskilt tillfälle ska ställa en fråga eller begära en komplettering.

---

<sup>123</sup> C-456/08 kommissionen mot Irland p. 73–77.

<sup>124</sup> Se kammarrätternas domar ovan.

Den spretiga kammarrättspraxisen, så som Asplund har kallat den, understryker även det oklara elementet i hur påtalandeskyldigheten ska förstås. Den praxis som har bildats har väckt kritik och diskussion för hur den ska förstås från praktiker<sup>125</sup>. Även om den faktiska tillämpningen inte behöver beaktas, den oklara formuleringen räcker, är det till argument för att påtalandeskyldigheten potentiellt inte uppfyller rättssäkerhetsprincipen från EU.

#### 4.4 Rättsmedelsdirektivets direkta effekt – följer det av EU-rätten att anbudsgivarna har en omsorgsplikt?

Den EU-rättsliga företrädet innebär att när en nationell rättsregel strider mot en nu gällande EU-rättslig lag ska den inte tillämpas av de nationella domstolarna.<sup>126</sup> Påtalandeskyldigheten skulle, om den inte kan tolkas i linje med EU-rätten behöva sättas åt sidan genom Simmenthal-doktrinen.<sup>127</sup> Det är även en plikt för den nationella domstolen att i en enskild situation, där EU-rätten inte kan efterlevas genom de nationella preklusionsbestämmelserna att sätta den nationella bestämmelsen åt sidan och i stället tillämpa EU-rätten.<sup>128</sup> I Lämmerzahl konstaterar domstolen utöver det att rättsmedelsdirektivet första artikel har vertikal direkt effekt, det vill säga att den går att åberopa direkt gentemot myndigheter. Detta eftersom rätten till en skyndsam prövning är en tillräckligt klar och precis rättighet.<sup>129</sup>

Hettne argumenterade redan 2016 för att det fanns en omsorgsplikt och påtalandeskyldighet med grund i EU-rätten. Hans argument grundar sig till en början på att EUD har vid ett flertal tillfällen dömt att preklusionsfrister är en viktig komponent för förfarandet om det ska uppfylla syftet med rättsmedelsdirektiven, huvudsakligen att överprövningen ska vara ett effektivt förfarande.<sup>130</sup>

Som tidigare anmärkt har EUD gett uttryck för att det kan beaktas om det företag som begära överprövning också ser till att ställa frågor och påtala saknade fel under upphandlingens gång. I målet *Universale-Bau* förklarar EUD att rättsmedelsdirektivet inte innehåller några specificerade frister för att uppnå syftet med ett effektivt förfarande. De fristerna ska därför fastställas i varje medlemsstats egen rättsordning och givetvis inte dämpa den ändamåls-

---

<sup>125</sup> Lindberg, O. *Aktivitetssplikten är den nya svarta*. 2022-11-18. Inköpsrådet.se. [hämtat 2024-01-22].

<sup>126</sup> C-106/77 Simmenthal p. 24.

<sup>127</sup> Craig, De Burca. (2020) s. 327.

<sup>128</sup> C-327/00 Santex p. 63–66.

<sup>129</sup> C-241/06 Lämmerzahl p. 63.

<sup>130</sup> Hettne, J. *Aksamhet och omsorg i upphandlingsprocessen – om frånvaron av preklusionsregler i LOU*. 2016. Upphandlingsrättslig Tidskrift 3/2016 s. 201.

enliga verkan av direktivet. En skälig frist är även en del i att beakta rättssäkerheten i medlemsstaten, vilket innebär att en sådan regel är en tillämpning av artikel 1 i rättsmedelsdirektivet.<sup>131</sup>

Som ovan berört<sup>132</sup> har en aktivitet under upphandlingsförfarandet betydelse för hur preklusionsfrister i den nationella rättsordningen ska förstås. De får nämligen inte göra det orimligt svårt för den enskilda att åberopa sina rättigheter enligt unionsrätten. Att det därigenom finns en värdering av aktivitet inom EU-rätten blir alltså klart. Det som därefter behöver utredas är ifall det finns en direkt tillämplig sådan aktivitetsplikt att utläsa från EU-rätten vid frånvaron av preklusionsfrister och om den är aktuell för förståelsen av påtalandeskyldigheten.

Anbudsgivarna har en självständig omsorgsplikt i förhållande till hur de utformar sina egna anbud. I SAG ELV mfl. Berördes frågan om vilken plikt den upphandlande myndigheten har för att begära förtydliganden av anbuden i det fall att de inte stämmer överens med det som efterfrågas. EUD förklarade att anbudsgivaren i utformningen av sitt anbud har en plikt att säkerställa att det är tydligt i linje med sin omsorgsplikt. Vidare att myndigheten som upphandlar inte kan kontakta enskilda anbudsgivare och begära kompletteringar i och med att det skulle riskera bryta likabehandlingsprincipen.<sup>133</sup>

I eVigilo tar EUD även upp ett begrepp som kan förstås som ett uttryck för en omsorgsplikt: ”...*Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida anbudsgivaren faktiskt inte kunde förstå tilldelningskriterierna, eller om denne borde ha förstått dem med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen.*”<sup>134</sup> Begreppet som EUD använder här torde knappast förstås som en plikt för anbudsgivarna att förstå ett visst kriterium, utan snarare en måttstock enligt vilken det går att bedöma huruvida ett krav varit otydligt eller inte. EUD har även i andra fall bedömt att en preklusionsfrist får endast börja löpa från det att en leverantör fick reda på att felet existerade<sup>135</sup>.

Hettne argumenterade redan 2016 för att svenska domstolar kunde tolka in en allmän omsorgsplikt från EU-rätten till den svenska skaderekvisitet. Genom att argumentera för att anbudsgivaren inte visat tillräcklig omsorg kan man alltså hävda att den inte gjort vad som ankommer den genom kraven på ett skyndsamt förvarande. Hettne menar även att skadeståndsrättsliga principer

---

<sup>131</sup> C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, p. 71-79.

<sup>132</sup> Se resonemang om aktivitet i förhållande till lagstadgade preklusionsfrister.

<sup>133</sup> C-599/10 *SAG ELV m.fl.*

<sup>134</sup> C-538/13 *eVigilo* p. 55.

<sup>135</sup> C-538/13 *eVigilo* p. 52, C-406/08 *Uniplex (UK)*, p. 32. C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox m.fl.* p. 37.

kan vägleda skadebegreppet genom EUDs praxis eftersom artikeln som formulerar talerätt kräver skada eller risk för skada.<sup>136</sup>

Det finns dock stora skillnader mellan skadebegreppen i upphandling och skadeståndsrätt eftersom upphandlingsrättslig skada är ett abstrakt sådant, endast hänförligt till möjligheten för tilldelning av den aktuella upphandlingen.<sup>137</sup> EUD har även ställt upp att gällande ersättning för överträdelse av unionsrätten krävs en annan typ av kriterier, det vill säga att överträdelsen ska vara klar, det är en bestämmelse som ger den enskilda rättigheter och en kausalitet mellan överträdelsen och skadan.<sup>138</sup> En bedömning som saknas i överprövningsmålen.

EUD har konstaterat flera gånger att preklusionsfrister är en del av principen för den effektiva tillämpningen av ett skyndsamt förfarande, och på grund av det en del i uppfyllandet av rättssäkerhetsprincipen.<sup>139</sup> Ändå har lagstiftaren i Sverige bevisligen inte ansett att det finns en plikt för Sverige att införa en sådan regel. Något uttryckligt krav på att införa preklusionsfrister finns inte i direktivet eller någon annan stans utöver viss praxis i EUD där domstolen skriver ”*Direktiv 89/665 innehåller emellertid inga bestämmelser som särskilt hänför sig till fristerna för den prövning som avses införas genom direktivet. Dessa frister skall således fastställas i varje medlemsstats interna rättsordning*”<sup>140</sup>. Denna skrivelse i målet kan förstås som en plikt för medlemsstaterna att införa preklusionsfrister i sina nationella rättsordningar samtidigt som det bara kan vara ett uttryck för att medlemsstaterna kan införa preklusionsfrister. Formuleringen är oklar i det hänseendet.

Som tidigare berört är alla dessa rättsfall något oklara i hur de ska förstås i om de inför en allmän omsorgsplikt för anbudsgivare att påtala fel. Förvisso är det tydligt att EUD fäster ett värde vid en allmän omsorgsplikt för anbudsgivarna, men det är i medlemsstaterna som redan har en lagstadgad preklusionsfrist i sina upphandlingsförfaranden. För svensk rätts del kan det därför vara svårt att utläsa om denna praxis är ett uttryck för en allmän omsorgsplikt i praxis som kan införlivas genom en direktivkonform tolkning av skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU

Givet att det finns en omsorgsplikt inbegripet i rättsmedelsdirektivets första artikel som formulerats i praxis, krävs det att artikeln har direkt effekt om den ska tillämpas utan införlivning. EUD har som tidigare nämnt uttryckt att den har direkt effekt, då den är tillräckligt klar, tydlig och precis.<sup>141</sup> Direktivets direkta effekt är en som huvudsakligen berör den vertikala dimensionen. Det

---

<sup>136</sup> Hettne, J. (2016).

<sup>137</sup> Arksand, E. (2023)

<sup>138</sup> C-568/08 *Combinatie Spijker* p.86–87.

<sup>139</sup> Se ovan nämnda mål.

<sup>140</sup> C-470/99 *Universale-Bau m.fl.*, p. 71.

<sup>141</sup> C-241/06 *Lämmerzahl* p. 63.



vill säga att den kan bara uppstå i relationen mellan enskilda och medlemsstaterna som direktivet är riktat mot.<sup>142</sup> Offentlig upphandling är per definition ett som berör relationen mellan den privata sektorn och staten.

Däremot innebär direkt effekt en rätt för personer i unionen att åberopa rättigheter gentemot staten. En omsorgsplikt, så som den har diskuterats ovan i detta arbete skulle vara en betungande plikt för den enskilda. En direkt effekt kan inte skapa obligationer gentemot enskilda individer. Även om det kan hävdas att det finns ett kollektiv med andra anbudsgivare, som har en rättighet på sin sida till ett effektivt förfarande, kan inte direktiv innebära direkt effekt gentemot en annan individ.<sup>143</sup>

Det finns viss kritik riktad mot HFD att det är möjligt att domstolen gått utanför sin befogenhet som domstol för att etablera en ny skyldighet för enskilda leverantörer. Att de har gått utanför befogenheten att tolka lag som återfinns i regeringsformen.<sup>144</sup>

Det främsta sättet för en domstol att tillämpa en sådan omsorgsplikt som potentiellt existerar inom EU-rätten skulle vara genom att tolka en nationell bestämmelse som ger möjlighet till det, direktivkonformt.<sup>145</sup> Plikten för de nationella domstolarna att tillämpa rätten är förhållandevis extensiv, då det inte är samma krav på klarhet, precishet och ovillkorlighet.<sup>146</sup> Att tolka in en omsorgsplikt, ett slags villkor, som påtalandskyldigheten kan ses som, skulle kunna vara möjligt. EUD har till och med fäst en plikt hos de nationella domstolarna att de *ska* tillämpa det nationella regelverket direktivkonformt.<sup>147</sup> Rättsläget efter HFD 2022 ref. 4 innebär även att det finns ett prejudikat som det går att hänga upp en direktivkonform tolkning på vid tillämpningen.

## 4.5 Tillämpning

Rättsmedelsdirektivet förklarar inte hur de nationella domstolarna ska pröva upphandlingen i förhållande till olika typer av fel. I en materiell prövning av frågan har den nationella domstolen en egen bestämmanderätt i frågan om den ska ogiltigförklara tilldelningsbeslutet eller om det ska förklara att ett beslut har varit rättsvidrigt och därefter döma ut skadestånd.<sup>148</sup> EUD har dömt att ogiltigförklarande av avtal kan vara oproportionerligt givet att överträdelserna går att upptäcka.<sup>149</sup>

---

<sup>142</sup> Craig, De Burca. (2020) s. 237.

<sup>143</sup> C-152/84 Marshall p. 48. Se även Craig, De Burca. (2020) s. 238.

<sup>144</sup> Arksand, E. (2023). Se även Hettne, J (2016).

<sup>145</sup> C-14/83 Von Colson och Kaman p. 26–28.

<sup>146</sup> C-98/09 Sorge p.49–55.

<sup>147</sup> C-81/12 Asociatia Accept.

<sup>148</sup> Bovis, C, H (2012) s. 196.

<sup>149</sup> Se ovan Simonsen & Weel.

En fråga som höjs i detta arbete är om påtalandeskyldigheten ens kan tillämpas i den svenska rätten eftersom den riskerar strida mot EU:s praxis om effektiv tillämpning och rättssäkerhet. Oavsett hur en försöker klassificera påtalandeskyldigheten, får den inte göra det orimligt svårt eller omöjligt för anbudsgivare att få tillgång till ett effektivt prövningsförfarande. Oavsett om det rör sig om en tillämpning av rättsmedelsdirektivets bestämmelser om talerätt, preklusionsfrist eller en intolkad omsorgsplikt är EUD:s praxis tydlig: ingen nationell bestämmelse får inskränka på direktivets effektiva tillämpning i den nationella rättsordningen.

Om påtalandeskyldigheten ska förstås som en preklusionsfrist, en norm som i sig är tillåten är det en möjlighet att den inte bör tillämpas av svenska domstolar. Faktumen att normen är oklar i vad för typ av fel som omfattas, vad för omfattning den har i tid, samt kammarrätternas inkonsekventa praxis gör att den som processuell regel saknar den tydlighet som krävs i linje med principen om rättssäkerhet. En anbudsgivare som deltar i en upphandling behöver vara införstådd med när de behöver agera för att överhuvudtaget kunna hävda sin rätt som anbudsgivare.

En omsorgsplikt som kommer till uttryck genom rättsmedelsdirektivets skyndsamhetskrav är en regel som hypotetiskt sett hade kunnat tillämpas, men det finns inte entydig praxis på att en sådan plikt existerar självständigt. Där finns EU-praxis som förklarar att anbudsgivarna har en klar plikt att vid utformningen av sina anbud inte kan förlita sig på att upphandlande myndighet ska underrätta dem om alla typer av felaktigheter, de har en självständig omsorgsplikt vid utformningen av sina anbud. Däremot finns det lite stöd för att det skulle finnas en plikt för anbudsgivare att uppmärksamma upphandlande myndigheten på felaktigheter i något av upphandlingsdokumentet. EUD har troligen etablerat begreppet 'en rimligt informerad och normalt omsorgsfull' anbudsgivare som en slags måttstock för de nationella domstolarna att utgå från vid bedömningen av förfrågningsunderlagen. Därför finns det sammantaget lite stöd för en EU-rättslig norm som påtalandeskyldigheten kan basera sig på.

## 5 Diskussion

Det är en svårighet att jämföra elementen i EU-rätten och den svenska eftersom direktiven som EUD utgår från och LOU som HFD utgår från har annorlunda utformning då EUD inte tar ställning till skaderekvisitet på samma sätt.

Gentemot de olika principerna i upphandlingsrätten finns det föga vägledning i varken HFD:s dom eller i de EU rättsliga källorna som vägleder någon typ av fel som skulle omfattas av påtalandeskyldigheten. Där finns en avsaknad av resonemang kring preklusion och principerna utöver de generella EU-rättsliga om rättssäkerhet och effektiv tillämpning. Det finns en utgångspunkt i hur HFD 2022 ref. 4 är formulerad att den främst berör fel hänförliga till transparensprincipen. Coopservice formulerar att avsaknaden av övre gräns vid upphandling av ramavtal inte bara bryter mot transparensprincipen, utan även likabehandlings- och icke diskrimineringsprincipen. HFD har meddelat att detta är en sådan ofullständighet som behöver påtalas, något som talar för att HFD anser att påtalandeskyldigheten gäller fler typ av fel än de som är hänförliga till transparensprincipen. I förhållande till talerätten var det även i EUD-fallet en preklusionsfrist som förhindrade talan om diskriminering, en av de grundläggande principerna för hur den fria handeln inom EU fungerar.

Det finns en fundamental motsättning mellan skyndsamhet och alla andra materiella principer, inkluderat de primärrättsliga marknadsintressena som ligger till grund för all marknadsrätt. Det går enklast att sammanfatta: ska det gå snabbare, behöver man acceptera att det också går fel oftare. Således går det inte i praktiken att jämföra principerna likabehandling, icke diskriminering, öppenhet, proportionalitet med varandra, i någon form av ambition att undersöka vilka som skulle omfattas av en eventuell påtalandeskyldighet och inte. Alla utgör tillsammans en helhet som på ett plan kan inskränkas av preklusionsfrister i och med att de naturligt medför en möjlighet och risk för att domar i upphandlingsområdet blir materiellt felaktiga. Risken att en anbudsgivare kommer missa, även det tydligaste felet, kommer aldrig vara noll.

Det betyder inte att den här typen av normer är umbärliga, eller att den inte helt och hållet är i motsättning med de grundläggande principerna, eftersom det krävs också en effektivitet för att inte prövningen ska ta längre tid än vad som behövs. En långdragen process innebär att rättsväsendet inte funderar i realiteten, när processen gång på gång kan behöva göras om eftersom det ultimata förfrågningsunderlaget inte går att skapa. Inneboende i rättssystemet finns alltså en dualistisk spänning mellan EU-rätten och syftet av påtalandeskyldigheten.

Vad som närmast skulle vägleda förståelsen av en processuell bestämmelse som påtalandeskyldigheten skulle i så fall vara hur lätt felet går att upptäcka, snarare än hur alvarligt det är. Dolda fel kan i detta hänseende ses som den

värsta typen, eftersom de kan undergräva syftet och systematiken med lagstiftningen. Det kan även tilläggas att brott mot de kontrollmekanismer som finns på plats, så som avtalsspärren, leder som huvudregel till att kontraktet som kommer till följd förblir utan verkan.

I och med att kontrollen på detta sätt i viss mån gör leverantörerna till deltagare av upphandlingen, men även en sorts kontrollinstans, är öppenhetsprincipen av central betydelse för att systemet ska ha sin ändamålsenliga verkan. I de fall från EUD där en aktiv anbudsgivare har ställt frågor, men inte fått tillfredsställande svar har det inneburit att en preklusion inte kan göras gällande av myndigheten. Det förstärker den dimensionen av offentlig upphandling som kan liknas vid civilrätten, då den upphandlande myndigheten får lägga upp ett förfrågningsunderlag som 'accepteras' av anbudsgivarna, efter eventuella klargörande frågor, med ett anbud. Brist på antingen vilja eller förmåga hos myndigheten att klargöra alla omständigheter som är av intresse för anbudsgivarna innebär således att anbudsgivarna inte kan göra vad som ankommer dem i att skydda sina egna intressen.

Ytterst är det myndigheten som ska svara till fel och brister i upphandlingen den själv har skapat. Omsorgsplikten, som EUD hänvisar till i situationer där anbudsgivare ska bära ansvaret för bland annat sitt eget anbud, kan ändå ha en i vissa fall avgörande betydelse då felet som är för handen borde upptäckts.

Enligt EU:s rättssäkerhetsprincip behöver anbudsgivarna en reell möjlighet att beakta sin rätt, men en möjlighet är just bara det. Tidsgränsen innebär även att det inte ska gå att missbruka den på ett sätt som innebär att andra potentiella leverantörer behöver vänta obefogat länge. De intressen som tillgodoses är utöver de nämnda den enskilda leverantörens intresse, gentemot ett större kollektiv av leverantörer och det allmännas intresse av att upphandlingar faktiskt ska gå att genomföra inom en överskådlig tid. Den slutliga avvägningen för hur skyndsamt ett förfarande får vara är en bedömning av hur skäligen kravet kan vara, med ett tillägg om hur förutsebart systemet är. Med denna distinktion gjord finns där egentligen ingen principiell motsättning.

I det fall påtalandeskyldigheten inte klassas som en preklusionsregel i den bemärkelsen som diskuteras i Kommissionen mot Irland, utan i stället som en omsorgsplikt torde fortfarande den vägledas av vissa av de principer som ställs upp för preklusionsregler, så som att reglerna ska vara förutsägbara. Vidare torde det inte rimligtvis kunna krävas av en anbudsgivare att upptäcka och påtala sådant som en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare inte hade upptäckt. Det är den utgångspunkten den svenska domstolen vid en EU-konform tolkning av påtalandeskyldigheten borde kunna tillämpa. Om den överhuvudtaget kan det, med beaktan att normen kanske inte uppfyller kraven på rättssäkerhet och borde åsidosättas.

Det är svårt att utläsa varifrån HFD tolkar in påtalandeskyldigheten, i och med att den inte finns formaliserad i EU-rätten som den hänvisar till, samt att de fallen som beaktar anbudsgivarens passivitet gör det i förhållande till en redan existerande lag om preklusion. Nu finns den i vart fall, och förhoppningen är att rättsläget klarnar upp med tiden för fortsatt praxisutveckling, från EUD och HFD.

## 6 Slutsatser

Hur den svenska rättsuppfattningen ska förstås beror i stor mån på hur den passar in i den EU-rättsliga kontexten. Påtalandeskyldigheten som praxis betraktad kan förstås på olika sätt som medför att det finns mer eller mindre utrymme för den svenska rätten att ta plats i förhållande till tolkningsutrymmet i direktiven. En stor faktor är huruvida den skyldigheten ska förstås som en preklusionsregel eller utfyllande materiell regel. I och med effekten regeln har, de incitament den ger upphov till, hur lagstiftaren har skrivit i förarbeten om preklusionsfrister tillsammans med att HFD hänvisar till EU-rättslig praxis för när preklusionsfrister ska börja löpa väger tolkningen för att påtalandeskyldigheten är en preklusionsregel tyngst.

Med vägledning av EU-rätten går det att fastställa att den torde omfatta många typer av fel i upphandlingen, HFD har inte gett någon uttömmande lista av fel eller brister som är de som behöver påtalas, men preklusionsfrister generellt får omfatta fel som potentiellt bryter mot primärrättsliga principer. Däremot är det inte tillåtet att en sådan regel innebär att det är orimligt svårt för anbudsgivarna att hävda sin rätt genom att det omfattar fel som är orimligt svåra att upptäcka. Med andra ord är det hur tydligt felet är, inte typen som torde vara avgörande för om det borde påtalas av anbudsgivaren.

Påtalandeskyldigheten är dock inte formulerad tydligt nog för att uppfylla de kraven som EU-domstolen ställer på rättssäkerhet. I och med EU-rättens företräde framför svensk rätt kan det vara så att påtalandeskyldigheten enkelt nog inte kan tillämpas på grund av otydligheterna i normen. Om det är så att den skulle kunna tillämpas är det i vart fall inte en norm som självständigt härstammar från EU-rätten.

Det som är anmärkningsvärt med resultatet av denna analys är att den skiljer sig avsevärt i tolkning ifrån den kammarrättspraxis som existerar på området. Denna analys har ett fokus på EU-rätten, något som även det är en del av den svenska rätten. I och med den stora mängden yrkesverksamma som ser olika på denna plikt behövs det ytterligare rättspraxis för att reda ut denna fråga. För att få ett slutligt svar på hur påtalandeskyldigheten förhåller sig till EU-rätten lär det behövas ett förhandsavgörande från EUD på ämnet, men vägledande praxis från HFD kan även hjälpa reda ut vad påtalandeskyldigheten betyder. Om det skulle vara så att praxisutveckling klarnar upp regeln tillräckligt för att den ska uppfylla kraven på rättssäkerhet, kommer potentiellt förhållandet till EU-rätten ändras.

# Källförteckning

## Böcker:

Asplund, A m.fl. *Överprövning av upphandling*. 2012. Jure.

Bernitz, U. Kjellgren, A. *Europarättens grunder*. 7:e uppl. 2022. Norstedts juridik.

Bovis. C, H. *EU public procurement law*. 2:a uppl. 2012. Elgar European law.

Craig, P. de Búrca, G. *EU LAW*. 17:e uppl. 2020. Oxford university press.

Kleineman, J. *Rättsdogmatisk metod* i Nääv, M & Zamboni, M.(red.) Juridisk metodlära. 2018. Studentlitteratur.

Pedersen, K. Lindberg, O. *Upphandlingens grunder*. 6:e uppl. 2023. jure.

Reichel, J. *EU-rättslig metod* i Nääv, M & Zamboni, M.(red.) Juridisk metodlära. 2018. Studentlitteratur

Sundstrand, A. *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*. 2012. Jure. S. 38ff.

## Artiklar:

Arksand, E. *Skada vid överprövning*. 2023. Upphandlingsrättslig tidskrift 1/2023 s. 27.

Asplund, A. *Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling*. 2023. Svenskt näringsliv.

Ferdinandsson, Julia. *Det skadar inte att ställa frågor*. 2023. Examensarbete vid Lunds universitet.

Hettne, J. *Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen – om frånvaron av preklusionsregler i LOU*. 2016. Upphandlingsrättslig Tidskrift 3/2016 s. 201.

Lindberg, O. *Aktivitetsplikten är den nya svarta*. 2022-11-18. Inköpsrådet.se. [hämtat 2024-01-22].

Olsson, E. *Ur askan i elden – om hur HFD 2022 ref 4 I och II bör och inte bör uppfattas*. Europarättslig tidskrift. s. 345.

Olsson, E. Ribbing, M. *Rättsområdesanalys i allmän förvaltningsrätt och offentlig upphandling för april 2022*, ROA 2022/04 2, JUNO.

Ruud, E. *Aktivitetsplikt i upphandlingsprocessen*. 2023. Upphandlingsrättslig Tidsskrift 3-4/2023 s. 93.

#### Förarbeten:

Prop. 1992/93:88. *Om offentlig upphandling*.

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

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

SOU 2015:12. *Överprövning av upphandlingsmål mm*.

#### Rättsfall från HFD:

RÅ 2005 ref. 47.

HFD 2013 ref. 53

HFD 2016 ref. 37 II.

HFD 2017 ref. 62

HFD 2022 ref.4

HFD 2022 ref. 30.

HFD 2023 ref. 44



Rättsfall från EUD:

C-106/77 Simmenthal  
C-14/83 Von Colson och Kaman.  
C-152/84 Marshall  
C-470/99 Universale-Bau m.fl.  
C-327/00 Santex  
C-410/01 Fritsch  
C-230/02 Grossman  
C-268/06 Impact  
C-456/08 kommissionen mot Irland  
C-406/08 Uniplex (UK).  
C-568/08 Combinatie Spijker  
C-98/09 Sorge  
C-599/10 SAG ELV m.fl.  
C-81/12 Asociatia Accept.  
C-161/13 Idrodinamica Spurgo Velox m.fl.  
C-538/13 Vigilo  
C-216/17 Coopservice  
C-23/20 Simonsen & Weel

Kammarrätterna:

Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3616-22  
Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4852-22  
Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 324-23  
Kammarrätten i Sundsvall dom i mål 255-23

Övriga källor:

Von Essen, U. 2023. Lagkommentar till 8 § Förvaltningsprocesslagen. JUNO. Se även HFD 2023 ref. 44.