



Leverantörers aktivitetsplikt i en upphandlingsprocess

Ebba Ruud

Juridiska institutionen
Examensarbete 30 hp.
Ämnesinriktning: Offentlig rätt, offentlig upphandling
Höstterminen 2023
Grupphandledare: Andrea Sundstrand
Engelsk titel: Suppliers' Duty to Act in the Procurement Process

Abstract

The thesis examines the impact of the duty to raise objections on suppliers' opportunities to appeal a public procurement. The "duty to raise objections," also known as the "duty to act," requires a supplier to demonstrate that it has limited its damage to the extent possible to be eligible for a review application. The obligation is stipulated in Chapter 20, Section 6 of the Public Procurement Act (LOU) and is influenced by the notable cases HFD 2022 ref. 4 I and II. The starting point is that the duty to raise objections potentially poses an obstacle for suppliers in a review process, primarily due to the high demands placed on suppliers' procurement legal knowledge and the interpretational challenges surrounding the duty to raise objections. The analysis focuses on how this relates to the constitutional aspect of the right to have legal matters adjudicated in court.

The first chapter addresses what constitutes the right to effective legal remedies. This right is a fundamental legal principle within the European Union, and additionally, it is a statutory requirement in Article 47 of the EU Charter and Articles 6 and 13 of the ECHR. The right to effective judicial protection entails that parties should have their case examined by an impartial and independent court, and the proceedings should be fair. For the right to court protection to be effective, it requires, among other things, that the parties should be equal in the process, have access to the case documents, have clear and well-formulated legal grounds, and that the decision should be made within a reasonable time. If the court process does not meet these requirements, it limits the parties' right to effective legal remedies. While the right to effective legal remedies is not an absolute right according to Article 52.1 of the EU Charter, any limitation must undergo a proportionality assessment. This means that there must be a well-balanced relationship between individuals' rights and the public interest.

The second chapter of the thesis explores the practical and legal consequences of the duty to raise objections. To illustrate the practical consequences of the cases HFD 2022 ref. 4 I & II, the thesis examines lower court practices that emerged after the cases. These practices clearly indicate that Swedish courts struggle to interpret the meaning of the duty to raise objections and its extent. The consequence is that the court process for a supplier applying for a review becomes unpredictable, making it difficult for suppliers to assert their rights in court. The legal consequences of the cases are discussed against the backdrop of a similar case from the EU Court of Justice. In that case, the EU Court of Justice concluded that national provisions imposing a condition for applicants in a review procedure constitute a limitation on applicants' right to effective legal remedies. To limit this right, a proportionality assessment must be conducted by

the court. Comparing the EU Court of Justice's case with the cases HFD 2022 ref. 4 I & II, there is support for the argument that the duty to raise objections constitutes a limitation on the right to effective legal remedies since suppliers are assumed to have raised objections during the procurement process to be considered to have suffered or potentially suffered damage.

The concluding chapter discusses suppliers' challenges in a review process, aiming to provide a broader understanding of the review procedure that can result in a more nuanced conclusion. The review procedure differs from other administrative law procedures as it resembles a negotiation, like civil proceedings. The court has a reduced investigative responsibility, and the parties control much of the process. Absolute confidentiality applies throughout the procurement process, meaning the contracting authority has an information advantage over the supplier in a potential review process. Moreover, preclusion periods have recently been introduced in the review procedure. This means that suppliers must submit all evidence within three weeks after filing a review application with the administrative court. All these procedural rules become particularly burdensome for a supplier in connection with the duty to raise objections. It has also resulted in the review process becoming a challenging procedure for suppliers to navigate. This supports the argument that the duty to raise objections constitutes a limitation on suppliers' right to effective legal remedies.

The thesis concludes by affirming that the duty to raise objections constitutes a limitation on suppliers' right to effective legal remedies and that the limitation is not proportionate given that LOU is protective legislation for suppliers.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)
FEU	Fördraget om europeiska unionen
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen, Högsta förvaltningsdomstolens årsbok
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
OSL	Offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens årsbok

Innehåll

Abstract.....	3
Förkortningar.....	5
1 Inledning	9
1.1 Ämnet	9
1.2 Syfte och frågeställning.....	10
1.3 Metod och material.....	10
1.4 Disposition	14
1.5 Avgränsning	14
2 Kort juridisk bakgrund	15
2.1 Behov och syfte med lagändring.....	15
2.2 Tidigare tillämpning av skaderekvisitet och överprövning	16
2.3 Aktivitetsplikt innan domen HFD 2022 ref. 4 I & II?.....	18
3 EU-rätten och rätten till effektiva rättsmedel	21
3.1 EU-rättens inverkan på svensk förvaltning.....	21
3.2 Överprövning enligt rättsmedelsdirektiven.....	22
3.3 Processuell autonomi.....	24
3.4 Domstolsskyddets ursprung och betydelse	25
3.4.1 Rättsstatsprincipen	25
3.4.2 Rätten till domstolsprövning.....	26
3.4.3 Effektiva rättsmedel.....	28
3.5 Begränsningar	30
3.5.1 Proportionalitetsprincipen	30
3.5.2 Processuella begränsningar	31
3.5.3 Faktiska begränsningar.....	32
4 Praktiska och rättsliga konsekvenser av aktivitetsplikten.....	34
4.1 Aktivitetspliktens bakgrund	34
4.2 Underrättspraxis efter HFD 2022 ref. 4 I & II.....	36
4.2.1 Vilka typer av brister kräver inte aktivitet?	36
4.2.2 Vilka brister omfattas?	37
4.2.3 I vilken utsträckning behöver leverantörer ställa frågor?.....	38
4.2.4 Vilka tidsaspekter gäller för aktivitetsplikten?.....	39
4.3 Kravet på effektiva rättsmedel vid begränsningar.....	40
4.3.1 EU-domstolens tolkning av kravet på effektiva rättsmedel.....	40
4.3.2 Aktivitetsplikten – en begränsning av rätten till effektiva rättsmedel?.....	42
4.4 Proportionalitetsbedömning av HFD 2022 ref. 4 I & II.....	44
4.5 Sammanfattande slutsatser	46
5 Leverantörers utmaningar i en överprövning.....	48
5.1 Särdrag för överprövningsprocessen	48
5.2 Materiell riktighet kontra skyndsamhet	49
5.3 Absolut sekretess	51
5.4 Preklusionsregler.....	52
5.4.1 Mellanvägen	54

5.4.2	Är aktivitetsplikten en preklusionsfrist?	54
5.5	Sammanfattande slutsatser	57
6	Avslutande kommentar.....	59
	Källförteckning	61

1 Inledning

1.1 Ämnet

“Påtalandeskyldigheten”, även kallad “aktivitetsplikten” innebär att en leverantör måste visa att den har begränsat sin skada i den mån det är möjligt för att kunna vinna framgång med en ansökan om överprövning. Skyldigheten följer av 20 kap. 6 § LOU och den uppmärksammade domen HFD 2022 ref. 4 I och II. HFD:s dom har hänvisats till i cirka 243 förvaltningsrättsliga avgöranden under ett år efter att domen meddelades, vilket innebär att aktivitetsplikten har haft en betydande effekt på överprövningsprocessen.¹

Underrättspraxisen som har utvecklats efter domen tydliggör att prejudikatet har skapat förvirring bland anbudsgivarna. Förvirringen har främst uppstått på grund av de varierande tolkningarna som underrätterna gör vad gäller skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU. Komplexiteten ökar ytterligare på grund av de nyligen införda preklusionsreglerna enligt 20 kap. 5 b-c § LOU, vilket har skapat en alltmer utmanande situation för leverantörer som avser att överklaga ett upphandlingsrättsligt beslut.

Den tolkning domstolen har gjort i domen HFD 2022 ref. I & II medför en potentiell risk för konflikt med rätten att få sin sak prövad i domstol. Rättigheten återspeglas i flera olika sammanhang, både som lagstadgade krav och som en grundläggande rättsprincip. Den sammanfattande innebörden av principen är att nationella rättssystem måste tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd för att säkerställa genomdrivandet av rättigheter och skyldigheter som följer av unionsrätten.²

Effektivitetsprincipen har fastställts av EU-domstolen i syfte att säkerställa att nationella regler inte ska riskera att inkräkta på EU-rätten.³ Principen innebär att nationella bestämmelser inte får göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten och utgör den yttersta gränsen för medlemsstaternas processuella autonomi.⁴ Rättsläget efter domen HFD 2022 ref. 4 I & II betonar vikten av att medlemsstaterna balanserar mellan intresset av

¹ Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. 4 I och II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 345.

² Engström, Johanna, Unionsrättens tillämpning i svenska domstolar- en analys av mål rörande artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna och mål rörande den allmänna unionsrättsliga principen om rätten till effektivt rättsskydd, ERT 2022 s. 1.

³ EU-domstolens dom av den 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz och Rewe-Zentral, C-33/76, EU:C:1976:188, punkt 5, se även Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling- primärrettens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), Jure Förlag AB, Stockholm, 2012, s. 52.

⁴ Prop. 2021/22:120, s. 22.

effektivitet och rättssäkerhet. Det väcker även frågor om syftet med upphandlingslagstiftningen och rättsmedelsdirektivet.

Det är därför viktigt att granska HFD:s dom för att belysa huruvida den svenska upphandlingsprocessen uppnår unionsrättens rättssäkerhetskrav.

1.2 Syfte och frågeställning

I uppsatsen undersöks påtalandeskyldighetens påverkan på leverantörers möjligheter att överpröva en offentlig upphandling. Det finns en risk att påtalandeskyldigheten potentiellt utgör ett hinder för leverantörer i en överprövningsprocess, bland annat till följd av de höga krav som ställs på leverantörers upphandlingsrättsliga kunskaper och utmaningarna avseende tolkningen av påtalandeskyldighetens innebörd. Analysen fokuserar på hur detta förhåller sig till rätten till domstolsskydd och effektiva rättsmedel.

Den övergripande frågeställningen som besvaras är:

- Begränsar påtalandeskyldigheten i en offentlig upphandling leverantörers tillgång till effektiva rättsmedel i överprövningsprocessen?

För att besvara frågeställningen kommer följande delfrågor besvaras i separata kapitel:

- Vad innebär rätten till effektiva rättsmedel?
- Vilka praktiska och juridiska konsekvenser har påtalandeskyldigheten för en leverantör som ansöker om överprövning?
- Vilka utmaningar står leverantörer inför vid en överprövning av en offentlig upphandling?

1.3 Metod och material

I uppsatsen besvaras en rättsvetenskaplig frågeställning med tillämpning av rättsdogmatisk metod. Även om äldre filosofiska skolor har ifrågasatt metodens vetenskaplighet, särskilt när det gäller analys av normsystem grundade på värderingar, så följer rättsvetenskapen i stort sett samma metod som andra samhällsvetenskaper.⁵

Inom rättsvetenskapen utgör empirin vanligtvis juridiska dokument och material. Uppgiften är att noggrant analysera varje del av materialet, vilket resulterar i en detaljerad analys som i sig har ett betydande värde. Dessutom fungerar analysen som ett steg mot att formulera en allmän slutsats. Sammantaget leder de olika detaljanalyserna till en mer övergripande slutsats, vilket

⁵ Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 21–22.

kännetecknar författarens självständighet genom att frigöra sig från materialet.⁶ Konkret handlar det om att söka rätt svar på frågeställningen med hjälp av accepterade rättskällor såsom lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och den rättsdogmatiskt orienterade litteraturen. Metodens syfte är att rekonstruera lösningen på ett rättsligt problem genom att tillämpa en rättsregel.⁷

Frågeställningen i uppsatsen rör den svenska tillämpningen av skaderekvisitet vid överprövning av en offentlig upphandling i enlighet med den unionsrättsliga principen om rätten till effektiva rättsmedel. För att besvara frågan behöver tillämpningen och betydelsen av 20 kap. 6 § LOU utforskas ur ett svenskt perspektiv. Lagtexten och praxis utgör här vägledande källor, då de har auktoritet inom rättskällevärdet.⁸

”Påtalandeskyldigheten” härleds från praxis och är alltså inte en skyldighet som direkt framgår av lagtexten. Rättsgrundsatsen och lagtolkning som antagits av HFD har prejudikatverkan. En rättsgrundsats kan i bland komma till uttryck konstruerad som en lagregel med olika rekvisit. Det är då en prejudikatregel, inte en lagregel. En rättsgrundsats kan även precisera rekvisiten i en lagregel vilket resulterar i ett uttryck för hur lagregeln ska tolkas.⁹ I domen HFD 2022 ref. 4 I & II ger rättsgrundsatsen uttryck för hur skadebedömningen i 20 kap. 6 § LOU ska tolkas. Finns det enbart ett prejudikat som till synes ger ett entydigt svar kan det dock inte med säkerhet avgöras huruvida det rör sig om en enda rättsfråga som getts ett generellt svar. Även i sådana fall måste det göras differentieringar och skiljas mellan olika frågor med hänsyn till att de faktiska situationerna kan variera. Tolkningen här blir således beroende av domskrivningen.¹⁰ Domen HFD 2022 ref. 4 I & II kommer därför inte behandlas som att det finns ett tydligt svar på hur aktivitetsplikten ska tillämpas i praktiken.

Även om aktivitetsplikten inte är formellt reglerad inom upphandlingsrätten, kan vägledning om dess tillämpning hämtas från andra lagstadgade bestämmelser. För att erhålla klarhet avseende en lagregels innebörd och dess tillämplighet kan svar ofta sökas i lagens förarbeten. Till skillnad från författningstext utgör förarbeten inte bindande normer och måste således inte följas. Den svenska rättstraditionen präglas av en stark lojalitet med lagstiftaren. Anledningen till att det blir lagt stor vikt vid förarbeten är en strävan att tillämpa lagen efter dess ändamål och syften och i viss utsträckning att ge förutsebarhet åt rättstillämparen.¹¹ Kritiker mot förarbeten som rättskälla vänder sig mot att enskilda personer som deltar i utredningsarbetet får mycket makt och att de har

⁶ Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 5 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2021, s. 45.

⁷ Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 21.

⁸ Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 33.

⁹ Heuman, Lars, Rättspraxis. I Bernitz m.fl. (red.), Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder, 16 u., Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2023, s. 167.

¹⁰ Heuman, Lars, Rättspraxis. I Bernitz m.fl. (red.), Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder, 16 u., Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2023, s. 167-168.

¹¹ Bernitz, Ulf, Introduktion. I Bernitz m.fl. (red.), Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder, 16 u., Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2023, s. 25.

mandat från regeringen och inte riksdagen. Frågan om förarbeten eller praxis ska ha en högre hierarkisk ställning är omdiskuterad i doktrin och det finns inget självklart svar.¹² I uppsatsen kommer rättspraxis användas som en rättskälla som har en högre hierarkisk ställning än förarbeten. Detta beror på att praxis från EU-domstolen har en framträdande position inom unionsrätten. Dessutom har EU-domstolen uttalat att svenska förarbeten inte ska tillämpas om de strider mot ett unionsrättsligt direktivs syfte och ordalydelse.¹³

Offentlig upphandling är ett rättsområde som inte kan undersökas isolerat till svensk rätt eftersom det har en EU-rättslig grund. EU-domstolen har slagit fast att EU-rätten kan ha direkt effekt och att den i händelse av konflikt har företräde framför nationella regler.¹⁴ Eftersom uppsatsens syfte går ut på att undersöka en processuell bestämmelse är det dock viktigt att beakta att EU-rättens företräde begränsas av medlemsstaternas processuella autonomi.¹⁵ EU-rättslig metod tillämpas därför snarare som ett tillvägagångssätt för att hantera EU-rättsliga källor än som en genomgående metod i uppsatsen.

Förhållningssättet till grundläggande rättsprinciper utgör en viktig skillnad mellan den rättsdogmatisk metoden och EU-rättslig metod. Principernas funktion är att förklara reglerna och ge vägledning för hur dessa ska tolkas. För en korrekt tillämpning av EU-rätten i Sverige är det av största vikt att tillämparen hanterar de tolkningsproblem som uppstår eftersom EU-rätten i stor utsträckning består av rättspraxis och oskrivna rättsprinciper.¹⁶ Unionsrätten sätter följaktligen ramen för tolkningen. Det är först när ramen är satt att en kritisk granskning av dess slutsatser kan påbörjas. Därför ökar betydelsen av övriga rättskällor vilket innebär att EU-stadgan, upphandlingsdirektiven och EU-domstolens praxis också kommer analyseras.

Rätten till effektiva rättsmedel utgör både en unionsrättslig stadgad regel och en grundläggande rättsprincip. Vad som utmärker rättsprinciper från stadgade regler är att principerna består oftast av grundläggande värden. Principernas innebörd kan vara vaga och har inte heller någon automatisk rättsföljd. För att rättsprinciperna som rättspolitiska mål ska få betydelse i praktiken är det viktigt att de konkretiseras.¹⁷

EU-stadgan utgör en del av unionens primärrätt och har högsta rang i normhierarkin. Innehållet i EU-stadgan utgörs av preciserade rättigheter som tolkas av EU-domstolen, som fungerar som den yttersta uttolkaren av EU-rätten. EU-domstolens tolkningar av unionsrätten fungerar som prejudikat när

¹² Carlsson, Mia, *Förfaranden*. I Bernitz m.fl. (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 16 u., Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2023, s 127.

¹³ EU-domstolens dom av den 29 april 2004, *Björnekulla*, C-371/02, EU:C:2004:275, punkt 13.

¹⁴ EU-domstolens dom av den 5 februari 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1 & EU-domstolens dom av den 15 juli 1964, *Costa mot ENEL*, C-6/64, EU:C:1964:66.

¹⁵ Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 112.

¹⁶ Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel*. *Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2008, s. 19.

¹⁷ Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel*. *Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2008, s. 25.

nationella domstolar i EU-länderna tolkar unionsrätten.¹⁸ Domarna utgör ofta länkar i en kedja av rättsfall som gradvis vidareutvecklar rättsläget.¹⁹ Hänvisningarna till EU-domstolen i fotnoterna utgör därför oftast exempel och ger inte en fullständig lista över mål som illustrerar specifika rättsprinciper eller rättsutveckling. För att få en närmare förståelse av rättigheternas innebörd kommer EU-domstolens praxis tillämpas som stöd. Domstolen använder sig av flera metoder för tolkning av EU-rättsakter men förknippas främst med tillämpningen av den teleologiska, ändamålstolkningen.²⁰ Tolkningsmetoden kommer i sin tur färga av sig på de slutsatser som dras i uppsatsen.

Att rättsområdet regleras av EU-direktiv innebär att unionsrättslig lagstiftning måste genomföras i svensk lag. Vid eventuell normkonflikt bör nationella rättsregler tolkas direktivskonformt, eftersom unionsrätten är överordnad de nationella bestämmelserna.²¹ För nationella domstolar innebär det en skyldighet att göra allt som ligger inom deras behörighet för att säkerställa att det aktuella direktivet ges full verkan och för att uppnå ett resultat som är förenligt med direktivets syfte.²² En korrekt uppfattning av en bestämmelse i LOU bör således i sista hand styras av rättskällor och tolkningsunderlag som har auktorativ ställning inom EU-rätten.

Avslutningsvis ska det materialval som gjorts i uppsatsen uppmärksammas. Mot bakgrund av att det inte finns fler prejudikat avseende aktivitetsplikten än vad som meddelades i domen HFD 2022 ref. 4 I & II kommer en mängd underrättspraxis behandlas. Underrättspraxis kommer inte tillämpas som vägledande i frågan om aktivitetspliktens innebörd, utan snarare som ett praktiskt exempel på hur underrätter har tillämpat aktivitetsplikten i överprövningar.

Då svensk doktrin har varit frånvarande inom ett område har teorier från utländska forskare blivit tillämpade. Det gäller särskilt den mer omfattande principen om effektiva rättsmedel och EU-stadgans artikel 47. Eftersom både bestämmelsen och principen ska tolkas och tillämpas enhetligt inom unionen, finns det ingen påtaglig risk att tolkningen och slutsatserna från denna typ av litteratur skulle skilja sig från hur principen behandlas i svensk rätt.

Trots att skälen i unionsrättsliga direktiv ej utgör en bindande rättskälla kommer dessa till viss del användas som stöd för att förklara intentionerna bakom rättsmedelsdirektivet.²³

¹⁸ Bernitz, Ulf, Bernitz, Hedvig, Europarätten. I Bernitz m.fl. (red.), Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder, 16 u., Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2023, s. 73.

¹⁹ Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmiddel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2008, s. 316.

²⁰ Reichel, Jane, EU-rättslig metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 122.

²¹ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 100 ff.

²² Reichel, Jane, EU-rättslig metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 125.

²³ Paju, Jaan, Kritiskt tänkande inom europarätten, Ragulka förlag, Visby, 2018, s. 68.

1.4 Disposition

Inledningsvis ges en kort juridisk kontext för ämnet. Avsnittet inkluderar en beskrivning av den rättsliga situationen före införandet av aktivitetsplikten i svensk rättspraxis. Dessutom beskrivs preklusionsfristen övergripande och aktivitetsplikten presenteras för att förse läsaren med en djupare förståelse för den nuvarande rättsliga kontexten.

Vidare fungerar den första delfrågan som ett stöd för läsaren inom detta specifika område och behandlar rätten till effektiva rättsmedel. Här blir det naturligt att behandla syftet med rättsmedelsdirektivet och upphandlingsdirektivet. I avsnittet diskuteras också medlemsstaternas processuella autonomi, då det utgör den övergripande ramen för vad medlemsstaterna har befogenhet att reglera inom sin processuella lagstiftning. Slutligen adresseras begränsningar av rättigheten för att ge en översikt av möjliga undantag som kan göras från rätten till effektiva rättsmedel.

Den nästa delfrågan syftar till att utreda innebörden av påtalandeskyldigheten och analysera de juridiska samt praktiska följderna som uppkommer av denna skyldighet. Avsnittet följer en naturlig ordning efter föregående avsnitt, där det första avsnittet fungerar som grund för att argumentera om de juridiska konsekvenserna av skyldigheten. Underrättspraxis kommer att utgöra stöd för de slutsatser som dras gällande de praktiska konsekvenserna av påtalandeskyldigheten.

Slutligen behandlas möjligheterna att överpröva en upphandling i Sverige i ett eget avsnitt. Inledningsvis presenteras överprövningsprocessens särdrag. Därefter analyseras preklusionsfristen i samband med aktivitetsplikten för att dra en slutsats angående möjligheterna att framgångsrikt driva en överprövningsprocess.

1.5 Avgränsning

Uppsatsens omfattning är avgränsad till att endast omfatta LOU. Andra lagar som reglerar upphandling, såsom LUK, LUF och LUF5, kommer inte att behandlas i uppsatsen. Avgränsningen grundar sig på att bestämmelsen i 20 kap. 6 § LOU är identisk i LUF¹ och återfinns även i 16 kap. 6 § LUK och LUF5.

2 Kort juridisk bakgrund

2.1 Behov och syfte med lagändring

Bestämmelser om upphandling inom den klassiska sektorn finns i LOU som genomför LOU-direktivet. Enligt 1 kap. 2 § LOU tillämpas LOU vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader. Med den klassiska sektorn förstås offentliga upphandlingar som görs av statliga och kommunala myndigheter och offentligt styrda organ som inte bedriver någon av de verksamheter som hör till försörjningssektorerna.²⁴ LOU-direktivet innehåller förfaranderegler som kännetecknas av att en upphandling normalt sett först ska annonseras och att alla leverantörer har rätt att lämna anbud.²⁵ LOU innehåller även bestämmelser om rättsmedel. I bestämmelserna genomförs rättsmedelsdirektivet och ändringsdirektivet.²⁶ Rättsmedelsdirektiven syftar till att säkerställa efterlevnaden av LOU-direktivet.

Upphandlingsdirektiven är endast tillämpliga på upphandlingar som överstiger tröskelvärdena. Beroende på både upphandlingföremålet och den part som ansvarar för upphandlingen kan tröskelvärdena variera. Om en upphandling är av gränsöverskridande intresse indikerar det att den kan vara relevant för en leverantör som har sin verksamhet i en annan medlemsstat än den där den upphandlande myndigheten är baserad.²⁷ Uppgår en upphandling till ett belopp som understiger tröskelvärdet och saknar den ett bestämt gränsöverskridande intresse behöver EU:s upphandlingsdirektiv inte tillämpas på det aktuella upphandlingsförfarandet. Medlemsstaterna själva är fria att bestämma hur dessa förfaranden ska regleras. Trots att medlemsstaterna har fria tyglar vad gäller regleringen har Sverige valt att ha en ganska omfattande reglering avseende de icke-direktivstyrda upphandlingarna.²⁸

Den 1 juli 2022 trädde nya regler om överprövning av offentliga upphandlingar i kraft i LOU. De nya reglerna innebär bland annat att det har införts preklusionsfrister i överprövningsmål och ett krav på att upphandlingsmål

²⁴ Konkurrensverket, Ordlista över upphandlingstermer, <https://www.konkurrensverket.se/upphandling/vagledning/ordlista/#K>, lydelse 2023-11-06.

²⁵ Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012, s. 45-47.

²⁶ Behandlas fortsättningsvis under benämningen ”rättsmedelsdirektiven”.

²⁷ Sundstrand, Andrea, Ett bestämt gränsöverskridande intresse, UrT 2018 s. 83.

²⁸ EU-domstolens dom av den 18 november 2010, kommissionen/Irland, C-226/09, EU:C:2010:697, punkt 32.

ska hanteras skyndsamt i domstolarna.²⁹ Behovet av en lagändring beror på att det sedan införandet av 1992 års LOU har blivit betydligt enklare att överpröva en upphandling. Ökningen av antalet överprövningar sammanfaller ofta med regeländringar vilket har varit ofta förekommande på upphandlingsområdet.³⁰

Utvecklingen har lett till stora konsekvenser för både upphandlande myndigheter och leverantörer. Under tiden för en överprövningsprocess av en upphandling får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal. För upphandlande myndigheter innebär det svårigheter att tillgodose sina behov av att fullgöra förpliktelser gentemot medborgarna. För leverantörerna är det största problemet att handläggningstiderna i domstol är oförutsebara. Eftersom det föreligger en ovisshet om tidsaspekten blir det svårt för leverantörer att planera sin verksamhet vilket resulterar i ekonomisk osäkerhet och ökade kostnader.³¹

Under år 2020 uppgick de upphandlingspliktiga inköpen i Sverige till 803 miljarder kronor vilket motsvarar nästan en femtedel av BNP. En betydande del av den svenska samhällsekonomin utgörs av det allmännas anskaffningar av varor och tjänster därför är det av vikt att förekomsten av domstolsprocesser inte resulterar i att upphandlingsregelverkens syfte motverkas.³²

Ett av regelverkens syfte är att främja en effektiv konkurrens på EU:s inre marknad. En ökad konkurrens skapar incitament för leverantörer att erbjuda tjänster och produkter till förmånliga priser och villkor.³³ Det ökande antalet överprövningar har dock visat sig vara problematiskt för att erhålla en effektiv konkurrens på marknaden. Det finns en rädsla för att överprövning leder till suboptimering, alltså att myndigheten utformar ”överprövningssäkra” upphandlingar framför att utveckla mer avancerade tillvägagångssätt som kan vara fördelaktig för den goda affären.³⁴ Intresset av att minska antalet överprövningar har varit en fråga av stor samhällsekonomisk betydelse under de senaste åren. Det är även syftet med lagändringen som gjordes år 2022.³⁵

2.2 Tidigare tillämpning av skaderekvisitet och överprövning

Enligt rättsmedelsdirektivet åligger det medlemsstaterna att vidta åtgärder för att säkerställa att överprövningar av offentliga upphandlingar sker så effektivt och snabbt som möjligt. I svensk lag regleras rättsmedel i 20 kap. LOU. Det primära rättsmedlet är överprövning, som består av två prövningsförfaranden, en leverantör kan överpröva själva upphandlingen eller avtalets giltighet. För att få

²⁹ Prop. 2021/22:120, s. 1.

³⁰ Upphandlingsmyndigheten, Kartläggning och analys av överprövning, Rapport 2017:7, s. 30.

³¹ Upphandlingsmyndigheten, Kartläggning och analys av överprövning, Rapport 2017:7, s. 128-129.

³² Prop. 2021/22:120, s. 30.

³³ Prop. 2021/22:120, s. 28.

³⁴ SOU 2013:12, s. 341-347.

³⁵ Prop. 2021/22:120, s. 19.

en ansökan om överprövning prövad krävs talerätt, enligt 20 kap. 4 § LOU. För talerätt måste leverantören ha lidit eller riskera att lida skada.

Vidare stadgar 20 kap. 6 § LOU de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att en domstol ska fatta beslut om bifall i en överprövning av en upphandling. För det första måste den upphandlande myndigheten ha åsidosatt någon bestämmelse i LOU. Den påstådda lagstridiga handlingen måste vara kopplad till en upphandling. Med detta avses varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling som faller inom tillämpningsområdet för LOU-direktivet och som har rättslig verkan. Åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande kan inte vara föremål för en ansökan om överprövning.³⁶ För det andra ska handlandet innebära att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada. Det andra ledet i bedömning benämns ofta som skaderekvisitet. Vid vissa typer av överträdelser har det tidigare mer eller mindre presumerats att skaderekvisitet är uppfyllt i svensk förvaltningsdomstol.³⁷ Förutsättningarna för att vinna bifall i en talan om överprövning liknar de förutsättningarna som krävs för att ha talerätt enligt 20 kap. 4 § LOU. I domen HFD 2013 ref. 53 fastslogs det dock vad som skiljer bestämmelserna åt. Rekvisitet för talerätt kan uppfyllas utifrån leverantörens subjektiva bedömning av skadan. Alltså anser leverantören själv att den har lidit eller kan komma att lida skada ska leverantören anses ha talerätt enligt 20 kap. 4 § LOU. Leverantörens subjektiva intryck är dock inte tillräckligt för att vinna bifall i en talan om överprövning enligt 20 kap. 6 § LOU. Sammanfattningsvis öppnar det subjektiva rekvisitet för talerätt dörren till domstolen, medan det objektiva och strängare kravet i 20 kap. 6 § LOU måste uppfyllas för att domstolen ska ingripa.³⁸

Frågan om vad som enligt bestämmelsen avses med en skada har varit föremål för EU-domstolens bedömning ett antal gånger. Av domstolens praxis framgår det att leverantören kan anses ha lidit skada även om denne inte har lämnat ett anbud i upphandlingen.³⁹ Leverantören behöver heller inte visa på att denne skulle ha tilldelats kontraktet eller att detta skulle ha lett till vinst.⁴⁰ Det räcker dock inte med att leverantören själv är av uppfattningen att denne har lidit eller kan komma att lida skada. För att få bifall i en ansökning om överprövning behöver leverantören förtydliga på vilket sätt denne lidit eller riskerar att lida skada.⁴¹ Innan HFD 2022 ref. 4 I & II fanns således inga krav på att leverantören

³⁶ EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punkterna 30–35.

³⁷ Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. 4 I och II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 346.

³⁸ Se Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap. 6 §, Karnov (JUNO), lydelse 2023-09-20.

³⁹ EU-domstolens dom av den 12 februari 2004, Grossman Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, punkterna 28–29 & EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, punkt 40.

⁴⁰ Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012, s. 213.

⁴¹ HFD 2013 ref. 53.

skulle påtala brister under upphandlingens gång. Uppfyller leverantören båda kraven som ställs i 20 kap. 6 § LOU ska upphandlingen antingen göras om helt eller rättas i en särskild del.

En ansökan om överprövning av en upphandling kan göras när som helst så länge upphandlingen pågår. Leverantören behöver därför inte vänta tills tilldelningsbeslutet har fattats. Enligt EU-domstolens praxis är det första beslutet som kan bli föremål för överprövning av en upphandling den upphandlande myndighetens beslut att genomföra en upphandling eller ej.⁴² Ansökan om överprövning av en upphandling ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan utgången av avtalspärren enligt 20 kap. 11 § LOU. Tidsfristen vad gäller ansökan om överprövning av en upphandling och överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling skiljer sig åt. Sistnämnda ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från att den upphandlande myndigheten har skickat ut upplysningar om beslutet och skälen för beslutet till samtliga anbudssökanden och anbudsgivare via elektroniska medel. Enligt 20 kap. 12 § LOU är tidsfristen i stället 15 dagar om beslutet skickats ut på annat sätt. Oavsett vad ansökan avser ska förvaltningsrätten avvisa ansökan om den kommer in efter angiven tidsfrist. Leverantörer kan således inte av taktiska skäl avvakta med att ansöka om överprövning för att se om någon annan leverantör överprövar först.⁴³

2.3 Aktivitetsplikt innan domen HFD 2022 ref. 4 I & II?

Innan domen HFD 2022 ref. 4 I & II meddelades fanns inga krav på att den klagande leverantören i överprövningsmål var skyldig att påtala brister under upphandlingens gång. Hade den upphandlande myndigheten handlat i strid mot LOU och leverantören uppfyllde skaderekvisitet skulle upphandlingen antingen göras om helt eller rättas i en särskild del enligt 20 kap. 6 § LOU.

Något som liknar en aktivitetsplikt har dock diskuterats flera gånger i olika lagstiftningsprocesser på upphandlingsområdet. För att uppnå skyndsamhetsmålen som ställs i rättsmedelsdirektivet och ändringsdirektivet har det argumenterats för om det är lämpligt att införa en anmärkningskyldighet. Syftet har varit att ge leverantörer incitament att försöka begränsa sin skada i situationer där felaktigheter och brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede borde ha kunnat påpekas tidigare. En sådan regel skulle inskräpa ansvaret hos leverantörer så de inte medvetet avvaktar med att påtala brister tills dess att meddelandet om tilldelningsbeslut skickas ut. Underlåtenhet att påtala brister leder till att en överprövning avslås. En annan bakgrund till förslaget var en önskan om att reda ut tvistefrågor så långt som möjligt innan de kom till domstol.

⁴² EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5.

⁴³ Lindberg, Olle & Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 6 u., Jure Förlag AB, Stockholm, 2023, s. 207.

Det har även påtalats vilka problem och tolkningssvårigheter som kan förekomma vid införande av en anmärkningsskyldighet. Exempelvis i situationer där en påstådd överträdelse upptäcks sent i processen, om det har varit orimligt svårt för leverantören att förstå hur ett krav kommer tillämpas eller situationer då materialet har varit så omfattande och komplicerat att det inte funnits möjlighet att uppräcka bristen.⁴⁴ Bestämmelser som avskär möjligheterna till att med framgång påtala överträdelser i upphandlingar tillåts inte enligt EU-domstolens praxis.⁴⁵

Aktivitetsplikten liknar den inom skadeståndsrätten grundläggande rättsprincipen om skadebegränsning. Principen innebär att den skadelidande måste vidta rimliga åtgärder för att begränsa sin skada om den ska erhålla ersättning motsvarande skadan. I domen *Brasserie du Pêcheur & Factortame III* konstaterar domstolen att skyldigheten gäller även för upphandlingsskadestånd. EU-domstolen framför i domen att den nationella domstolen kan undersöka om skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skada eller för att begränsa skadans omfattning.⁴⁶ I 20 kap. 20 § LOU regleras möjligheten för leverantörer att erhålla skadestånd om en upphandlande myndighet brutit i tillämpningen av upphandlingsregelverket. Skadeståndsbestämmelsen i LOU genomför artikel 2. 1 c rättsmedelsdirektivet. Artikeln anger inte preciserade villkor för skadeståndsskyldigheten då medlemsstaterna enligt principen om processuell autonomi har frihet att utforma sina processrättsliga regler.⁴⁷ Syftet med EU:s lagstiftning om offentlig upphandling är att främja den inre marknaden och förhindra snedvridning av konkurrensen, bland annat genom att säkerställa skydd för leverantörer som lämnar anbud i en upphandling. En leverantör som har investerat resurser i att lämna ett anbud bör kunna förlita sig på att anbudet behandlas på ett rättvist sätt.⁴⁸

LOU är en skyddslagstiftning för leverantörer och dess bestämmelser ska tolkas i ljuset av detta.⁴⁹ Syftet med skadeståndsbestämmelserna i rättsmedelsdirektivet är att en leverantör som lidit skada ska få skadan reparerad. Bestämmelserna ska även motverka att liknande överträdelser upprepas så att upphandlingslagstiftningen får fullt genomslag på nationell nivå. EU-bestämmelserna har således en reparativ och en preventiv funktion. Rättsmedelsdirektivets grundtanke är att en överträdelse av lagstiftningen ska rättas till på ett så tidigt stadie som möjligt, alltså innan kontrakt tecknas. Därför benämns överprövning som det primära rättsmedlet. Skadestånd som sekundärt rättsmedel ska främst fylla en funktion ifall då den enskildes rätt till effektiva rättsmedel inte kan garanteras.⁵⁰ Skadeståndsmålen prövas i allmän domstol som

⁴⁴ SOU 2015:12, s. 154-158.

⁴⁵ EU-domstolens dom av den 27 februari 2003, *Santex*, C-327/00, EU:C:2003:109, punkterna 43-66.

⁴⁶ EU-domstolens dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79, punkterna 84-87.

⁴⁷ Prop. 2021/22:120, s. 67.

⁴⁸ Skäl 73 i LOU-direktivet.

⁴⁹ EU-domstolens dom av den 3 oktober 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 16.

⁵⁰ NJA 2018 s. 1127, punkterna 19-22.

första instans till skillnad från överprövningsmål som prövas i allmän förvaltningsdomstol. Det är alltså två separata förfaranden. Aktivitetsplikten har haft sin plats i skadeståndsmål sedan meddelandet av domen *Brasserie du Pêcheur & Factortame III*.⁵¹ För överprövningsförfarandet är det dock ett helt nytt fenomen.

⁵¹ EU-domstolens dom av den 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79.

3 EU-rätten och rätten till effektiva rättsmedel

3.1 EU-rättens inverkan på svensk förvaltning

EU-rättens utveckling bygger på ett samspel mellan olika instanser, både nationella och europeiska. För att samspelet ska leda till lyckade resultat förutsätter det en dialog och ömsesidig lyhördhet mellan instanserna om rättsutvecklingen ska bli konsekvent och tillräckligt likformig. Svenska förvaltningsmyndigheter och domstolar befinner sig i denna rättsliga mångfald och är själva en del av den vid tillämpningen av EU-rättsliga regelverk.⁵² På grund av europeiseringen av den svenska förvaltningen har mänskliga rättigheter och grundläggande friheter fått en starkare ställning i rättsordningen. Det har också resulterat i en förstärkning av domstolens ställning som har blivit mer självständig i förhållande till den politiska makten. Det starka rättighetsskyddet fungerar även som en effektiv kontroll över medlemsstaternas lojala tillämpning av EU-rätten och säkerställer att den faktiskt får företräde vid tillämpningen av nationell rätt. Förvaltningsmyndigheterna har således tilldelats en ny uppgift som innebär att de ska fungera som EU-myndigheter med uppgift att verka för EU-rättens genomslag i Sverige.⁵³

Ett sätt att integrera EU-rätt in i nationell lagstiftning är genom direktiv. Tanken är att medlemsstaterna själva ska genomföra direktiven i nationell lagstiftning på det sätt som bäst passar strukturen i den nationella rättsordningen.⁵⁴ Vid genomförande av direktiv i nationell lagstiftning är det viktigt att EU-rätten inte varierar från en stat till en annan eftersom det skulle äventyra fördragens mål och leda till diskriminering på grund av nationalitet. Detta följer av att unionsrätten är ett överordnat system i förhållande till den nationella rätten och principen om unionsrättens företräde.⁵⁵ Första gången principen lanserades var i målet *Costa mot ENEL* och innebär att vid en normkonflikt mellan nationella- och unionsrättsliga bestämmelser måste den nationella rättsordningen ge vika.⁵⁶ EU-domstolen har förtydligat innebörden av principen ytterligare i domarna *Internationale Handelsgesellschaft* och *Simmenthal II* där EU-domstolen fastslog att unionsrättens företräde gäller framför alla former

⁵² Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod, Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 21.

⁵³ Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod, Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, s. 22-23.

⁵⁴ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 50-58.

⁵⁵ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 100.

⁵⁶ EU-domstolens dom den 15 juli 1964, *Costa mot ENEL*, C-6/64, EU:C:1964:66.

av nationell lagstiftning, vilket inkluderar både författningar och grundlagar.⁵⁷ Att ge full effekt åt EU-rättsbestämmelser och att inte tillämpa nationella bestämmelser vid en normkonflikt är varje nationella domstols skyldighet.

Upphandlingsrätten utgör en del av den svenska förvaltningen och är i hög grad reglerad av EU-rätt, vilket betonar de upphandlande myndigheternas ansvar att garantera att unionsrätten följs. Så länge målen i direktiven uppnås kan nationell lagstiftning inom offentlig upphandling ha egna särarter och utformningar.

Förutom att upphandlingsrätten regleras av EU-direktiv påverkas den även av den europeiska förvaltningen. Eftersom EU inte erbjuder någon allmän förvaltningslag blir istället förvaltningsrättsliga principer som anges i fördragen viktiga för den europeiska förvaltningen. Principerna präglas av ett tydligt rättighetstänk där samspel mellan processuella och materiella regler är av vikt. En viktig princip i sammanhanget är kravet på domstolskontroll och effektiva rättsmedel. Den kommer till uttryck i artikel 47 i EU-stadgan och artikel 6 och 13 i EKMR.⁵⁸ I målet *Johnston* uttalade EU-domstolen att kravet på domstolskontroll är en grundläggande rättsprincip som ligger till grund för författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna.⁵⁹

3.2 Överprövning enligt rättsmedelsdirektiven

I rättsmedelsdirektiven samordnas de nationella reglerna för prövning av det upphandlingsrättsliga förfarandet. De innehåller bestämmelser om bland annat överprövning, ogiltighetsförklaring och skadestånd vid eventuella överträdelser av upphandlingslagstiftning. För att förstå och fastställa svensk rätt avseende möjligheterna till överprövning är det nödvändigt att utgå från bestämmelser i rättsmedelsdirektiven.⁶⁰

Syftet med rättsmedelsdirektiven är att uppmuntra företag inom unionen att lämna anbud i alla medlemsstater. Detta sker genom att leverantörer som deltar i konkurrensutsättningen av ett offentligt kontrakt garanteras tillgång till effektiva förfaranden. Tillgång till effektiva förfaranden före avtalsingående uppmuntrar upphandlande myndigheter att ombesörja bättre offentlighet och konkurrensutsättning vilket i slutändan torde gynna alla berörda parter i förfarandet.⁶¹ Att ha tillgång till effektiva prövningsförfaranden före avtalsingående ger uttryck för rättsmedelsdirektivens preventiva effekt.

⁵⁷ EU-domstolens dom den 17 december 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, EU:C:1970:114 och EU-domstolens dom den 9 mars 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49.

⁵⁸ Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Eriksson Otken, Ida (red.), 2 u., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2011, s. 85 och 88.

⁵⁹ EU-domstolens dom av den 15 maj 1986, *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986:206, punkt 18.

⁶⁰ Lindén, Sylvia, Lindqvist Arista, Karin & Ljöstad, Louise, Pendeln svänger i skadeståndsmål, UrT 2022 s. 89.

⁶¹ Arrowsmith, Sue, *Public procurement and access to justice: A legal and empirical study of the UK system*, P.P.L.R. 2016 s. 230.

Rättsmedelsdirektivens syfte stämmer också överens med målsättningen i FEU om fri rörlighet av varor och tjänster, etableringsfrihet och principerna som kan härledas ur dessa såsom principen om- proportionalitet, likabehandling, insyn och ömsesidigt erkännande. Syftet är även i linje med artikel 47 i EU-stadgan där det stadgas att var och en vars unionsrättsliga rättigheter har kränkts har rätt till effektiva rättsmedel inför en opartisk och oavhängig domstol.⁶² Mot bakgrund av målet med rättsmedelsdirektiven framträder en tydlig strävan efter balans mellan, å ena sidan, intresset av snabba förfaranden och, å andra sidan, kravet på skydd av den enskildas unionsrättsliga rättigheter inför en opartisk och oavhängig domstol.

För att främja en effektiv konkurrens på EU:s inre marknad är skyndsamma förfaranden i domstol viktigt. Genom att dra nytta av konkurrensen på varje marknad kan de offentliga medlen användas effektivt av upphandlande myndigheter. Ökad konkurrens skapar även incitament för leverantörer att leverera produkter och tjänster till konkurrenskraftiga priser och förmånliga villkor.⁶³ Samtidigt kan för skyndsamma förfaranden öka risken för materiellt felaktiga avgöranden eftersom en svagare part i processen exempelvis inte förmår att tillvarata sin rätt. Detta kan skapa en grund för rättsosäkra förfaranden, vilket inte är önskvärt.⁶⁴ Rättsmedelsdirektivet fastställer således minimikrav som de nationella prövningsförfarandena ska uppfylla. Nationell lagstiftning får ej ha lägre skyddsnivå av leverantörers rättigheter än vad som anges i rättsmedelsdirektivet.⁶⁵

Enligt artikel 1 i rättsmedelsdirektivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att beslut av en upphandlande myndighet ska prövas effektivt. Prövningar enligt direktivets regler ska göras skyndsamt vilket i synnerhet gäller prövningar av upphandlingsbeslut som innefattar överträdelse av unionsrätten. Vidare har medlemsstaterna enligt artikel 1.3 rättsmedelsdirektivet en skyldighet att införa prövningsförfaranden. Förfarandena ska kunna tillämpas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal i en offentlig upphandling, som till följd av överträdelse har skadats eller riskerat att skadats. Bestämmelsen om talerätt i 20 kap. 4 § LOU har sin bakgrund i artikel 1.3 rättsmedelsdirektivet och reglerar förutsättningarna för att ansöka om överprövning. Avsikten med bestämmelsen är att en leverantör ska kunna angripa en feltillämpning på ett så tidigt stadie som möjligt. Det ska vara möjligt för en domstol att ingripa innan en skada har skett och således rätta till överträdelserna.⁶⁶

Bestämmelsen om överprövning av en offentlig upphandling i 20 kap. 6 § LOU är ett genomförande av artikel 2. 1 b i rättsmedelsdirektivet. Någon direkt motsvarighet till bestämmelsen i LOU finns dock inte i rättsmedelsdirektiven. Enligt artikel 2. 1 b rättsmedelsdirektivet ska medlemsstaterna tillse att införda

⁶² Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling, KOM(2006) 195 slutlig, s. 3.

⁶³ Prop. 2021/22:120, s. 28.

⁶⁴ Prop. 2021/22:120, s. 81.

⁶⁵ EU-domstolens dom av den 27 februari 2003, Santex, C-327/00, EU:C:2003:109, punkt 47.

⁶⁶ EU-domstolens dom av den 28 oktober 1999, Alcatel, mål C-81/98, EU:C:1999:534, punkt 33.

bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut. Eftersom domstolen ska avgöra om rättelse eller undanröjande ska ske vid upphandlingsstridiga beslut enligt 20 kap. 6 § LOU går LOU:s bestämmelser om överprövning längre än rättsmedelsdirektiven då rättsmedelsdirektivet enbart kräver att ett rättsstridigt beslut åsidosätts.⁶⁷

3.3 Processuell autonomi

Generellt saknas processuella regler eller sanktionsbestämmelser inom EU-rätten, vilket härrör från att medlemsstaterna inte har delegerat generell lagstiftningskompetens till EU på området. EU kan dock i vissa fall besluta om processuella bestämmelser som ett komplement till de materiella bestämmelserna i ett direktiv, men det sker i begränsad omfattning.⁶⁸ Rättsmedelsdirektivet utgör ett undantag bland EU-direktiven eftersom det innehåller processuella regler för upphandlingsområdet. Enligt skäl 3 till rättsmedelsdirektivet motiveras det av behovet av enhetlig processlagstiftning inom offentlig upphandling för att säkerställa icke-diskriminering och öppenhet i förfarandena.

I nationella domstolar tillämpas normalt nationell process- och förvaltningsrätt när mål grundar sig på EU-rätten. Den processuella autonomin kan dock bli problematisk mot bakgrund av EU-rättens effektiva genomslag i nationella rättsordningar. En direktivbestämmelse kan ha direkt effekt och kan åberopas av enskilda inför en nationell domstol. I dessa fall kan en nationell processuell bestämmelse exempelvis hindra den enskilda från att föra fram sitt krav. I ett sådant fall spelar det ingen roll att direktivbestämmelsens direkta effekt och företrädesprincipen slår undan motstridiga nationella materiella regler eftersom den enskilde ändå är förhindrad att tillvarata den materiella rättigheten som grundar sig på direktivet.⁶⁹

För att undvika att den materiella effekten av EU-rätten undergrävs är den processuella autonomin underkastad två viktiga principer. I målet *Comet* lanserade EU-domstolen principen om likvärdighet och effektivitet som sätter den yttersta gränsen för medlemsstaternas processuella autonomi.⁷⁰

Likvärdighetsprincipen innebär att de regler som gäller för prövning av en överträdelse av unionsrätten inte får vara mindre gynnsamma än de som gäller motsvarande överträdelser som har sin grund i den nationella rätten.⁷¹ Principen

⁶⁷ Prop. 2009/10:180, s. 149.

⁶⁸ Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Eriksson Otken, Ida (red.), 2 u., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2011, s. 194.

⁶⁹ Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Eriksson Otken, Ida (red.), 2 u., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2011, s. 195.

⁷⁰ EU-domstolens dom av den 16 december 1976, *Comet*, C-45/76, EU:C:1976:191, s. 2043.

⁷¹ Victorin Liljegren, Lena, Den nya dröjsmålstalan- ett tillräckligt rättsskydd? – en undersökning i vad mån förvaltningslagens dröjsmålstalan uppfyller unionsrättens krav på rättsskydd, JP 2018 s. 258-263.

kan beskrivas som ett krav på icke-diskriminering vad gäller nationella processuella reglers tillämpning kopplat till EU-rättsliga rättigheter.

Effektivitetsprincipen innebär att nationella processregler, eller brist på sådana, inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som följer av unionsrätten. Principen syftar till att garantera unionsrättens effektiva genomslag. Den kallas även principen om domstolsskydd eller effektiva rättsmedel och kommer till uttryck i artikel 47 i EU-stadgan och i artikel 6 och 13 i EKMR.⁷²

3.4 Domstolsskyddets ursprung och betydelse

3.4.1 Rättsstatsprincipen

I enlighet med både företrädesprincipen och primärrätten har EU-stadgan alltid företräde framför alla nationella och unionsrättsliga regler. EU-stadgan bygger på principen om att medlemsstaterna och unionen måste uppfylla rättsstatsprincipen vilket är en central del i säkerställande av individens rättigheter i en domstolsprocess. Rättsstatsprincipen innebär krav på en lagbunden offentlig myndighetsutövning, skydd av individuella rättigheter och principen att enskilda, vid tvister angående dess rättigheter, har rätt till en rättvis prövning av oberoende och opartiska domstolar.

Två rättigheter utgör centrala komponenter för att medlemsstaterna och unionen ska efterleva rättsstatsprincipen, nämligen rätten till rättslig prövning och rätten till effektiva rättsmedel. Strukturellt finns det ett starkt samband mellan rättigheterna. Sambandet kan uttryckas som att rätten till domstolsprövning är den övergripande konstitutionella rättigheten som styr hur rätten till effektiva rättsmedel ska konkretiseras.⁷³

Konkret innebär rättsmedel att de rättigheter enskilda tillerkänns av rättsordningen ska skyddas från intrång av enskilda eller det allmänna. Rättskydd uppnås genom att överträdelser av rättigheter resulterar i sanktioner eller effektiva kompensationer.⁷⁴ Relationen mellan EU-rättigheter och rättskydd kan beskrivas med principen *ubi jus ibi* där det finns en rättighet finns ett rättsmedel. EU har dock ingen generell kompetens att anta bindande administrativa eller processuella regler enligt artikel 6 FEUF.

Det är upp till medlemsstaterna att säkerställa EU-rättens genomslag med egna processuella regler enligt principen om processuell autonomi. Trots stor självbestämmanderätt vad gäller processuella regler är principen om processuell

⁷² Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Eriksson Otken, Ida (red.), 2 u., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2011, s. 199.

⁷³ Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 343–344.

⁷⁴ Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012, s. 11.

autonomi inte absolut utan begränsas genom effektivitets- och likvärdighetsprincipen.⁷⁵

3.4.2 Rätten till domstolsprövning

Vad rätten till domstolsprövning innebär kan vara en komplex fråga eftersom rättigheten är direkt betingad av den konstitutionella strukturen i ett land. Mot den bakgrunden kan det påstås att artikel 13 EKMR och artikel 47 i EU-stadgan indirekt ställer krav på konventions- och medlemsstaternas konstitutionella system. För att undersöka vad rätten till domstolsprövning innebär är det centralt att reda ut vad domstolsprövning överhuvudtaget är. Rätten till domstolsprövning utgår från att domstolar som institutioner är skilda från förvaltningen och olika former av icke-rättslig tvistlösning.⁷⁶ Det unionsrättsliga kravet på en domstol innebär att den ska vara upprättad enligt lag, har varaktig karaktär, är oberoende och opartisk, tillämpar en kontradiktorisk process, utfärdar avgöranden med tvingande verkan och tillämpar rättsregler.⁷⁷

Rätten till domstolsprövning innebär inte några specifika institutionella krav på utformningen av medlemsstaternas rättsväsen. Hur staterna utformar förhållandet mellan olika typer av domstolar kan variera så länge ett effektivt domstolsskydd finns. Kravet på att domstolen ska tillämpa rättsregler utesluter inte att domstolarna kan ha ett mer eller mindre omfattande skön, inte heller att deras jurisdiktion i vissa sammanhang kan vara oklar, men det förutsätter att domstolarna ändå har en rättslig grundad skyldighet att motivera sina beslut och göra det utifrån rättskällorna.⁷⁸

Rätten till domstolsprövning har två funktioner, dels gäller det den enskildes rätt att få sin sak prövad i domstol, dels understryker den att EU är grundad på en rättsordning där ett besluts giltighet och rättsregler som har effekt för enskilda ska kunna prövas i domstol.⁷⁹ Det är dock ingen absolut rättighet utan det måste ses i sammanhanget av att det finns ett rättsligt krav och att de rättsmedel som krävs måste vara proportionerliga till den sökandes rättsliga intresse.⁸⁰

För att ett förfarande ska anses uppfylla rätten till domstolsprövning krävs att flera olika delkriterier uppfylls. Det inkluderar kravet på att domstolen ska vara oavhängig och opartisk, samt att den enskilde måste få en rättvis rättegång.

Oavhängighet och opartiskhet

⁷⁵ Victorin Liljegren, Lena, Den nya dröjsmålstanan - ett tillräckligt rättsskydd? – en undersökning i vad mån förvaltningslagens dröjsmålstanan uppfyller unionsrättens krav på rättsskydd, JP 2018 s. 258-263.

⁷⁶ Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 344.

⁷⁷ EU-domstolens dom av den 19 december 2012, Elegktikou Synedriou, C-363/11, EU:C:2012:825, punkterna 19–31.

⁷⁸ Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 347.

⁷⁹ Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 352.

⁸⁰ EU-domstolens dom av den 5 oktober 2011, Mindo Srl v. Kommissionen, T-19/06, EU:T:2011:561, punkt 97.

Begreppen oavhängighet och opartiskhet behandlas ofta som synonymer vilket gör det svårt att skilja begreppen från varandra. För att säkerställa rätten till effektiva rättsmedel behöver dock båda principerna efterlevas. Oavhängighet avser ofta domstolens struktur till skillnad från opartiskhet som ofta avser en enskild beslutsfattare. Inom unionsrätten innebär kravet på oavhängighet att en domstol måste fungera som en utomstående beslutsfattare. Den ska vara oavhängig i förhållande till förvaltningsmyndigheter och parterna i målet.⁸¹ Kravet på opartiskhet inbegriper två aspekter, en av dessa är subjektiv opartiskhet. Detta innebär att ingen av domstolens ledamöter får ge uttryck för partiskhet eller personliga förutfattade meningar, varvid subjektiv opartiskhet presumeras till dess att motsatsen är bevisat. Den andra aspekten är objektiv opartiskhet vilket innebär att domstolen ska erbjuda tillräckliga garantier för att i detta avseende utesluta varje form av legitima tvivel.⁸² Det är således viktigt att domstolar i sina domskäl redovisar sina bedömningar som har föranlett sin slutsats. Det bidrar till allmänhetens förtroende till rättskipningen, hjälp för parterna inför ett överklagande av beslut och transparens så domstolen själv kan kontrollera sina beslut.⁸³

En rättvis rättegång

Tillgång till en domstolsprövning kräver att förfarandet är både offentligt och rättsligt. Offentliga rättegångar säkerställer transparens i systemet och gör att domstolsprocessen kan granskas. Det finns fler grundläggande aspekter i ett rättvist förfarande som exempelvis parternas likställdhet i processen, rätten till ett kontradiktoriskt förfarande och motiverat beslut. Att parterna ska vara likställda i processen innebär att de ska ha samma möjlighet att lägga fram sin sak. Ett kontradiktoriskt förfarande är också en viktig aspekt av en rättvis rättegång. För enskilda innebär det i praktiken rätten att få kännedom om, och yttra sig över, all bevisning som lämnats i målet. Parterna ska även ges tillräckligt med tid att sätta sig in i bevisningen. Dessutom innebär det en rätt för parterna att ta fram bevisning. Alla dessa delar måste iaktas av domstolen för att förfarandet ska anses vara en rättvis rättegång. Vad gäller rätten till ett motiverat beslut syftar denna aspekt främst på transparens i förfarandet. Genom att visa att målet har prövats av rätten på ett korrekt sätt skapas förutsättningar för parterna att överklaga beslutet lämpligt och effektivt. Beroende på omständigheterna i målet varierar domstolens skyldighet att ange motiverade skäl för sitt beslut.⁸⁴

⁸¹ EU-domstolens dom av den 30 mars 1993, Pierre Corbiau mot Administration des contributions, C-24/92, EU:C:1993:118, punkt 15.

⁸² EU-domstolens dom av den 1 juli 2008, Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl., C-341/06 och C-342/06, EU:C:2008:375, punkterna 46–54.

⁸³ Lindkvist, Gustav, Domskal och bevisprövning, SvSkT 2018 s. 431.

⁸⁴ Europarådet & FRA, Handbok om europeisk rätt rörande rätten till rättslig prövning, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2016,

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE, s. 44-49.

3.4.3 Effektiva rättsmedel

Syftet med effektiva rättsmedel är tvådelat vilket innebär att en distinktion behöver göras mellan primära- och sekundära rättsmedel. Distinktionen motsvarar den i LOU där överprövning är det primära rättsmedlet, och skadestånd är det sekundära. Det primära rättsmedlet syftar till att skydda och genomdriva en EU-rättighet, medan sekundära rättsmedel fungerar som en reaktion på en regelöverträdelse som sker i efterhand.⁸⁵ Vad rättigheten mer konkret innebär kan vara svårt att fastställa på en generell nivå eftersom det måste avgöras vad som krävs för att upprätthålla kraven på effektiva rättsmedel från fall till fall. Det viktigaste kravet är dock att rättsmedlet är effektivt i både rättsligt och praktiskt hänseende.⁸⁶ Detta förefaller eftersom rättigheten ska genomsyra alla civilrättsliga, straffrättsliga och förvaltningsrättsliga förfaranden varav behoven för att säkerställa effektivitet skiljer sig åt. Inom offentlig upphandling tillhandahåller primärrätten utöver bestämmelser om de grundläggande friheterna även bestämmelser om rättsmedel. Bestämmelserna innebär en skyldighet för medlemsstaterna att tillhandahålla effektiva rättsmedel i syfte att skydda leverantörers rättigheter enligt primärrätten. Det är domstolarnas skyldighet att tillse leverantörers möjlighet att utöva det rättsliga skyddet i så stor utsträckning som möjligt ifall en upphandlande myndighet har begått en överträdelse av unionsrätten.⁸⁷ Ingen av rättsmedelsdirektiven erbjuder några särskilt antagna rättsmedel för offentliga upphandlingar. I Sverige finns möjligheten till överprövning och skadestånd som tillämpliga rättsmedel vid eventuella överträdelser. Förutsättningen är att det rättsstridiga beslutet är riktat till eller direkt berör leverantören och denna har lidit skada eller kan komma lida skada till följd av beslutet.⁸⁸ Inom ramen för rätten till effektiva rättsmedel finns flera faktorer att beakta, där vissa är mer betydelsefulla att väga in än andra i överprövningsmål.

Domskäl

Rätten till effektiv rättsprövning inkluderar även processuella skyldigheter som åvilar den lagstiftande och verkställande makten. Kraven på god förvaltning och rättssäkerhet samt principen om effektivt rättsligt skydd är därmed sammanlänkade.⁸⁹ Ett exempel är skyldigheten för offentliga organ att motivera sina beslut. För att säkerställa att rätten till ett effektivt rättsmedel kan utövas fullt ut, krävs en motivering som gör det möjligt för de berörda parterna att ta

⁸⁵ Victorin Liljegren, Lena, Den nya dröjsmålstan- ett tillräckligt rättsskydd? – en undersökning i vad mån förvaltningslagens dröjsmålstan uppfyller unionsrättens krav på rättsskydd, JP 2018 s. 263.

⁸⁶ Hofman CH, Herwig, Specific Provisions (Meaning). I Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red.), EU charter of fundamental rights- a commentary, Hart, Oxford, 2021, s. 1280.

⁸⁷ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 445.

⁸⁸ Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling- primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), Jure Förlag AB, Stockholm, 2012, s. 310.

⁸⁹ EU-domstolens dom av den 16 december 2010, Athinaiki Techniki AE mot kommissionen, C-362/09, EU:C:2010:783, punkt 70.

ställning, baserat på fullständig kännedom om de relevanta fakta, om det är värt att överklaga till domstolarna. Det är också avgörande för den berörda leverantören att kunna försvara sina rättigheter under de mest gynnsamma förutsättningarna. Därför har EU-domstolen fastslagit att om den rättsliga prövning som föreskrivs i artikel 47 i EU-stadgan ska vara effektiv, måste den enskilda ha tillgång till de skäl som låg till grund för beslutet som rör den.⁹⁰

Ersättning för skada

Medlemsstaterna har en betydande skyldighet att kompensera skador som uppkommit på grund av deras underlåtenhet att följa unionsrätten som ger individer rättigheter. Underlåtenheten kan uppstå både vid överträdelse av primärrättsliga skyldigheter med direkt effekt och vid överträdelse av sekundärrättsliga skyldigheter som ger individer rättigheter.⁹¹ I den vägledande domen *Francoovich* stadfäste EU-domstolen att en medlemsstat kan hållas ansvarig för att ersätta skador vid felaktig tillämpning av ett direktiv.⁹² Domstolen fastslog att en individ som lidit skada har rätt till kompensation under tre förutsättningar. För det första måste den EU-rättsliga regeln som har överträtts avsiktligt syfta till att skydda individers rättigheter. För det andra ska överträdelsen vara tillräckligt allvarlig. Slutligen måste det finnas ett orsakssamband mellan överträdelsen och den förlust eller skada som har drabbat individen.⁹³

Tillgång till handlingar

Även rätten till tillgång till handlingar är direkt kopplad till begreppet effektiva rättsmedel, eftersom tillgång till handlingar i verkligheten ofta utgör en nödvändig förutsättning för en framgångsrik process i syfte att hävda de rättigheter och friheter som garanteras i unionslagstiftningen. Vidare har rätten till en rättvis rättegång under det administrativa förfarandet kopplats till kraven under rätten till effektivt skydd, liksom många andra försvarsrättigheter som anges i artikel 41 och 48 i EU-stadgan.⁹⁴

Skyldigheten att avgöra ett ärende inom skälig tid

För att säkerställa effektiva rättsmedel måste medlemsstaterna även sträva efter skyndsamma rättsprocesser. Om processen blir långvarig kan det innebära att en överklagan i praktiken blir ineffektiv och därigenom utgör ett brott mot rätten till effektiva rättsmedel.⁹⁵ Kravet på skyndsamhet är också ett vanligt förekommande argument vid lagstiftningsprocesser i samband med ändringar i

⁹⁰ EU-domstolens dom av den 15 oktober 1987, Heylens m.fl., C-222/86, EU:C:1987:442, punkterna 15-17.

⁹¹ Hofman CH, Herwig, *Specific Provisions (Meaning)*. I Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red.), *EU charter of fundamental rights- a commentary*, Hart, Oxford, 2021, s. 1282-1283.

⁹² EU-domstolens dom av den 19 november 1991, *Francoovich*, C-6/90, EU:C:1991:428.

⁹³ EU-domstolens dom av den 19 november 1991, *Francoovich*, C-6/90, EU:C:1991:428, punkt 40.

⁹⁴ Hofman CH, Herwig, *Specific Provisions (Meaning)*. I Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red.), *EU charter of fundamental rights- a commentary*, Hart, Oxford, 2021, s. 1282-1283 & EU-domstolens dom av den 11 december 2014, *Boudjlida*, C-249/13, EU:C:2014:2431, punkterna 41-43.

⁹⁵ Hofman CH, Herwig, *Specific Provisions (Meaning)*. I Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red.), *EU charter of fundamental rights- a commentary*, Hart, Oxford, 2021, s. 1278- 1280.

reglerna om överprövning av offentliga upphandlingar. Det konstateras i dessa sammanhang att snabba beslut är till fördel för både enskilda och allmänheten. För enskilda är det viktigt att processer avgörs snabbt för att undvika onödiga kostnader för de som lämnar anbud. För allmänheten är snabba processer avgörande för att säkerställa att offentliga myndigheter kan tillgodose medborgarnas behov inom en rimlig tidsram.⁹⁶

Försvarsrättigheter och principer om likställdhet inför rätten

Försvarsrättigheter och principen om likställdhet inför rätten utgör en uppsättning av processrättigheter inom ramen för artikel 47 i EU-stadgan. Likställdhetsprincipen utgör en integrerad del av artikel 47 i EU-stadgan och innebär en skyldighet att erbjuda varje part en rimlig möjlighet att framföra sin sak under förhållanden som inte ger den en uppenbart mindre fördelaktig ställning jämfört med sin motpart. Syftet med likställdhetsprincipen är att säkerställa en processuell balans mellan parterna i rättsliga förfaranden och garantera parternas lika rättigheter och skyldigheter när det gäller bland annat regler som styr bevisupptagningen. För att tillgodose kraven som är förknippade med rätten till en rättvis rättegång är det viktigt att parterna informeras om och får diskutera och höras om de faktiska och rättsliga frågor som kommer att avgöra utfallet av förfarandet.⁹⁷

3.5 Begränsningar

3.5.1 Proportionalitetsprincipen

Enligt artikel 52. 1 i EU-stadgan finns det möjligheter att begränsa artikel 47 i EU-stadgan om rätten till effektiva rättsmedel såvida inskränkningarna inte går längre än vad som tillåts enligt artikel 13 i EKMR. Rätten till domstolsprövning är således inte en absolut rättighet. Begränsningar tillåts dock enbart om de har ett legitimt ändamål, är proportionerliga och inte medför att själva kärnan i rättigheten urholkas. Proportionalitetsprincipen fungerar som en viktig rättssäkerhetsprincip och aktualiseras särskilt vid avvägningar mellan intresset av att upprätthålla skyddet för den enskilde och intresset av göra nödvändiga inskränkningar för att tillgodose allmänna intressen. Eftersom principen bygger delvis på skönsmissiga bedömningar har domstolar ställts inför svåra och värdeladdade avvägningar vid tillämpning av principen i praxis.⁹⁸

Proportionalitetsprincipen innebär att vidtagna åtgärder inte får vara mer betungande eller långtgående än det som kan anses vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade ändamålet. Det innebär också att det måste finnas en välavvägd

⁹⁶ Prop. 2021/22:120, s. 31.

⁹⁷ Hofman CH, Herwig, Specific Provisions (Meaning). I Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red.), EU charter of fundamental rights- a commentary, Hart, Oxford, 2021, Hart, Oxford, 2021, s. 1275.

⁹⁸ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 166.

balans mellan enskildas rättigheter och allmänintresset. Principen utgör en konstitutionell princip som sätter gränser för utövandet av unionens maktbefogenheter.⁹⁹ Förekommer en stor inskränkning av en rättighet krävs starka motiv för det. Vid sådana inskränkningar måste staten ange varför ingreppet är proportionerligt och välja den åtgärd som är minst ingripande. Domstolen ska vid inskränkningar av unionsrättsliga rättigheter balansera makt och medel genom att göra en rimlighetskontroll av den inskränkta rättigheten. För att avgöra om en åtgärd är proportionerlig kan ett proportionalitetstest bestående av tre kriterier göras. Först en bedömning av aktuell åtgärds ändamålsenlighet, sedan en bedömning av åtgärdens nödvändighet och avslutningsvis en avbalansering eller en så kallad intresseavvägning.¹⁰⁰

3.5.2 Processuella begränsningar

Processuella begränsningar av rätten till domstolsprövning är processrättsliga regler som kan försvära rätten att få sin sak prövad i domstol. Det finns inget generellt undantag från rätten till domstolsprövning i förhållande till en viss rättighet. I vissa fall kan dock rätten begränsas i tiden eller rummet eller på grund av domstolens jurisdiktion i vissa fall inskränks.¹⁰¹

Preklusionsfrister utgör angivna tidsgränser inom vilka en part måste väcka talan eller delge den andra parten talan. Införandet av rimliga tidsfrister och processuella villkor för att väcka talan kan främja en effektiv rättsskipning genom att säkerställa rättssäkerhet och slutgiltighet samt skydda potentiella svarande från äldre anspråk som kan vara svåra att bemöta på grund av den förlupna tiden. Enligt både Europarådsrätten och unionsrätten strider preklusionsfrister i princip inte mot artikel 6.1 i EKMR eller artikel 47 i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna.¹⁰² Tidsfristerna får dock inte göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheterna som följer av unionsrätten.¹⁰³

Tidsfrister för överklagande är en del av de processuella reglerna i EU-domstolen och anses vara försvarbart utifrån intresset av rättssäkerhet och förutsebarhet. Det är ofta i båda parternas intresse att ett mål avgörs inom rimliga tidsgränser då det är kostsamt att driva en domstolsprocess under längre tid. Vid överklaganden får däremot tidsfrister inte vara oskäligt korta eftersom det kan resultera i svårigheter för en part att hävda sin rätt inom en orimligt kort

⁹⁹ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s.165.

¹⁰⁰ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 165.

¹⁰¹ Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 365.

¹⁰² Europarådet & FRA, *Handbok om europeisk rätt rörande rätten till rättslig prövning*, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2016, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE, s. 133-134.

¹⁰³ EU-domstolens dom av den 8 september 2011, Q-Beef NV m.fl., C-89/10 och C-96/10, EU:C:2011:555, punkt 36.

tidsperiod. Potentiellt skulle det kunna strida mot rätten till effektiva rättsmedel.¹⁰⁴

3.5.3 Faktiska begränsningar

Inskränkningar i rätten till rättslig prövning eller omständigheter som komplicerar den rättsliga prövningen bör inte resultera i att möjligheten till faktisk prövning upphör. Begränsningar måste bedömas individuellt, då det beror på omständigheterna i det specifika fallet om begränsningen i praktiken inskränker rättsskyddet till en nivå som inte är tillåten.¹⁰⁵

En möjlig begränsning av tillgången till rättslig prövning är överdriven formalism. Detta innebär en alltför strikt tolkning av processregler som potentiellt kan leda till att den sökande förlorar sin rätt till domstolsprövning. Exempel på detta kan vara sträng tolkning av tidsfrister, processuella regler och bevisregler. Det kan även gälla om domstolen lägger stor vikt vid en specifik omständighet, utan att det står i proportion till de sökandes grundläggande rättigheter.¹⁰⁶

Högt ställda beviskrav kan också göra det i praktiken omöjligt svårt för den enskilde att hävda sin rätt. Inom unionsrätten tillämpas numera en särskild ordning för enskilda som önskar göra gällande att de har utsatts för diskriminering. I sådana mål har det tidigare funnits mycket komplicerade bevishinder vilket har gjort det svårt för enskilda att hävda sin rätt att inte utsättas för diskriminering. Numera finns en ordning som innebär att när en sökande har lagt fram inledande fakta presumeras det att diskriminering har förekommit. Vidare är det upp till svarande att bevisa att diskriminering inte förekommit. Även om denna ordning inte gäller för mål om överprövning av en offentlig upphandling kan exemplet vara upplysande då EU-domstolen har valt att ändra tidigare procedurregler då de äldre reglerna gjorde det i praktiken omöjligt att vinna framgång med sin talan, vilket potentiellt riskerar att urholka en unionsrättslig rättighet.¹⁰⁷

För att motverka otillbörlig processföring eller minska administrativa kostnader kan domstolsavgifter bidra till effektiv rättsskipning. Orimligt höga domstolsavgifter kan dock hindra parter från att väcka talan och inskränka rätten till en rättslig prövning. Avgifter måste prövas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet. Om sannolikheten till att nå framgång i

¹⁰⁴ Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 366.

¹⁰⁵ Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013, s. 368.

¹⁰⁶ Europarådet & FRA, Handbok om europeisk rätt rörande rätten till rättslig prövning, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2016, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE, s.128-129.

¹⁰⁷ Europarådet & FRA, Handbok om europeisk rätt rörande rätten till rättslig prövning, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2016, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE, 130-132.

målet är stor skapas fler förutsättningar att ta ut en domstolsavgift än om sannolikheten är liten.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Europarådet & FRA, Handbok om europeisk rätt rörande rätten till rättslig prövning, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2016, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE, s. 125-126.

4 Praktiska och rättsliga konsekvenser av aktivitetsplikten

4.1 Aktivitetsplikten bakgrund

För att sätta aktivitetsplikten i sin rättsliga kontext behöver skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU inledningsvis undersökas. Av bestämmelsen framgår vilka krav som ska uppfyllas för att rätten ska besluta om bifall i en överprövning vilket innebär att upphandlingen kan göras om eller att den får avslutas först efter rättelse skett. Bestämmelsen fastställer två rekvisit som behöver vara uppfyllda för att en domstol ska ingripa i en upphandling. För det första ska den upphandlande myndigheten ha handlat i strid med en upphandlingsregel. Det kan ha skett mot bakgrund av bristande tillämpning av de upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU eller annan bestämmelse i LOU. För det andra ska det rättsstridiga beteendet ha medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada. Prövningen ska således ske i två steg och det måste finnas ett orsakssamband dem emellan. Vid bedömningen av huruvida skaderekvisitet är uppfyllt är domstolen strikt begränsad till den sökande leverantörens omständigheter och kan därför inte beakta andra leverantörers intressen vid bedömningen. Med skada avses i sammanhanget inte bara ekonomisk skada, utan även att leverantören har fått försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen. Det behöver alltså inte stå klart att leverantören hade tilldelats kontraktet om den upphandlande myndigheten inte begått överträdelsen. Tidigare var skaderekvisitet lågt ställt och var i normalfallet uppfyllt vid överträdelser vid det konkurrensuppsökande skedet eftersom bristerna kunnat medföra att leverantören skulle ha utformat anbudet på ett annat sätt.¹⁰⁹ Numera har det blivit mer oklart vad som krävs för att vinna framgång i ett mål om överprövning av en upphandling eftersom det i domen HFD 2022 ref. 4 I & II gjordes en ny tolkning av skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU.

I domen HFD 2022 ref. 4 I & II prövades frågan om den upphandlande myndigheten var skyldig att specificera takvolymen, det vill säga den maximala omfattningen av kontraktet, vid upphandlingen av ett ramavtal. Domstolen hänvisade till EU-domstolens mål *Simonsen & Weel*, där det fastställdes att öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna som påverkas av ingåendet av ett ramavtal skulle åsidosättas om den upphandlande myndigheten underlät att ange högsta värdet eller största

¹⁰⁹ Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012, s. 214.

kvantiteten som avtalet avsåg. Angivna takvolymen är av stor betydelse för att en anbudsgivare ska kunna bedöma sin förmåga att uppfylla sina åtaganden enligt ramavtalet.¹¹⁰ Domstolen konstaterade således att den upphandlande myndigheten hade försummat sin skyldighet att specificera takvolymen i upphandlingsdokumentet.

Trots att den upphandlande myndigheten hade brutit i efterlevnaden av upphandlingsreglerna resulterade det inte i att leverantören fick rätt i sin talan om överprövning av den aktuella upphandlingen. Domstolen tolkar skadebedömningen enligt 20 kap. 6 § på följande sätt:

”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 upphandlingsdokumentet 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).¹¹¹”

Eftersom leverantörerna i målet inte hade påtalat bristerna i förfrågningsunderlaget tidigare kunde ingen av dem anses lida skada eller komma att lida skada enligt 20 kap. 6 § LOU. Tidigt i domskälen konstateras att bestämmelsen om talerätt i 20 kap. 4 § LOU har sin bakgrund i artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet. Artikel 1.3 anger att prövningsförfaranden ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. I rättsmedelsdirektivet finns dock ingen direkt motsvarighet till bestämmelsen om skadeprövningen som ska göras vid en överprövning av en upphandling enligt 20 kap. 6 § LOU. Eftersom skaderekvisitet är utformat på samma sätt som i artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet ska emellertid skadeprövningen göras på samma sätt och med beaktande av den praxis EU-domstolen har utvecklat i anslutning till rättsmedelsdirektivet enligt HFD.

En dom från EU-domstolen som HFD söker vägledning i är *eVigilo*.¹¹² Målet handlade om huruvida sökanden hade rätt att väcka talan angående brister i tilldelningskriterierna, trots att en nationell preskriptionsregel hindrade sådan talan. EU-domstolen konstaterade att det i princip fanns en sådan talerätt, förutsatt att sökanden inte hade förstått eller rimligen borde ha förstått att tilldelningskriterierna bröt mot upphandlingslagstiftningen förrän fullständig information om tilldelningsbeslutet hade lämnats.

¹¹⁰ EU-domstolens dom av den 17 juni 2021, *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490.

¹¹¹ HFD 2022 ref. 4 I & II punkt 25.

¹¹² EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166.

EU-domstolen underströk att det låg på de nationella domstolarna att bedöma om anbudsgivaren faktiskt inte kunde förstå tilldelningskriterierna. Vid bedömningen skulle det beaktas om anbudsgivaren hade begärt förtydliganden under anbudstiden.¹¹³

Även om EU-domstolen uttalade sig om vikten av att beakta om anbudsgivaren hade begärt förtydliganden vid bedömningen av förfrågningsunderlagets tydlighet, så gällde målets kärnfråga talerätten enligt en nationell preskriptionsregel, vilken inte återfinns i svensk upphandlingslagstiftning. Skaderekvisitet i svensk rätt jämfört med artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet har olika funktion och utformning. Därför bör EU-domstolens praxis avseende frågan huruvida en nationell preklusionsregel är förenlig med artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet tillämpas med försiktighet då det är osäkert om målet har relevans för tillämpningen av det svenska objektiva skaderekvisitet. Domen *eVigilo* utgjorde dock grund för prövningen av om skaderekvisitet var uppfyllt eller ej i domen HFD 2022 ref. 4 I & II eftersom det inte finns någon motsvarande bestämmelse om skaderekvisitet i rättsmedelsdirektivet.¹¹⁴

4.2 Underrättspraxis efter HFD 2022 ref. 4 I & II

4.2.1 Vilka typer av brister kräver inte aktivitet?

Förvaltningsrätten har i flera mål gett vägledning kring vilka brister som inte kräver aktivt agerande från leverantören. Domarna har en gemensam nämnare - de berör brister som uppstått under anbudstiden och som inte kunde ha förutsetts. En översyn av rättspraxis tyder på att om sådana brister uppenbarar sig, så finns det inget påbud för leverantören att aktivt uppmärksamma och påtala dem.

Ett tydligt exempel kommer från förvaltningsrätten i Malmö, där domstolen beslutade att en leverantör inte hade vare sig skäl eller skyldighet att ställa frågor eller begära förtydliganden under upphandlingens gång.¹¹⁵ Detta berodde på att den upphandlande myndigheten hade formulerat ett krav som inte var tillräckligt klart. Leverantören kunde därför inte ha förutsett den tolkning och tillämpning som den upphandlande myndigheten gjorde.

Ett liknande resonemang framfördes av förvaltningsrätten i Linköping, där domstolen ansåg att det rörde sig om en sådan otydlighet som först blev uppenbar för leverantören efter anbudstidens utgång.¹¹⁶ Det kunde därmed inte förväntas att leverantören skulle ha kontaktat den upphandlande myndigheten

¹¹³ EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punkterna 55–58.

¹¹⁴ EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166.

¹¹⁵ Förvaltningsrätten i Malmös dom av den 12 januari 2023 (mål nr 10750-22).

¹¹⁶ Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 23 juni 2022 (mål nr 1754-22).

med frågor eller begäran om kompletteringar och förtydliganden gällande kravet för att undvika potentiell skada.

Förvaltningsrätten i Stockholm delade samma syn i ett mål om påtalandeskyldighet.¹¹⁷ Domstolen ansåg att det inte rimligen kunde krävas av en leverantör att upptäcka och påtala sådana brister som inte påverkade dennes möjlighet att delta i upphandlingen eller utformningen av dennes anbud.

Kammarrätten i Jönköping har kommit fram till en annan slutsats än de tidigare nämnda förvaltningsrätterna angående kravet på aktivitet under anbudstiden.¹¹⁸ Målet rörde upphandling av sladd-headset för telefoni. Leverantören ansåg att kravet i sig var klart och att de uppfyllde det, men påpekade en brist i tillämpningen av kravet. Enligt leverantören var beskrivningen av upphandlingsföremålet otydlig och det saknades förklaring i upphandlingsdokumenten om vad som utgör ett professionellt headset. Dessutom påtalade leverantören att det inte finns någon vedertagen definition för en sådan produkt. Kammarrätten framhöll att under dessa omständigheter var det leverantörens ansvar att ställa frågor eller begära förtydliganden. Samtidigt bedömdes det att leverantören inte borde lastas för att den inte förstod att myndigheten gav kravet en särskild betydelse som inte framgick tydligt. Uttrycket kan tolkas som att kammarrätten utvidgar aktivitetsplikten till att inkludera att leverantören behöver ställa frågor kring potentiella alternativa tolkningar som ett krav kan ha.

Det finns också en antydning i rättspraxis om att brister i själva utvärderingen av anbuden undantas från påtalandeskyldigheten. I domen har den upphandlande myndigheten i utvärderingen av anbuden avvikit från de ursprungligen angivna kriterierna i utvärderingsmodellen. Det är svårt för leverantörer att under anbudstiden upptäcka fel som först blir uppenbara vid redovisningen av utvärderingen. Den upphandlande myndigheten har även ett ansvar för att upphandlingen genomförs på ett likabehandlande och transparent sätt så att brister kan upptäckas.¹¹⁹

Sammanfattningsvis kan sägas att domarna rör brister som inte hade kunnat upptäckas före tilldelningsbeslutet. Vad gäller påtalandeskyldigheten vid den typ av brister kan det påstås att aktsamhetsnormen antagligen är vad en normalt omsorgsfull leverantör borde ha upptäckt.

4.2.2 Vilka brister omfattas?

Underrätterna har även gjort vissa uttalanden kring vilka brister som omfattas av aktivitetsplikten. Kammarrätten i Göteborg anförde att alla brister som innebär att upphandlingen behöver göras om omfattas av aktivitetsplikten.¹²⁰ Enligt

¹¹⁷ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 29 juni 2022 (mål nr 4840-22).

¹¹⁸ Kammarrätten i Jönköpings dom av den 2 december 2022 (mål nr 1384-22 1385-1389-22).

¹¹⁹ Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 mars 2023 (mål nr 4860-22), Förvaltningsrätten i Växjö dom av den 30 januari 2023 (mål nr 4752-4754-22) & Förvaltningsrätten i Uppsalas dom av den 27 december 2022 (mål nr 5986-22).

¹²⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 9 januari 2023 (mål nr 4852-22).

Kammarrätten innebär att en leverantör ska göra vad den kan för att undvika skada att denne även behöver uppmärksamma den upphandlande myndigheten på att upphandlingsdokumenten innehåller sådana brister som kan leda till att upphandlingen ska göras om.

I ett annat mål från Kammarrätten i Göteborg bedömde domstolen att aktivitetsplikten gäller för oproportionerliga krav.¹²¹ En av domarna i målet var dock skiljaktig och anförde för egen del att i domen HFD 2022 ref. 4 I & II finns det inget stöd för att, när det gäller frågor om bristande proportionalitet, det krävde att en leverantör redan under anbudstiden vänder sig till den upphandlande myndigheten och ställer frågor samt begär kompletteringar och förtydliganden.

Enligt förvaltningsrätten i Stockholm gäller dock inte aktivitetsplikten när det rör sig om mindre brister.¹²² I det aktuella målet hade den upphandlande myndigheten en otydlig formulering av sitt syfte i ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen. I domskälen yttrar domstolen att ett upphandlingsdokument ska vara utformat på ett sätt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Vidare anser domstolen att det även är skäligt att ställa krav på leverantörerna vad gäller en beskrivning på hur de avser att uppfylla uppdraget. Sådana villkor behöver dock uppfylla förhållandevis höga krav på noggrannhet, tydlighet och transparens som ställs i LOU och unionsrätten. Även om de bristerna som förekom i de aktuella upphandlingsdokumenten inte var mindre brister i domstolens mening kunde ändå leverantören anses lida skada till följd av bristande underlag. Mot bakgrund av att bristerna i upphandlingsdokumenten har det gjort att anbudsgivarna inte kunnat lämna likvärdiga anbud.

Domen HFD 2022 ref. 4 I & II tar sikte på att aktivitetsplikten gäller vid ofullständiga eller otydliga uppgifter i upphandlingsdokumenten. Däremot framgår det inte tydligt huruvida aktivitetsplikten gäller även vid andra typer av brister. Av efterföljande underrättspraxis är det även svårt att utläsa vilken typ av brist i upphandlingsförfarandet som omfattas av aktivitetsplikten. Underrättspraxisen är spretig och det finns argument både för och emot.

4.2.3 I vilken utsträckning behöver leverantörer ställa frågor?

Av domen HFD 2022 ref. 4 I & II framgår det att när en leverantör ansöker om överprövning av en upphandling måste denne konkretisera på vilket sätt bristen i upphandlingen har medfört att leverantören har lidit skada. Domstolen anger även att det inte i sammanhanget räcker med att beskriva skadan i allmänna ordalag. Om domstolen ska kunna göra en bedömning huruvida en leverantör lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en brist i upphandlingen behöver leverantören tydligt och konkret redogöra för hur bristen har påverkat leverantörens konkurrensmöjlighet i upphandlingen. Målet ger dock ingen vägledning i huruvida det räcker med att andra anbudsgivare har påtalat fel eller

¹²¹ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 7 november 2022 (mål nr 3616-22).

¹²² Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 2 juni 2022 (mål nr 2014-22).

om det finns krav på leverantörer att ställa eventuella följdfrågor kring bristen. Båda dessa frågor har dock varit föremål för prövning i underrätterna.

I två olika mål anger domstolen att leverantören inte behövde ställa följdfrågor. Det ena målet avsåg situationen där en annan leverantör redan hade ställt en fråga. Där uttalade förvaltningsrätten att det inte kunde krävas att bolaget upprepar samma fråga som tidigare leverantör redan ställt bara för formens skull.¹²³ I det andra målet hade leverantören ställt en fråga utan att få ett tillfredsställande svar från den upphandlande myndigheten. Kammarrätten förtydligade i målet att även om leverantören inte fått ett klagörande i sin fråga finns det inget krav på att leverantören ska ställa följdfrågor.¹²⁴

I motsättning till nämnda mål anger förvaltningsrätten i Stockholm att en leverantör inte kan förlita sig på andra leverantörers frågor.¹²⁵ Det sökande bolaget hade inte i tillräcklig grad försökt begränsa sin skada genom att ställa frågor och söka förtydliganden under anbudstiden rörande invändningar som förts fram mot delar av upphandlingsdokumenten. Leverantören hade i det aktuella fallet endast allmänt angivit att det hade ställts frågor och besvarats. Det var sålunda inte tillräckligt för att leverantören kunde anses ha lidit skada.

Även när det kommer till huruvida leverantörer bör ställa frågor i en upphandling ger rättspraxis varierande svar. För att en leverantör ska vara på den säkra sidan, särskilt om de önskar att överpröva en upphandling, är det klokt att själv aktivt ställa frågor och inte förlita sig enbart på andra anbudsgivares frågor. Detta blir särskilt viktigt om eventuell oklarhet inte klargörs genom den upphandlande myndighetens svar på en fråga, i sådana fall bör leverantören följa upp med ytterligare frågor.

4.2.4 Vilka tidsaspekter gäller för aktivitetsplikten?

Det som har blivit tydligt angående tidsfristen för att påtala brister, enligt domskälen i domen HFD 2022 ref. 4 I & II, är att leverantörer bör föra fram eventuella brister under anbudstiden snarare än att avvakta till tilldelningsbeslutet. För närvarande finns det inga ytterligare riktlinjer om tidsaspekten för att påtala fel från HFD. Däremot har frågan också diskuterats i flera fall från underrätterna, vilket kan användas som praktiska exempel på hur domstolen tolkar tidsaspekten.

Kammarrätten i Sundsvall bedömde i ett mål att det inte råder någon aktivitetsplikt för leverantörer i de fall där den upphandlande myndigheten lämnade kompletterande upplysningar om upphandlingen för sent, utan att förlänga anbudstiden.¹²⁶ I den aktuella upphandlingen är det fråga om att den upphandlande myndigheten har lämnat kompletterande upplysningar senare än sex dagar före angiven sista dag för anbud och av den anledningen borde anbudstiden ha förlängts. Omständigheterna skiljer sig från de som förelåg i

¹²³ Förvaltningsrätten i Jönköpings dom av den 22 april 2022 (mål nr 5658-21).

¹²⁴ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 16 maj 2022 (mål nr 995-22).

¹²⁵ Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 22 september 2022 (mål nr 5325-22).

¹²⁶ Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 27 mars 2023 (mål nr 255-23).

domen HFD 2022 ref. 4 I & II där leverantörerna haft hela anbudstiden till förfogande för att invända fel i upphandlingen. Bestämmelsen i 12 kap. 6 § LOU ger en tydlig minimifrist och 11 kap. 8 § LOU föreskriver därtill en skyldighet för den upphandlande myndigheten att förlänga anbudstiden om tidsfristen inte hålls.

När bristen senast ska påpekas prövades i förvaltningsrätten i Göteborg.¹²⁷ Domstolen uttryckte att skaderekvisitet är uppfyllt när leverantören per mejl påpekade bristen sista anbudsdag. I det aktuella målet kom det till uttryck att leverantören borde ha påpekat den uppfattade bristen tidigare så att den upphandlande myndigheten i enlighet med likabehandlingsprincipen haft en möjlighet att besvara samtliga eventuella anbudsgivare i funktionen fråga/svar. I målet hade leverantören dock påpekat bristen före tilldelningsbeslutet, och även inom anbudstiden, varför leverantören ansågs uppfyllt skyldigheten att påtala upptäckta fel och brister som framgår av domen HFD 2022 ref. 4 I & II.

Av angivna mål går det att utläsa ett uttryck för att aktivitetsplikten inte gäller när leverantören haft för kort tid att uppmärksamma och påtala bristen. Det är svårt att utifrån angiven praxis dra några exakta gränser för hur lång tid som är tillräcklig men utifrån försiktighetskäl bör leverantörer utgå från att aktivitetsplikten alltid gäller. Även de fall tidsfristen för att uppmärksamma fel har varit kort.

4.3 Kravet på effektiva rättsmedel vid begränsningar

4.3.1 EU-domstolens tolkning av kravet på effektiva rättsmedel

Med införandet av aktivitetsplikt i domen HFD 2022 ref. 4 I & II har ramen för överprövning av offentliga upphandlingar genomgått betydande förändringar. Skyldigheten för leverantörer att aktivt påtala fel under upphandlingsprocessen har aktualiserat viktiga frågor om dess förenlighet med rätten till effektiva rättsmedel. För att fördjupa analysen kommer en jämförelse att göras med liknande rättspraxis på EU-nivå.

I domen *Star Storage och Max Boegl Romania* granskade EU-domstolen huruvida artikel 1.1-1.3 i rättsmedelsdirektivet, i jämförelse med artikel 47 i EU-stadgan, kan tolkas så att de utgör ett hinder för nationella bestämmelser som uppställer villkor för att en sökande ska få tillgång till överprövningsförfarandet, där sökanden måste lämna en garanti för gott uppförande.¹²⁸

Bakgrunden till målen var att två leverantörer hade överklagat beslut från upphandlande myndigheter eftersom de ansåg att de upphandlande myndigheterna hade agerat i strid med upphandlingsdirektiven. Båda överklagandena avvisades dock av domstolen, då varken av leverantörerna hade

¹²⁷ Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 16 mars 2023 (mål nr 1867-23).

¹²⁸ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

lämnat in en god uppförandegaranti. Enligt rumänsk lagstiftning föreskrivs att för att få överklaga ett beslut måste leverantören lämna in en garanti i form av en viss summa pengar som säkerhet för gott uppförande. Lagen fastslår även att de som lämnar en sådan garanti får tillbaka den när förbandet avslutas.¹²⁹

EU-domstolen påpekar att artikel 1.1-1.3 i rättsmedelsdirektivet är utformat för att skydda ekonomiska aktörer mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida. Primärt syftar rättsmedelsdirektivet till att säkerställa att det inom samtliga medlemsländer finns effektiva rättsmedel som möjliggör en korrekt tillämpning av unionsbestämmelser, och det gäller särskilt vid fel som kan rättas. Kravet på en garanti för gott uppförande utgör en förutsättning för att en överprövning ska kunna äga rum vid varje ansökning. Detta utgör därmed en inskränkning i rätten till ett effektivt rättsmedel vid domstol, så som avses i artikel 47 i EU-stadgan.¹³⁰

Eftersom rätten till effektiva rättsmedel enligt artikel 47 i EU-stadgan inte utgör en absolut rättighet, kan rättigheten dock underkastas vissa begränsningar. Enligt artikel 52.1 i EU-stadgan är sådana begränsningar godtagbara om de följer av lag, är förenliga med rättighetens väsentliga innehåll, och om de, enligt en proportionerlighetsbedömning, är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.¹³¹

EU-domstolen bedömer att garantin för gott uppträdande syftar till att skydda den upphandlande myndigheten från risken för olämpligt beteende. Dess huvudsakliga syfte är att underlätta upphandlingsförfaranden genom att förebygga missbruk av rättsmedel och undvika förfarandeförseningar. Därmed främjar garantin en god rättskipning, vilket är förenligt med målsättningarna i de relevanta EU-direktiven. Dock måste finansiella krav, såsom garantin för gott uppträdande, stå i rimlig proportion till det eftersträvade syftet och får inte utgöra en onödig börda för sökanden. EU-domstolen noterar att garantins omfattning har minskat över tiden, men den utgör fortfarande ett medel för att bekämpa missbruk av rättsmedel. Garantin kan dock avskräcka sökanden från att överklaga i onödan och uppmuntra dem att allvarligt överväga sina intressen och chanser till framgång i ett överprövningsmål. Dessutom konstaterar domstolen att garantin kan ställas i form av en bankgaranti och behöver endast gälla från överklagandets inlämnande till dess att målet vinner laga kraft. Sökanden i överprövningsmål återfår således garantin efter målet har prövats. Därför, med beaktande av dessa faktorer, finner EU-domstolen att kravet på garantin för gott uppträdande inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som syftar till att bekämpa missbruk av rättsmedel.¹³²

¹²⁹ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkterna 9-20.

¹³⁰ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkterna 38-41.

¹³¹ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 49.

¹³² EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkterna 51-63.

4.3.2 Aktivitetsplikten – en begränsning av rätten till effektiva rättsmedel?

Star Storage och Max Boegl-domen jämförs med HFD 2022 ref. 4 I & II för att analysera likheter och skillnader i följande avsnitt.¹³³

Båda domarna handlar om möjligheten att överpröva en upphandling där leverantörer anser att den upphandlande myndigheten har agerat rättsstridigt under ett upphandlingsförfarande. I domen *Star Storage och Max Boegl* konstaterade EU-domstolen att en nationell reglering som sätter villkor för tillgången till ett överprövningsförfarande är en begränsning av effektiva rättsmedel.¹³⁴ Ett villkor innebär en förutsättning för genomförandet av något. För att en leverantör ska anses lidit eller komma lida skada till följd av den upphandlande myndighetens bristande tillämpning av LOU förutsätter det att leverantören har påpekat fel under upphandlingen. Dessutom begränsar villkoret tillgången till rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Aktivitetsplikten utgör således ett villkor som begränsar leverantörers rätt till effektiva rättsmedel.

Skillnaden är dock att i *Star Storage och Max Boegl*-domen avvisas ansökan direkt eftersom sökanden ej har betalat en garantiavgift för gott uppförande.¹³⁵ I HFD 2022 ref. 4 I & II prövas målen i sak, däremot hindrar införandet av aktivitetsplikten att leverantören får framgång i sin talan eftersom denne inte lyckats visa på att den har påpekat fel under upphandlingens gång, trots att domstolen kommer fram till att den upphandlande myndigheten i målen har handlat i strid med upphandlingsregelverket.

De två domarna kan jämföras mot bakgrund av hur nationell reglering sätter villkor för överprövningsförfarandet kan påverka rätten till en rättvis rättegång. Argumentationen rör gränserna för medlemsstaternas processuella autonomi och om domstolen får införa villkor som gör det svårare för leverantörer att överpröva ett upphandlingsförfarande. En förutsättning för att inleda en rättslig prövning är i sig en inskränkning i rätten till effektiva rättsmedel. Även andra krav i överprövningsprocessen har ansetts utgöra en begränsning i prövningsmöjligheten.

Om rätten tillämpar en överdriven formalism kan detta utgöra en begränsning av rätten till effektiva rättsmedel.¹³⁶ Domstolen tolkar skaderekvisitet så strängt att det potentiellt kan leda till att den sökande förlorar sin rätt till domstolsprövning. Exempel på överdriven formalism kan vara en sträng tolkning av tidsfrister, processuella regler och bevisregler. Det kan även gälla om

¹³³ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

¹³⁴ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

¹³⁵ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

¹³⁶ Se avsnitt 3.5.3 faktiska begränsningar.

domstolen lägger stor vikt vid en specifik omständighet, utan att det står i proportion till de sökandes grundläggande rättigheter.

Mot bakgrund av den spretiga underrättspraxisen avseende tolkningen av aktivitetsplikten är det oklart huruvida den ska tolkas som en materiell preklusionsfrist som innebär att en rättighet inte längre kan göras gällande om den inte anmäls eller görs föremål för en talan i domstol inom en viss närmare föreskriven tid eller som en ren skadebedömning.¹³⁷ Även om HFD inte har haft avsikt att införa en materiell preklusionsfrist kan det konstateras att viss underrättspraxis har preklusionsliknande drag. EU-domstolen har tidigare understrukit att det eftersträvade målet i rättsmedelsdirektivet vad gäller skyndsamhet måste uppnås i överensstämmelse med kravet på rättssäkerhet. För medlemsstaterna innebär det en skyldighet att införa regelverk avseende tidsfrister som är så klart, precist och förutsebart att enskilda ges en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.¹³⁸ De processuella reglerna ska säkerställa att den ändamålsenliga verkan av rättsmedelsdirektiven inte undergrävs och att enskilda rättigheter enligt unionsrätten tillvaratas.¹³⁹ Bara det faktum att det är otydligt huruvida HFD har infört en materiell preklusionsfrist eller ej talar för att domen HFD 2022 ref. 4 I & II inte uppfyller de rättssäkerhetskrav unionen uppställer för medlemsstaterna.

Oavsett om domen HFD 2022 ref. 4 I & II ska tolkas som en materiell preklusionsfrist eller en ren skadebedömning innebär införandet av aktivitetsplikten en begränsning av rätten till effektiva rättsmedel eftersom det försvårar möjligheten för leverantörer att få sin sak prövad i domstol.

Aktivitetsplikten skulle även potentiellt kunna stå i strid med effektivitetsprincipen eftersom det är en nationell bestämmelse som i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten. Här finns det utrymme att ifrågasätta nödvändigheten av en skyldighet för leverantörer att under upphandlingen påtala fel. I målet *SLAC Construction* kom EU-domstolen fram till att tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett så sätt att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.¹⁴⁰ Hade upphandlande myndigheter uppfyllt denna skyldighet hade det inte funnits utrymme för leverantörer att tolka kriterierna på olika sätt och upphandlingsdokumenten skulle således inte gett utrymme för några frågor. I domen HFD 2022 ref. 4 I & II uppstår det ändå tolkningssvårigheter eftersom den upphandlande myndigheten på grund av tilldelningskriterier som inte är tydligt formulerade.

¹³⁷ Behandlas vidare i avsnitt 5.4.2 Är aktivitetsplikten en preklusionsfrist?

¹³⁸ EU-domstolens dom av den 28 januari 2010, kommissionen/Irland, C-456/08, punkt 61 och EU-domstolens dom av den 30 maj 1991, kommissionen/Tyskland, C-361/88, EU:C:1991:224, punkt 24.

¹³⁹ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, Star Storage och Max Boegl Romania, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkterna 43-45.

¹⁴⁰ EU-domstolens dom av den 18 oktober 2001, SIAC Constructions, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 47.

LOU är dessutom en skyddslagstiftning för leverantörer.¹⁴¹ Av den anledning finns det utrymme att ifrågasätta huruvida aktivitetsplikten borde betunga leverantörer då det är den upphandlande myndigheten som inte uppfyller de krav unionsrätten uppställer.

Begränsningar av rätten till effektiva rättsmedel är tillåtna under förutsättningen att dessa föregås av en proportionalitetsbedömning. Domstolen i domen HFD 2022 ref. 4 I & II skulle därför behöva göra en proportionalitetsbedömning i den enskilda situationen innan den införde ett generellt krav på en aktivitetsplikt i samband med en överprövningsprocess.

4.4 Proportionalitetsbedömning av HFD 2022 ref. 4 I & II

Enligt artikel 52.1 i EU-stadgan är rättighetsbegränsningar godtagbara om de följer av lag, är förenliga med rättighetens väsentliga innehåll, och om de, enligt en proportionerlighetsbedömning, är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för enskildas rättigheter och friheter. Vidare följer en proportionalitetsbedömning av aktivitetsplikten som den kom till uttryck i domen HFD 2022 ref. 4 I & II mot bakgrund av de argument som anfördes i domen *Star Storage och Max Boegl*.¹⁴²

Vid en proportionalitetsbedömning behöver det först undersökas huruvida begränsningen av en rättighet har stöd i lag. Domstolen uttrycker i domen HFD 2022 ref. 4 I & II att det inte finns någon motsvarande bestämmelse till 20 kap. 6 § LOU i rättsmedelsdirektiven och att praxis avseende talerätten i 20 kap. 4 § LOU får vara vägledande eftersom båda bestämmelserna har samma skaderekvisit. Därefter hänvisar HFD till målet *eVigilo* där EU-domstolen underströk att det låg på de nationella domstolarna att bedöma om anbudsgivaren faktiskt inte kunde förstå tilldelningskriterierna.¹⁴³ Vid bedömningen ska det beaktas om anbudsgivaren har begärt förtydliganden under anbudstiden. HFD finner alltså stöd i lag för aktivitetsplikten genom att söka ledning i praxis från artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet.

Å andra sidan kan det anföras att det inte finns tydligt lagstöd för aktivitetsplikten. Det är viktigt att notera att rättsmedelsdirektivet inte innehåller en motsvarande bestämmelse till 20 kap. 6 § LOU. Däremot delar skaderekvisitet likheter med 20 kap. 4 § LOU, som reglerar talerätten i överprövningsmål och som bygger på artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet. Formuleringen i LOU avviker dock från direktivets, vilket komplicerar tolkningen av talerätsbestämmelsen i

¹⁴¹ EU-domstolens dom av den 3 oktober 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 16.

¹⁴² EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

¹⁴³ EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166.

LOU.¹⁴⁴ För talerätt enligt LOU räcker det med att sökanden *anser* sig lida skada. Frågan huruvida skada föreligger i objektiv mening i svensk rätt är inte kopplat till själva talerätten utan till den efterföljande materiella prövningen av målets sakomständigheter, vilket skiljer sig från artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet. Enligt principen om likvärdighet, som är en central riktlinje för den processuella autonomi som medlemsstaterna har, måste varje tillgänglig talan i nationell rätt även finnas tillgänglig för att säkerställa att unionsrätten tillämpas på lika villkor.¹⁴⁵ EU-domstolens praxis avseende artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet bör därför tillämpas med försiktighet då det är osäkert om denna praxis kan ha relevans för tillämpningen av det objektiva skaderekvisitet.

Vidare måste en granskning om begränsningen är förenlig med rättighetens väsentliga innehåll företas. I *Star Storage och Max Boegl*-domen påpekar EU-domstolen att syftet med uppförandegarantin är att skydda den upphandlande myndigheten från eventuellt olämpligt beteende.¹⁴⁶ Huvudsyftet med garantin är att underlätta upphandlingsförfaranden genom att förhindra missbruk av rättsmedel och fördröjning av förfarandet. EU-domstolen fastslår att detta utgör ett legitimt syfte.¹⁴⁷ Även om domstolen i domen HFD ref. 4 I & II inte anger avsikten med aktivitetsplikten, kan syftet möjligen härledas ur tidigare förarbeten där införandet av aktivitetsplikten diskuterades. Avsikten med en sådan plikt, likt uppförandegarantin, är att förhindra missbruk av rättsmedel och att förfarandet förhalas. Långa domstolsprocesser är både kostsamma för leverantörer och upphandlande myndigheter eftersom upphandlingsprocessen sätts på paus.¹⁴⁸ Därav kan det sägas att aktivitetsplikten tjänar ett legitimt syfte.

När det kommer till frågan om åtgärden är nödvändig för att uppnå ändamålen eller om det finns mindre inskränkande alternativ, kan diskussionen ofta vara präglad av en mer skönsässig bedömning snarare än en strikt juridisk analys.¹⁴⁹ Avseende frågan kan det argumenteras för att en domstolsavgift möjligen skulle kunna vara mer ändamålsenlig än en aktivitetsplikt. Aktivitetsplikten aktualiseras endast i de fall där den upphandlande myndigheten faktiskt kan påvisas ha handlat i strid med upphandlingslagstiftningen efter en prövning. Med tanke på att reglerna om offentlig upphandling strävar efter att främja fri konkurrens på den europeiska marknaden framstår det som anmärkningsvärt att en leverantör som har blivit utsatt för konkurrensnedvridande beteende från den upphandlande myndighetens sida inte skulle ha möjlighet att få det korrigerat, endast på grund av att den inte själv har lyckats visa att den påtalat fel som den upphandlande myndigheten har begått.

¹⁴⁴ Se HFD 2017 ref. 62 & Östlund Lundholm, Jonathan, Talerätt vid ansökan om överprövning, UrT 2019 s. 14.

¹⁴⁵ EU-domstolens dom av den 27 februari 2003, Santex, C-327/00, EU:C:2003:109, punkt 47 & EU-domstolens dom av den 19 juni 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360, punkt 45.

¹⁴⁶ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, Star Storage och Max Boegl Romania, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

¹⁴⁷ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, Star Storage och Max Boegl Romania, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688, punkt 52.

¹⁴⁸ SOU 2015:12, s. 154-158.

¹⁴⁹ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018, s. 166.

Dessutom skulle det innebära att leverantörer får den huvudsakliga uppgiften att tillse efterlevnaden av LOU, vilket är betungande.

Argumentationen går även i linje med den som kan föras kring den sista frågan i proportionalitetsbedömningen. Står åtgärden och dess konsekvenser i rimlig proportion till den skada eller andra negativa effekter som åtgärden kan förorsaka för den berörda? I *Star Storage och Max Boegl*-domen ansågs begränsningen vara proportionerlig eftersom den avgift som erlades för att möjliggöra en effektiv prövning återbetalades så snart prövningen var avklarad.¹⁵⁰ Detta skiljer sig från domen HFD 2022 ref. 4 I & II där det inte finns någon möjlighet till retroaktiv påpekande av fel. Om anbudsgivaren underlåter att påtala fel under upphandlingens gång, har denne försummat möjligheten att vinna framgång i domstol. Bedömningen av om åtgärden och dess konsekvenser står i rimlig proportion till den skada eller andra negativa effekter som åtgärden kan förorsaka för den berörda måste göras med beaktande av ett ändamålsperspektiv. Syftet med aktivitetsplikten är att minska antalet överprövningar och missbruk av rättsmedel. Genom att påtala fel under upphandlingens gång ges den upphandlande myndigheten möjlighet att svara på frågor och rätta till brister i upphandlingsdokumenten. Aktivitetsplikten överensstämmer även med syftet med överprövning som ett primärt rättsmedel, nämligen att fel ska kunna rättas i ett så tidigt stadie som möjligt.

Å andra sidan kan det argumenteras att aktivitetsplikten har en effekt som legitimerar upphandlande myndigheters rättsstridiga beteende, eftersom leverantörer inte tillräckligt ofta påtalar fel. Rättsmedelsdirektivets syfte är att säkerställa efterlevnaden av LOU-direktivet, vilket i sin tur syftar till en effektiv och sund konkurrens vid offentliga anskaffningar inom unionen. Om beteenden som strider mot detta legitimeras, skulle det potentiellt kunna undergräva upphandlingsrätten. Vid en avvägning av intressen kan det hävdas att upprätthållandet av balans inom ett rättsområde har högre legitimitet än att minska antalet överprövningar. Ett mindre ingripande sätt att hantera problemet med överprövningar kan vara att säkerställa att upphandlande myndigheter formulerar tydliga och omfattande upphandlingsdokument, så att det inte blir problematiskt för leverantörer att tolka vad som krävs för att lämna det mest fördelaktiga anbudet.

4.5 Sammanfattande slutsatser

Föregående kapitel syftar till att utreda vilka praktiska och rättsliga konsekvenser aktivitetsplikten har tillfört överprövningsprocessen av offentliga upphandlingar. Aktivitetsplikten infördes i svensk praxis genom domen HFD 2022 ref. 4 I & II där domstolen uttrycker att leverantörer måste påtala fel under upphandlingen för att anses ha lidit skada eller komma lida skada till följd av bristande tillämpning av LOU. HFD finner stöd för sina argument i EU-domstolens mål

¹⁵⁰ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

eVigilo.¹⁵¹ Målet behandlar frågan om talerätt som regleras i 20 kap. 4 § LOU alltså hur dörren öppnas till domstolen. Målet behandlar således inte skaderekvisitet i 20 kap. 6 § LOU om överprövning.

EU-domstolen har tidigare konstaterat i ett mål liknande HFD 2022 ref. 4 I & II att införandet av krav i processen för överprövning är ett sätt att begränsa enskildas rätt till effektiva rättsmedel.¹⁵² Medlemsstaterna har friheten att införa begränsningar i processen så länge det föregås av en proportionalitetsbedömning och är i enlighet med principerna om likvärdighet och effektivitet.

Domen HFD 2022 ref. 4 I & II uppställer begränsningar på prövningsförfarandet eftersom en leverantör numera måste påtala fel den upphandlande myndigheten gjort under upphandlingen för att kunna ivarata sin rätt. Mot bakgrund av den spretiga underrättspraxisen efter domen är det oklart hur långt aktivitetsplikten sträcker sig. Vilka fel som ska påtalas, när dessa ska påtalas och hur mycket frågor leverantörerna är tvungna att ställa avseende ett potentiellt fel. Detta är i sig ett förutsebarhetsproblem och det finns utrymme att rikta kritik gentemot HFD:s relativt kortfattade domskäl mot bakgrund av den omfattande ändringen i överprövningsprocessen som aktivitetsplikten inför. Aktivitetsplikten skulle dessutom kunna utgöra en begränsning av rätten till domstolsprövning i form av överdriven formalism. Detta innebär en alltför strikt tolkning av processregler som potentiellt kan leda till att den sökande förlorar sin rätt till domstolsprövning.

Det finns således stöd för påståendet att HFD genom införandet av aktivitetsplikten begränsade leverantörers rätt till effektiva rättsmedel i ett överprövningsförfarande utan att det föregicks av en proportionalitetsbedömning. Eftersom en proportionalitetsbedömning delvis bygger på skönsmåssiga bedömningar finns en möjlighet att HFD ändå skulle kommit fram till att begränsningen är proportionerlig mot bakgrund av att skyndsamma förfarande också måste beaktas för att leverantörerna ska erhålla effektiva rättsmedel. Dock finns det även stöd för att den inte är proportionerlig eftersom alternativa mindre ingripande åtgärder finns att tillgå. Dessutom riskerar det undergräva hela upphandlingsrätten som rättsområde eftersom praxis legitimerar upphandlande myndigheters rättsstridiga beteende.

Vad gäller de praktiska konsekvenserna av domen har det blivit mycket svårt för leverantörer att tillvarata sin rätt i domstol. Det skulle numera krävas att leverantörer har mycket kunskap om upphandlingsrätt vid ett potentiellt upphandlingsförfarande. Förutsebarhetsproblemet avseende tolkningen av aktivitetsplikten har även en praktisk konsekvens eftersom det numera blir utmanande för leverantörer att veta huruvida de har möjlighet att vinna framgång eller ej och om det på så sätt är värt att lägga ned tid och resurser på en talan i domstol.

¹⁵¹ EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166.

¹⁵² EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

5 Leverantörers utmaningar i en överprövning

5.1 Särdrag för överprövningsprocessen

För att skapa en grund för bedömningen av framgångsmöjligheterna i en överprövningsprocess, är det avgörande att förstå överprövningsprocessens särdrag. Offentlig upphandling utmärker sig som ett rättsområde som har vissa likheter med civilprocessen, vilket är en skillnad från andra traditionella områden inom förvaltningsrätten. I mål som rör offentlig upphandling återfinns en partsställning som liknar den i civilprocesser. Därvid betraktas parternas styrkeförhållande som mer balanserat än inom andra områden av förvaltningsrätten.¹⁵³ Mål om överprövning brukar kallas kommersiella förvaltningsmål eftersom de befinner sig i gränslandet mellan förvaltningsmål och dispositiva tvistemål. I brytpunkten mellan dessa måltyper uppkommer frågan om hur ansvarsfördelningen ska se ut mellan parterna, hur ska domstolen skaffa processmaterial och hur ska processramen sättas för målen.¹⁵⁴

Upphandlingsmål räknas till de förvaltningsrättsliga måltyperna varför målen handläggs enligt FPL eftersom det inte finns många särskilt angivna processuella regler i LOU. I en överklagan ska det enligt 4 § FPL anges vad som yrkas och de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Bestämmelsen kompletteras av 29 § FPL som anger att domstolens avgörande ej får gå utanför vad som yrkas. Enligt 30 § FPL ska rättsens avgörande grundas på handlingarna. Bestämmelsen kan sägas reglera vad som utgör processmaterial och således vilka omständigheter som förvaltningsdomstolen får döma utifrån i målet.¹⁵⁵ Domstolens utredningsansvar kommer till uttryck i 8 § FPL som föreskriver att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver vilket är ett uttryck för officialprincipen som ofta kännetecknar förvaltningsprocessen. Vidare anges i bestämmelsens andra stycke även att parterna i målet ska verka för att avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar genom att ställa frågor och göra påpekanden. Omfattningen av domstolens utredningsansvar kan inte fastställas generellt, utan beror på målets beskaffenhet. Faktorer som påverkar utredningsansvaret inkluderar måltyp och tvisteföremål, där både allmänna och enskilda intressen bakom den materiella regleringen beaktas. Även parternas

¹⁵³ RÅ 2009 ref. 69.

¹⁵⁴ Rappmann, Hanna, Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten vid en försiktig tillämpning av officialprincipen i upphandlingsmål, JP 2019 s. 372.

¹⁵⁵ Se Blomberg, Jesper & Södergren, Patrik, Förvaltningsprocesslag (1971:291) 30 §, Lexino (JUNO), lydelse 2023-10-18.

styrkeförhållande, samt deras partsställning, är relevant för utredningsansvarets omfattning.¹⁵⁶

I domen RÅ 2009 ref. 69 påpekar HFD att mål om offentlig upphandling involverar ekonomiska förhållanden mellan privata företag, vilket gör upphandlingsmål liknande tvister inom den allmänna processrätten. Inom civilrätten tillämpas förhandlingsprincipen. Därför bör officialprincipen tillämpas försiktigt i upphandlingsmål. Som grundprincip bör det krävas att den part som påstår att en upphandling är felaktig tydligt anger vilka omständigheter talan grundas på.

Beslutet kallas för "HFD:s försiktiga införande av en åberopsbörda i upphandlingsmål". Utifrån domen är det inte klart vilket ansvar domstolarna har för utredningen i målet. Även om det är tydligt att parterna måste anstränga sig för att åberopa alla omständigheter som de tror kan gynna deras sak, betyder det inte att domstolen ska agera passivt och låta parterna själva hantera processen som om det vore en ren förhandling. Officialprincipen ska dock tillämpas med försiktighet, vilket innebär att det är parternas ansvar att ange de omständigheter som talan grundas på. Att parterna sätter ramen för processen betyder dock inte att domstolen bör passivt åse processen.¹⁵⁷

Förhandlingsprincipen präglar som nämnt processen i dispositiva tvistemål. Enligt 17 kap. 3 § RB får domstolen ej meddela dom om annat eller mer än vad part i behörig ordning har yrkat. Detta innebär till skillnad från vad som gäller enligt officialprincipen att domstolen ej får lägga en omständighet som part inte har åberopat, till grund för avgörandet. Domstolen är således bunden till både parternas yrkanden och de faktiska omständigheter som ligger till grund för yrkandena.

I den proposition som ligger till grund för FPL diskuterades huruvida officialprincipen eller förhandlingsprincipen skulle styra förfarandet i förvaltningsdomstol. Först och främst var förhandlingsprincipen uteslutet på generell basis eftersom det i många av målen endast finns en part. Det saknas mot den bakgrund avgörande förutsättningar för att kunna anordna förfaranden som var en förhandling mellan två parter. Det anfördes även att det var uteslutet mot bakgrund av intresset av materiellt riktiga domar. Rättens verksamhet i fråga om utredning kommer att gestalta sig olika beroende på om det är ett en eller tvåpartsmål och om den ena parten har ett ombud.¹⁵⁸

5.2 Materiell riktighet kontra skyndsamhet

Officialprincipen, i sin renodlade form, förpliktar domstolen att säkerställa att utredningen i målet blir så fullständig som krävs för ett materiellt riktigt beslut.

¹⁵⁶ Se Jermsten, Rikard, Förvaltningsprocesslag (1971:291) 8 §, Karnov (JUNO), lydelse 2023-10-18.

¹⁵⁷ Ehn, Magnus, Kan du bevisa det?- åberopsbörda och bevisbörda i upphandlingsmål, UrT 2017 s. 252-253.

¹⁵⁸ Prop. 1971:30, s. 526.

Principens funktion är att bevaka de intressen som är inblandade i målet, oavsett om det är den enskilda partens eller allmänhetens intressen.¹⁵⁹ Rättssäkerhet utgör ett av de tre överordnade målen inom förvaltningspolitiken. Det innebär att förvaltningen ska fatta beslut som är korrekta i sak och som grundar sig på lagar och regler med möjlighet till omfattande prövning i domstol.¹⁶⁰ Beslut som är materiellt riktiga har en nära koppling till rätten till effektiva rättsmedel; båda faktorerna är centrala för att säkerställa rättssäkerheten. När ett beslut överklagas är det av avgörande vikt att det uppfyller höga krav på förutsebarhet, enhetlighet och konsekvens för att rättssäkerheten ska kunna garanteras fullt ut.¹⁶¹

Inom vissa förvaltningsrättsliga måltyper är dock intresset av ett snabbt avgörande ännu viktigare. Mål om överprövning av en offentlig upphandling tillhör denna grupp. Anledningen till att det är viktigt med skyndsamhet i dessa förfaranden är att det ofta är en krets av personer som har ett intresse av att få ett slutgiltigt besked. Bli processen långdragen kan det även resultera i stora samhällsekonomiska konsekvenser eftersom den upphandlande myndigheten inte kan tillhandahålla medborgarna viktiga samhällsfunktioner. Av rättssäkerhetssynpunkt kan det också vara problematiskt att en domstolsprövning dröjer eftersom målet kan meddelas så sent att dess utgång inte längre har någon praktisk betydelse.¹⁶² HFD har även uttryckligen uttalat i domen RÅ 2013 ref. 5 att en överprövning inte tar sikte på det materiella resultatet i upphandlingen utan endast på om myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som gäller enligt LOU. Domstolens uttalande bekräftas även i regeringens proposition till den senaste lagändringen i LOU som tar sikte på en effektivare överprövningprocess.¹⁶³

Genom en ändamålsenlig tolkning av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet framstår det som möjligt att ifrågasätta om det utgör en exakt tolkning av såväl rättsmedelsdirektivet som rättsskyddsprincipen. Direktivet föreskriver i artikel 1.3 att medlemsstaterna bör säkerställa att prövningsförfaranden är tillgängliga under de villkor som staterna själva fastställer, särskilt för alla som har eller har haft intresse av att ingå ett visst avtal och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av överträdelsen. Det väcker frågan om en leverantör som har haft ett intresse av att erhålla ett offentligt kontrakt och som också har fått upphandlingen prövad inför domstol, i praktiken kan anses vara oberoende av upphandlingens materiella riktighet. Även om LOU i huvudsak består av procedurregler för offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, betyder det inte att domstolsavgöranden aldrig berör upphandlingens materiella resultat. Snarare är det troligtvis vanligt att ett bifall till en överprövning, som fokuserar på kvalificerings- eller utvärderingsfasen i en upphandling, har en precis och påtaglig påverkan på upphandlingens faktiska utfall och berör den vinnande leverantören på ett påtagligt sätt.

¹⁵⁹ Dahlgren, Göran, Allmän förvaltningsdomstols officialprövning, SvJT 1994 s. 391- 392.

¹⁶⁰ SOU 1997:57, s. 37.

¹⁶¹ Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, FT 2010 s. 253.

¹⁶² SOU 2010:44, s. 320-321.

¹⁶³ Prop. 2021/22:120, s. 26.

5.3 Absolut sekretess

Svenska myndigheters offentliga verksamhet har länge präglats av öppenhet och insyn för allmänheten och media. Eftersom det allmänna har ett långtgående ansvar i att förvalta skattepengar är det viktigt att medborgarna får insyn och därmed en möjlighet att granska myndigheternas arbete.¹⁶⁴ Detta är grunden för offentlighetsprincipen, som inte är ett rättsligt definierat begrepp utan ett uttryck för ståndpunkten att medborgarna ska ha full insyn i det allmänna verksamhet.¹⁶⁵

Under en upphandling råder det absolut sekretess enligt 19 kap. 3 § st. 2 OSL. Det innebär att uppgifter som rör anbud inte i något fall får lämnas till annan än den som avgett anbudet. Röjande av sådana uppgifter innebär att den upphandlande myndigheten gör sig skyldig till brott mot tystnadsplikt enligt 20 kap. 3 § BrB. Konsekvensen av sådant brott kan resultera i fängelse eller böter. Begreppet ”uppgifter som rör anbud” avser i tillägg till uppgifter om det faktiska anbudet, även uppgifter om exempelvis ansökningar om att få lämna anbud.¹⁶⁶ Den absoluta sekretessen syftar till att skydda konkurrensen eftersom det är hemligt vilka som lämnat anbud och vad andra anbudsgivare har erbjudit. Således finns ingen möjlighet för leverantörer att positionera sig utifrån vetskapen om övriga anbudsgivare och vad de har erbjudit.¹⁶⁷ Skulle känsliga uppgifter om anbud offentliggöras kan det inte enbart skada den berörda anbudsgivaren, utan ytterst skulle det kunna sabotera en hel upphandling så att den måste göras om. Eftersom den upphandlande myndigheten får in alla anbud har denne självklart vetskap om inkomna anbuds innehåll. Därför är det viktigt mot bakgrund av de upphandlingsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling enligt 4 kap. 1 § LOU, att den upphandlande myndigheten tillser att en viss anbudsgivare inte får ett otillbörligt informationsövertag i förhållande till övriga anbudsgivare.¹⁶⁸

Den absoluta sekretessen sträcker sig fram till tilldelningsbeslutet därefter upphör den. Detta innebär dock inte att uppgifter om anbud automatiskt får lämnas ut. Efter tilldelningsbeslutet behöver myndigheten ta ställning till om andra sekretessbestämmelser ska gälla. Exempel på sådana sekretessbestämmelser kan vara sekretess till skydd för det allmänna ekonomiska intresse enligt 19 kap. 3 § första stycket OSL eller sekretess till skydd för enskilda affärs- eller driftsförhållanden enligt 31 kap. 16 § OSL.¹⁶⁹ För leverantörer innebär det att de inte kan få tillgång på övriga leverantörers anbud förrän efter tilldelningsbeslutet har fattats. Därefter kan de begära ut handlingar från myndigheten men det är inte säkert att myndigheten får ge ut handlingarna efter en sekretessprövning.

¹⁶⁴ Prop. 2008/09:150, s. 272.

¹⁶⁵ Kers, Elin, Sekretess i offentliga upphandlingar enligt LOU, UrT 2018, s. 28.

¹⁶⁶ Lindberg, Olle & Pedersen, Kristian, Upphandlingsrättens grunder- en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 6 u., Jure, Stockholm, 2023, s. 175.

¹⁶⁷ Upphandlingsmyndigheten, Sekretess i offentlig upphandling,

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/gora-affarer-med-offentlig-sektor/offentlighet-och-sekretess--for-leverantorer/sekretess-i-offentlig-upphandling/>, lydelse 2023-10-27.

¹⁶⁸ Eriksson, Anna Karolina, Hanna, Lundqvist & Nilsson, Anders, Offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling, UrT 2020 s. 184.

¹⁶⁹ Kers, Elin, Sekretess i offentliga upphandlingar enligt LOU, UrT 2018 s. 34.

Vad gäller den absoluta sekretessen blir informationsövertaget särskilt relevant mot bakgrund av rätten till effektiva rättsmedel och då särskilt principen om likställdhet inför rätten

Likställdhet inför rätten är som tidigare nämnt en integrerad del av artikel 47 i EU-stadgan och innebär en skyldighet att erbjuda varje part en rimlig möjlighet att framföra sin sak under förhållanden som inte ger den en uppenbart mindre fördelaktig ställning jämfört med sin motpart. Eftersom den upphandlande myndigheten har full vetskap om alla inkomna anbud och tillhörande handlingar under hela förfarandet kan det ifrågasättas huruvida de är likställda med en leverantör som inte vet mer än vad de själva har skickat in och de frågor som eventuellt besvarats under förfarandets gång. Detta kan även anföras som ett argument för att domstolens utredningsplikt i vissa hänseenden kanske är mer nödvändig än vad domstolen generellt utgår från i upphandlingsmål.

5.4 Preklusionsregler

Den 1 juli 2022, alltså efter HFD meddelade domen om aktivitetsplikten, infördes ytterligare en processuell begränsning av rätten till effektiva rättsmedel och rätten att få sin sak prövad i domstol. Enligt 20 kap. 5 b-c § får rätten numera endast beakta en omständighet som leverantören hänvisar till under vissa förutsättningar. Den relativt nyinförda preklusionsfristen gäller i både förvaltningsrätt och i kammarrätt. I förvaltningsrätten ska en leverantör som ansöker om överprövning som huvudregel åberopa alla omständigheter till grund för sin talan inom tre veckor från den dag ansökan kom in till förvaltningsrätten. Åberopas nya omständigheter senare än tre veckor får dessa enbart beaktas av domstolen om leverantören gör det sannolikt att den ej kunnat åberopa omständigheten tidigare eller om leverantören haft en giltig ursäkt för att inte inkomma med uppgiften tidigare. I kammarrätten är förutsättningarna för att åberopa omständigheter till stöd för sin talan ännu strängare än i förvaltningsrätten. Här får en leverantör endast åberopa nya omständigheter om det inte åberopats i förvaltningsrätten eller om leverantören annars har haft en giltig ursäkt för att inte göra det.¹⁷⁰

Skälen till införandet av preklusionsfristen är främst behovet av skyndsamhet och förutsebarhet i processen. Preklusionsfristen motiveras också av att det förhållandevis jämna styrkeförhållandet parterna emellan i överprövningsprocessen och att parterna själva har stort ansvar för utredningen i målet. Enligt rättsmedelsdirektivet är det tillåtet med införandet av preklusionsfrister i nationella förfaranden så länge fristen är skälig. I EU-

¹⁷⁰ Upphandlingsmyndigheten, Överprövning av en upphandling, <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/overprovning-och-andra-rattsmedel/overprovning/av-en-upphandling/>, lydelse 2023-10-27.

domstolens praxis har domstolen uttryckt sitt stöd för preklusionsfrister vilket talar för införandet av sådana frister i nationell lagstiftning.¹⁷¹

När förslaget om preklusionsfrist presenterades, uttryckte konkurrenskommissionen kritik mot det. Kritiken grundade sig i att fristen i förvaltningsrätten endast gäller ena parten, vilket potentiellt kunde strida mot rätten till en rättvis rättegång.¹⁷² Kritiken är i linje med problematiken kring den absoluta sekretessen.

I överprövningsförfaranden ställs höga krav på leverantörer, i takt med införandet av fler processuella begränsningar minskar deras möjligheter att vinna framgång i processen. Den upphandlande myndigheten anses vara likställd med leverantörerna i överprövningsprocessen, vilket innebär att officialprincipen tillämpas med försiktighet i dessa fall. Samtidigt råder absolut sekretess, vilket försvårar för leverantören att få tillgång till handlingar som kan ligga till grund för deras talan. Dessutom införs nu ett ytterligare hinder genom kravet att all bevisning ska presenteras inom tre veckor från att en part ansöker om överprövning. Preklusionsfristen tillsammans med absolut sekretess leder till att den upphandlande myndigheten har ett informationsövertag i överprövningsprocessen, vilket skapar obalans mellan parterna.

Flera remissinstanser har framfört ytterligare en synpunkt, nämligen att regler om preklusion ökar risken för materiellt felaktiga domar och negativt påverkar rättssäkerheten. Processuella tidsfrister kan dock bidra till förutsägbara och effektiva förfaranden och kan således vara en positiv faktor för ett rättssäkert förfarande.¹⁷³

EU-domstolen har även uttryckt att en preklusionsfrist kan resultera i att det blir orimligt svårt för anbudsgivare att göra gällande sina processuella rättigheter enligt rättsmedelsdirektivet.¹⁷⁴ Särskilt utgör artikel 1.1 och 1.3 i rättsmedelsdirektivet hinder för en nationell preklusionsbestämmelse att tillämpas så att en anbudsgivare förvägras rätten till en rättslig prövning.¹⁷⁵

Preklusionsregler är alltså inte tillåtet på generell basis utan reglerna måste uppfylla vissa krav för att de ska anses kunna bidra till rättssäkra förfaranden. Är preklusionsbestämmelserna klart och tydligt formulerade och inte gör att det blir orimligt svårt för sökanden att tillvarata sina rättigheter är de dock tillämpliga och nödvändiga för att syftet med rättsmedelsdirektivet ska uppnås.¹⁷⁶

¹⁷¹ Prop. 2021/22:120, s. 46 & se bl.a. EU-domstolens dom av den 15 mars 2015, eVigilo, C538/13, punkterna 50–52.

¹⁷² Prop. 2021/22:120, s. 43.

¹⁷³ Prop. 2021/22:120, s. 43.

¹⁷⁴ EU-domstolens dom av den 11 oktober 2007, Lämmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597, punkterna 52-53.

¹⁷⁵ EU-domstolens dom av den 11 oktober 2007, Lämmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597, punkt 64.

¹⁷⁶ EU-domstolens dom av den 12 december 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, punkt 79.

5.4.1 Mellanvägen

Det har i tidigare utredningar diskuterats huruvida införande av en preklusionsfrist bör göras för att uppnå skyndsamhetsmålen som ställs på nationell upphandlingslagstiftning enligt rättsmedelsdirektiven. Det har då beslutats att en preklusionsfrist avseende en tidsfrist som leverantören måste ansöka om överprövning är olämpligt. För att göra en förändring i det dåvarande systemet kom förslaget om en alternativ lösning, den så kallade mellanvägen. Förändringen syftade till att skapa incitament för leverantörer att begränsa sin skada i situationer där brister och felaktigheter i förfarandet upptäcks. Ett upphandlingsmål som inleds i ett sent skede av upphandlingsförfarandet tenderar att bli tungrovt och omfattande vilket resulterar i längre handläggningstider. Kommer domstolen i överprövningsprocessen fram till att upphandlingen behöver göras om skulle det leda till att upphandlingsförfarandet försenas och det blir högre kostnader för parterna.¹⁷⁷

Med mellanvägen skulle det, till skillnad från vad som vanligtvis är fallet med preklusionsfrister, inte krävas att talan i domstol väcks inom en viss tid. Den föreslagna regeln skulle innebära en plikt för leverantörer att anmärka på fel och brister under upphandlingsförfarandet. Enligt utredningen skulle en sådan anmärkning göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom om bristen eller felet.¹⁷⁸ Den så kallade mellanvägen påminner om aktivitetsplikten, som infördes i svensk rätt genom domen HFD 2022 ref. 4 I & II.

När förslaget om mellanvägen i tidigare utredning har kommit upp, för att uppnå de skyndsamhetskrav som ställs i rättsmedelsdirektivet, har det dock konstaterats att en sådan skyldighet inte bör införas. Även om en sådan plikt skulle skapa incitament för leverantörer att minska sin skada genom att under upphandlingsförfarandets gång påtala brister. Skälet till att mellanvägen aldrig infördes var att leverantörer upplever upphandlingsregelverket som komplicerat och detaljerat. Att införa ännu en regel avseende själva upphandlingsförfarandet skulle inte förenkla regelverket, utan snarare göra det mer komplicerat. Potentiellt skulle det kunna resultera i att leverantörers vilja att delta i anbudsförfaranden om offentliga kontrakt skulle minska. Dessutom uppenbaras vissa fel inte förrän tilldelningsbeslutet. Med anledning av att det råder absolut sekretess fram till tilldelningsbeslutet skulle vissa handlingar vara svåra, till och med omöjliga, att få tag på. Därför beslutade utredningen om att införandet av mellanvägen i upphandlingsregelverket skulle innebära allt för högt ställda krav på leverantörerna.¹⁷⁹

5.4.2 Är aktivitetsplikten en preklusionsfrist?

Mot bakgrund av likheterna som framkommer mellan aktivitetsplikten och mellanvägen, är det relevant att undersöka om aktivitetsplikten faktiskt utgör en materiell preklusionsfrist eller inte. I förarbetena till lagändringen som införde

¹⁷⁷ SOU 2015:12, s. 154.

¹⁷⁸ Prop. 2021/22:120, s. 39.

¹⁷⁹ Prop. 2021/22:120, s. 39-41.

preklusionsfristen diskuteras domen HFD 2022 ref. 4 I & II. Regeringen konstaterar att även om det inte följer en allmän skyldighet för leverantörerna att påtala fel och brister i upphandlingens konkurrensuppsökande skede under anbudstiden eller före tilldelningsbeslutet, så torde incitamenten för leverantörerna att göra det öka betydligt på grund av denna praxis. Behovet av att införa en formell skyldighet att påtala brister, inklusive detaljerade regler om tidsfrister, framstår i ljuset av detta som mindre angeläget.¹⁸⁰ Regeringens argumentation väcker frågan om HFD 2022 ref. 4 I & II bör tolkas som att det i domen etableras en materiell preklusionsfrist i svensk rätt i praxis, och därigenom att behovet av att införa sådan preklusion i lag försvinner.

Av ovan angiven underrättspraxis har det emellertid framkommit att även olika domare uppfattar domen på olika sätt. Detta är i sig ett rättssäkerhetsproblem eftersom det minskar förutsebarheten för leverantörer avseende deras framgångsmöjligheter i en eventuell överprövningsprocess. I litteraturen har tidigare analyserats hur domen HFD 2022 ref. 4 I & II bör tolkas och det anses finnas två möjliga tolkningsalternativ för HFD:s uttalande. Domen kan antingen tolkas som en ren skadebedömning eller som ett uttryck för en materiell preklusionsfrist.¹⁸¹

Ska domen tolkas som att HFD gör en ren skadebedömning innebär det att domstolen enbart gör en ren bedömning av den skada leverantören påstår sig ha lidit. En sådan bedömning innehåller flera moment som kan sätta HFD:s uttalande i ett sammanhang. Först måste domstolen göra en bedömning av vad det är för skada leverantören gör gällande. Därefter bedömer domstolen leverantörens trovärdighet i sitt påstående om skada. Avslutningsvis behöver domstolen besvara frågan huruvida leverantören, genom att vidta de åtgärder som står till buds i ett anbuds förfarande, hade kunnat undvika sin skada.¹⁸²

Vad gäller den första frågan gör båda leverantörerna i domen gällande att den upphandlande myndigheten ej har uppgett ett takpris, alltså en maximal kvantitet för ramavtalet. Leverantörerna har skadats eftersom det har blivit svårare för dem att planera och optimera sin resursallokering.¹⁸³ I bedömningen av trovärdigheten av påståendet om skadan är det inte enbart av relevans vilka konkreta beskrivningar av skadan som leverantören har lämnat. I sammanhänget är det även relevant att undersöka leverantörens beteende under anbudstiden.¹⁸⁴ Båda leverantörerna i den angivna domen har gjort gällande att det har saknats en takvolym för det upphandlade kontraktet vilket har påverkat deras möjlighet att lämna anbud och till följd av det har de lidit skada. Under hela anbudstiden har dock varken av leverantörerna efterfrågat sådan uppgift vilket sänker trovärdigheten i det faktum att leverantörerna skulle ansetts lida skada till följd

¹⁸⁰ Prop. 2021/22:120, s. 40-41.

¹⁸¹ Se Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. I & II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 350.

¹⁸² Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. I & II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 350.

¹⁸³ HFD 2022 ref. 4 I & II punkt 5.

¹⁸⁴ Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. I & II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 350.

av bristen. Åtminstone minskar trovärdigheten om att de hade för avsikt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.¹⁸⁵ Det sista frågan, om leverantörerna genom att vidta åtgärder under anbudsförfarandet kunnat undvika skadan, kan besvaras på samma sätt som den förra. Det framstår som märkligt att anbudsgivarna inte efterfrågade uppgifter om takvolym om de verkligen saknade uppgifterna för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Skulle domen i HFD 2022 ref. 4 I & II tolkas som att domstolen gör en ren skadebedömning visar domslutet att det åligger den sökande leverantören att konkretisera sin skada. Det kan även utläsas ur domen att hur leverantören agerat innan tilldelningsbeslutet har betydelse för skadebedömningen. Om en leverantör undviker att fråga om oklarheter i förfrågningsunderlaget framstår det som mindre trovärdigt att de faktiskt lidit skada till följd den upphandlande myndighetens bristande information.¹⁸⁶

Ska domen däremot tolkas som att HFD inför en materiell preklusionsfrist innebär det en preklusion av alla överträdelser som inte påpekats av den aktuella leverantören innan anbudsgivaren har lämnat anbud. Kammarrätten i Göteborg gjorde en sådan tolkning av domen HFD 2022 ref. 4 I & II. Den uttrycker att det åligger leverantören ett ansvar för att påpeka bristerna i det konkurrensuppsökande skedet. Om leverantören underlåter, utan godtagbara skäl, att göra det och senare förlorar upphandlingen kan det innebära att kravet på att bristen ska ha medfört skada eller risk för skada ej kan anses vara uppfyllt.¹⁸⁷ Alltså prekluderas de brister som ligger till grund för en överprövning om leverantören ej påpekar bristerna inom en viss tid.

Det finns flera argument som talar för att domen HFD 2022 ref. 4 I & II inte bör tolkas som att domstolen har infört en materiell preklusionsfrist. Med tanke på att det nyligen har lagts till preklusionsbestämmelser i svensk upphandlingslagstiftning genom 20 kap. 5 b-c §§, framstår det som olämpligt att domstolen skulle introducera ännu en preklusionsregel. Det finns en risk att detta potentiellt skulle leda till en likabehandlingsfråga gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. När dessa noggrant har beaktat den angivna preklusionsfristen i svensk lagstiftning, kan de vid tidpunkten för domslutet inse att deras möjlighet att framföra sin talan faktiskt har blivit prekluderad långt tidigare.¹⁸⁸

Det som på utredningsnivå kallade mellanvägen avfärdades dessutom mot bakgrund av att reglerna skulle bli för komplicerade. Resultatet av en sådan regel skulle kunna bli att leverantörer väljer att avstå från att avge anbud för offentliga kontrakt eftersom det blir för kostsamt.

¹⁸⁵ Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. I & II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 350.

¹⁸⁶ Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. I & II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 350-351.

¹⁸⁷ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 9 januari 2023 (mål nr 4852-22).

¹⁸⁸ Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. I & II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 353.

Vidare är det viktigt att betona att LOU utgör en skyddslagstiftning som syftar till att säkra leverantörers intressen i en offentlig anbudsprocess.¹⁸⁹ Att införa en materiell preklusionsfrist i överprövningsförfarandet skulle i grunden omplacera ansvaret för att säkerställa att upphandlingsdirektivet efterlevs i Sverige från den upphandlande myndigheten till leverantörskollektivet. Detta går inte i linje med direktivets syfte, som är att fungera som en handlingsdirigerande procedurlagstiftning för upphandlande myndigheter.

5.5 Sammanfattande slutsatser

Kapitlet syftar till att undersöka vilka framgångsmöjligheter leverantörer egentligen har i en svensk överprövningsprocess. Överprövningsprocessen liknar processen i dispositiva tvistemål eftersom parternas styrkeförhållande räknas vara mer balanserat än andra områden inom förvaltningsrätten. Därför tillämpas officialprincipen med försiktighet i överprövningsprocessen, även om principen som utgångspunkt gäller för alla förvaltningsprocesser. Istället tillämpas förhandlingsprincipen vilket innebär att parterna ansvarar för att sätta processens ram genom att ange omständigheter som ligger till grund för processen.

Parterna får ett betydande ansvar för att leda processen eftersom det finns andra intressen att ta hänsyn till i överprövningsprocessen än enbart att uppnå ett materiellt riktigt beslut. Materiellt riktiga beslut är nära sammankopplat till rätten till effektiva rättsmedel eftersom de båda är centrala faktorer för att säkerställa intresset av rättssäkerhet. För att uppnå rättssäkerhet i offentliga upphandlingar är även skyndsamma förfarande ett viktigt intresse som måste skyddas i överprövningsprocessen. Det beror på de stora samhällsekonomiska konsekvenserna av långdragna förfaranden och upphandlande myndigheters intresse av att tillhandahålla medborgarna viktiga samhällsfunktioner. I RÅ 2013 ref. 5 uttalade HFD att en överprövning ej tar sikte på det materiella resultatet i en överprövning utan syftar på att utreda huruvida den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och agerat i enlighet med LOU. Som en kommentar på denna praxis kan det ifrågasättas huruvida detta ens är motstående intressen till varandra. Om överprövningsprocessen tar sikte på om den upphandlande myndighets agerande är i enlighet med LOU torde detta också leda till ett materiellt riktigt resultat i sak.

I överprövningprocessen gäller dessutom absolut sekretess, vilket innebär att den upphandlande myndigheten har ett informationsövertag gentemot leverantören i dessa processer. Sekretessen talar för att parterna inte är så likställda i processen som domstolen normalt utgår från. Det finns skäl att argumentera för att leverantören till följd av detta inte har samma möjlighet att framföra sin sak under förhållande som ger den en mindre förmånlig ställning.

Under år 2022 infördes en ytterligare begränsning av leverantörers framgångsmöjlighet i överprövningsprocessen i form av preklusionsfrister i

¹⁸⁹ EU-domstolens dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 16.

förvaltningsrätt och kammarrätt. Leverantörer måste numera åberopa alla omständigheter till grund för sin talan inom tre veckor från dagen ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten. Skyldigheten tillkommer enbart en part i förfarandet, nämligen leverantörer. Förslaget kritiserades av flera remissinstanser mot bakgrund av att preklusionsfrister skulle betyda ytterligare en begränsning av rätten till effektiva rättsmedel för leverantörer i överprövningsprocessen.

I takt med införandet av nya processuella begränsningar minskar leverantörernas möjlighet till framgång. Konsekvensen kan potentiellt bli att det blir orimligt svårt för leverantörer att göra sin rätt gällande i domstol. Under tidigare utredningar av överprövningsprocessen har det föreslagits att införa aktivitetsplikt som en typ av materiell preklusionsfrist. Förslaget avfärdades dock mot bakgrund av att regelverket skulle bli för komplicerat vilket skulle kunna leda till att leverantörer väljer att avstå från att delta i anbudsförfaranden till offentliga kontrakt. I efterdyningarna av HFD 2022 ref. 4 I & II har det i litteraturen diskuterats huruvida HFD ändå valde att införa den tidigare omdiskuterade materiella preklusionsfristen. Aktivitetsplikten borde dock inte tolkas som en materiell preklusionsfrist eftersom förslaget har avfärdats på lagstiftningsnivå. Det skulle även strida mot LOU att införa en materiell preklusionsfrist eftersom LOU är en skyddslagstiftning för leverantörer och en materiell preklusionsfrist skulle innebära att en omplacering av ansvaret för LOU:s efterlevnad.

6 Avslutande kommentar

Effektiva rättsmedel är en av rättsordningen skyddad grundläggande rättsprincip. Den är också lagstadgad i artikel 47 i EU-stadgan och i artikel 6 och 13 i EKMR. Principen syftar till att skydda enskildas rätt till grundläggande rättigheter och friheter genom ett effektivt domstolsskydd. Därutöver fungerar även principen som ett skydd för EU-rättens effektiva genomslag i medlemsstaterna.

Genom domen HFD 2022 ref. 4 I & II infördes aktivitetsplikten i svensk rätt. För leverantörer som deltar i konkurrensutsättningen av offentliga kontrakt innebär det att de måste påtala fel under ett upphandlingsförfarande för att kunna anses ha lidit skada eller komma lida skada till följd av den upphandlande myndighetens bristande tillämpning av upphandlingslagstiftningen. Domskälens i målet ger ingen generell vägledning i hur aktivitetsplikten ska tolkas vilket har lett till en spretig underrättspraxis avseende skaderekvisitets tillämpning. Domen ger även upphov till frågan huruvida aktivitetsplikten innebär en begränsning i leverantörernas tillgång till effektiva rättsmedel.

I domen *Star Storage och Max Boegl Romania* konstaterade EU-domstolen att en nationell reglering som sätter villkor i ett överprövningsförfarande är en begränsning av effektiva rättsmedel.¹⁹⁰ Ett villkor innebär en förutsättning för genomförandet av något. För att en leverantör ska anses lidit eller komma lida skada till följd av den upphandlande myndighetens bristande tillämpning av LOU förutsätter det att leverantören har påpekat fel under upphandlingen. Aktivitetsplikten utgör således ett villkor som begränsar leverantörers rätt till effektiva rättsmedel.

I enlighet med medlemsstaternas processuella autonomi får medlemsstaterna själva besluta om nationella processuella regler såvida dessa är i enlighet med likvärdighets- och effektivitetsprincipen. Effektivitetsprincipen innebär att nationella bestämmelser inte får göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten. Enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet ska prövningsförfaranden vara tillgängliga för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Mot bakgrund av att vissa fel inte upptäcks förrän tilldelningsbeslutet blir det i princip omöjligt, i vart fall orimligt svårt, att påtala dessa fel under upphandlingen. Dessutom illustrerar den oförutsebara underrättspraxisen att domstolarna har svårt att tolka aktivitetspliktens innebörd, vilket också resulterar i att det blir orimligt svårt för

¹⁹⁰ EU-domstolens dom av den 15 september 2016, *Star Storage och Max Boegl Romania*, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

leverantörer att veta vad som krävs av den för att de ska anses lida skada. Aktivitetsplikten riskerar alltså även på så sätt att strida mot effektivitetsprincipen, vilken är ett uttryck för principen om effektiva rättsmedel.

För att en enskild ska åtnjuta rätten till effektiva rättsmedel krävs likställdhet mellan parterna i processen. I överprövningsförfarandet presumeras likställdhet mellan parterna eftersom partsställningen liknar den i en civilprocess. Domstolens utredningsansvar begränsas och officialprincipen används med försiktighet i dessa mål. Sekretessen fram till tilldelningsbeslutet och leverantörernas preklusionsfrist lägger emellertid en betydande börda på leverantörer, då de måste presentera all relevant bevisning inom strikta tidsgränser. Myndigheten fastställer samtliga villkor från början och leverantörer har att avstå från att lämna anbud eller acceptera villkoren. Parterna är således inte jämboriga, inte ens från början av det koonkurrensuppsökande skedet. Aktivitetsplikts tolkning som en ren skadebedömning innebär ett högt ställt beviskrav. Detta, i kombination med absolut sekretess och preklusionsfrist, skapar en situation där parternas likställdhet i processen kan ifrågasättas ännu mer. Sammantaget indikerar faktorerna att aktivitetsplikten utgör en begränsning av leverantörernas tillgång till effektiva rättsmedel.

En begränsning av rätten till effektiva rättsmedel är tillåtet eftersom rättigheten inte är absolut enligt artikel 52 i EU-stadgan. Begränsningar behöver dock föregås av en proportionalitetsbedömning. En sådan bedömning fungerar som en intresseavvägning avseende olika av rättsordningen skyddade intressen. Mot bakgrund av HFD:s sparsamma domskäl kan det inte med säkerhet konstateras vilket intresse aktivitetsplikten avser att skydda. Dock har en preklusionsfrist som liknar aktivitetsplikten diskuterats på utredningsnivå. Syftet med förslaget var att en aktivitetsplikt var att den skulle göra det möjligt att uppnå de skyndsamhetsmål som ställs i rättsmedelsdirektiven. Mot denna bakgrund kan det antas HFD:s syfte med aktivitetsplikten är att uppnå skyndsamma förfaranden.

Skyndsamhetskravet i offentliga upphandlingar är viktigt för att säkerställa parternas rätt till effektiva rättsmedel. Anledningen till att det är av särskild vikt i just dessa förfaranden är det faktum att långdragna processer blir dyra för parterna. Den upphandlande myndigheten som har till uppgift att tillgodose medborgarna viktiga samhällsfunktioner har ett särskilt intresse av att förfarandet kan gå fort så de kan ingå ett kontrakt för anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader. Dessutom finansieras anskaffningarna av skattemedel vilket även talar för att hålla kostnaderna nere. Skyndsamhetskravet är även av intresse för leverantörerna eftersom det blir svårt för dem att planera sin verksamhet och resurser vid långsamma handläggningstider. Av rättssäkerhetssynpunkt är snabba handläggningstider i domstol också av vikt. Dröjer det för länge innan dom meddelas kan det riskera att utgången inte får någon praktisk betydelse.

Mot bakgrund av att LOU är utformad som skyddslagstiftning för leverantörer, finns det dock skäl att hävda att aktivitetsplikten sannolikt utgör en oproportionerlig begränsning av leverantörers rätt till effektiva rättsmedel. Aktivitetsplikten innebär att leverantörer nu måste besitta avancerad juridisk kunskap för att framgångsrikt delta i upphandlingsförfaranden.

Källförteckning

Litteratur

Arrowsmith, Sue, Public procurement and access to justice: A legal and empirical study of the UK system, P.P.L.R. 2016 s. 227.

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, Överprövning av upphandling - och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012.

Bernitz, Ulf, Bernitz, Hedvig, Carlsson, Mia, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Magnusson Sjöberg, Cecilia, Seipel, Peter, Warnling Conradson, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder, 16 u., Nordstedts juridik AB, Stockholm, 2023 [cit. Bernitz m.fl.].

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2018.

Blomberg, Jesper & Södergren, Patrik, Förvaltningsprocesslag (1971:291) 30 §, Lexino (JUNO), lydelse 2023-10-18.

Dahlgren, Göran, Allmän förvaltningsdomstols officialprövning, SvJT 1994 s. 388.

Ehn, Magnus, Kan du bevisa det?- åberopsbörd och bevisbörd i upphandlingsmål, UrT 2017 s. 251.

Engström, Johanna, Unionsrättens tillämpning i svenska domstolar- en analys av mål rörande artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna och mål rörande den allmänna unionsrättsliga principen om rätten till effektivt rättsskydd, ERT 2022 s. 557.

Eriksson, Anna Karolina, Hanna, Lundqvist & Nilsson, Anders, Offentlighet och sekretess vid offentlig upphandling, UrT 2020 s. 183.

Hettne, Jörgen, EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Eriksson Otken, Ida (red.), 2 u., Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2011.

Hettne, Jörgen, Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2008.

Jermsten, Rikard, Förvaltningsprocesslag (1971:291) 8 §, Karnov (JUNO), lydelse 2023-10-18.

- Kers, Elin, Sekretess i offentliga upphandlingar enligt LOU, UrT 2018 s. 27.
- Lebeck, Carl, EU-stadgan om grundläggande rättigheter, Studentlitteratur AB, Lund, 2013.
- Lindberg, Olle & Pedersen, Kristian, Upphandlingsrättens grunder- en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 6 u., Jure, Stockholm, 2023.
- Lindén, Sylvia, Lindqvist Arista, Karin & Ljöstad, Louise, Pendeln svänger i skadeståndsmål, UrT 2022 s. 89.
- Lindkvist, Gustav, Domskäl och bevisprövning, SvSKT 2018 s. 431.
- Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, FT 2010 s. 241.
- Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap. 6 §, Karnov (JUNO), lydelse 2023-09-20.
- Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk Metodlära, 2 u., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.
- Olsson, Erik, Ur askan i elden- om hur HFD 2022 ref. 4 I och II bör och inte bör uppfattas, ERT 2023 s. 345.
- Paju, Jaan, Kritiskt tänkande inom europarätten, Ragulka förlag, Visby, 2018.
- Rappmann, Hanna, Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten vid en försiktig tillämpning av officialprincipen i upphandlingsmål, JP 2019 s. 372.
- Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela (red.), EU charter of fundamental rights- a commentary, Hart, Oxford, 2021.
- Sandgren, Claes, Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, 5 u., Norstedts juridik, Stockholm 2021.
- Sundstrand, Andrea, Ett bestämt gränsöverskridande intresse, UrT 2018 s. 83.
- Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling- primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak.avh.), Jure Förlag AB, Stockholm, 2012.
- Victorin Liljegren, Lena, Den nya dröjsmålstalan- ett tillräckligt rättsskydd? – en undersökning i vad mån förvaltningslagens dröjsmålstalan uppfyller unionsrättens krav på rättsskydd, JP 2018 s. 255.
- Östlund Lundholm, Jonathan, Talerätt vid ansökan om överprövning, UrT 2019 s. 13.

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1997:57.

SOU 2010:44.

SOU 2013:12.

SOU 2015:12.

Propositioner

Prop. 1971:30.

Prop. 2008/09:150.

Prop. 2009/10:180.

Prop 2021/22:120.

Rättspraxis

EU-domstolen

EU-domstolens dom av den 5 februari 1963, Van Gend en Loos, C-26/62, EU:C:1963:1.

EU-domstolens dom av den 15 juli 1964, Costa mot ENEL, C-6/64, EU:C:1964:66.

EU-domstolens dom av den 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, EU:C:1970:114.

EU-domstolens dom av den 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz och Rewe-Zentral, C-33/76, EU:C:1976:188.

EU-domstolens dom av den 16 december 1976, Comet, C-45/76, EU:C:1976:191.

EU-domstolens dom av den 9 mars 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49.

EU-domstolens dom av den 15 maj 1986, Johnston, C-222/84, EU:C:1986:206.

EU-domstolens dom av den 15 oktober 1987, Heylens m.fl., C-222/86, EU:C:1987:442.

EU-domstolens dom av den 30 maj 1991, kommissionen/Tyskland, C-361/88, EU:C:1991:224.

EU-domstolens dom av den 19 november 1991, Francovich, C-6/90, EU:C:1991:428.

EU-domstolens dom av den 30 mars 1993, Pierre Corbiau mot Administration des contributions, C-24/92, EU:C:1993:118.

EU-domstolens dom av den 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur och Factortame, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79.

EU-domstolens dom av den 28 oktober 1999, Alcatel, mål C-81/98, EU:C:1999:534.

EU-domstolens dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529.

EU-domstolens dom av den 18 oktober 2001, SIAC Constructions, C-19/00, EU:C:2001:553.

EU-domstolens dom av den 12 december 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746.

EU-domstolens dom av den 27 februari 2003, Santex, C-327/00, EU:C:2003:109.

EU-domstolens dom av den 19 juni 2003, GAT, C-315/01, EU:C:2003:360.

EU-domstolens dom av den 12 februari 2004, Grossman Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93.

EU-domstolens dom av den 29 april 2004, Björnekulla, C-371/02, EU:C:2004:275.

EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle och RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5.

EU-domstolens dom av den 11 oktober 2007, Lämmerzahl, C-241/06, EU:C:2007:597.

EU-domstolens dom av den 1 juli 2008, Chronopost och La Poste mot UFEX m.fl., C-341/06 och C-342/06, EU:C:2008:375.

EU-domstolens dom av den 28 januari 2010, kommissionen/Irland, C-456/08, EU:C:2010:46.

EU-domstolens dom av den den 18 november 2010, kommissionen/Irland, C-226/09, EU:C:2010:697.

EU-domstolens dom av den 16 december 2010, Athinaïki Techniki AE mot kommissionen, C-362/09, EU:C:2010:783.

EU-domstolens dom av den 8 september 2011, Q-Beef NV m.fl., C-89/10 och C-96/10, EU:C:2011:555.

EU-domstolens dom av den 5 oktober 2011, Mindo Srl v. kommissionen, T-19/06, EU:T:2011:561.

EU-domstolens dom av den 19 december 2012, Elegktikou Synedriou, C-363/11, EU:C:2012:825.

EU-domstolens dom av den 11 december 2014, Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431.

EU-domstolens dom av den 12 mars 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166.

EU-domstolens dom av den 15 september 2016, Star Storage och Max Boegl Romania, C-439/14 och C-488/14, EU:C:2016:688.

EU-domstolens dom av den 17 juni 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490.

Högsta förvaltningsdomstolen

RAÅ 2009 ref. 69.

RAÅ 2013 ref. 5.

HFD 2013 ref. 53.

HFD 2017 ref. 62.

HFD 2022 ref. 4 I & II.

Kammarrätterna

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 16 maj 2022 (mål nr 995-22).

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 7 november 2022 (mål nr 3616-22).

Kammarrätten i Jönköpings dom av den 2 december 2022 (mål nr 1384-22 1385-1389-22).

Kammarrätten i Göteborgs dom av den 9 januari 2023 (mål nr 4852-22).

Kammarrätten i Sundsvalls dom av den 27 mars 2023 (mål nr 255-23).

Förvaltningsrätterna

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom av den 22 april 2022 (mål nr 5658-21).

Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 2 juni 2022 (mål nr 2014-22).

Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 23 juni 2022 (mål nr 1754-22).
Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 29 juli 2022 (mål nr 4840-22).
Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 22 september 2022 (mål nr 5325-22).
Förvaltningsrätten i Uppsalas dom av den 27 december 2022 (mål nr 5986-22).
Förvaltningsrätten i Malmös dom av den 12 januari 2023 (mål nr 10750-22).
Förvaltningsrätten i Växjös dom av den 30 januari 2023 (mål nr 4752-4754-22).
Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 8 mars 2023 (mål nr 4860-22).
Förvaltningsrätten i Göteborgs dom av den 16 mars 2023 (mål nr 1867-23).

Högsta domstolen

NJA 2018 s. 1127.

Myndighetsdokument

EU

Europarådet & FRA, Handbok om europeisk rätt rörande rätten till rättslig prövning, Europeiska unionens publikationsbyrå, Luxemburg, 2016, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Handbook_access_justice_SWE.

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 [cit. Ändringsdirektivet].

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av rådets direktiv 2004/18/EG [cit. LOU-direktivet].

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling, KOM(2006) 195 slutlig.

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten [cit. Rättsmedelsdirektivet].

Sverige

Upphandlingsmyndigheten, Kartläggning och analys av överprövning, Rapport 2017:7.

Upphandlingsmyndigheten, Sekretess i offentlig upphandling,
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/gora-affarer-med-offentlig-sektor/offentlighet-och-sekretess--for-leverantorer/sekretess-i-offentlig-upphandling/>,
lydelse 2023-10-27.

Upphandlingsmyndigheten, Överprovning av en upphandling,
<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/overprovning-och-andra-rattsmedel/overprovning/av-en-upphandling/>, lydelse 2023-10-27.

Konkurrensverket, Ordlista över upphandlingstermer,
<https://www.konkurrensverket.se/upphandling/vagledning/ordlista/#K>, lydelse 2023-11-06.