



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Hannes Hultman

Processramen i upphandlingsmål

En analys av domstolens hantering av
invändningar om kravbrister

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin: VT2024

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord.....	6
Förkortningar.....	7
1 Inledning	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställningar.....	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material.....	10
1.4.1 Metodologiska utgångspunkter	10
1.4.2 Unionsrättslig inverkan	11
1.4.3 Material och tolkningsstrategier.....	12
1.5 Forskningsläge.....	13
1.6 Disposition.....	14
2 Materiella utgångspunkter	15
2.1 Inledning.....	15
2.2 Unionsrättslig bakgrund	15
2.3 LOU-direktivet och dess implementering	16
2.4 Upphandlingsförfarandet.....	17
2.4.1 Den konkurrensuppsökande fasen.....	17
2.4.2 Kvalificerings- och utvärderingsfasen	20
2.4.3 Tilldelningsbeslut och avtalsspärr.....	21
2.5 Kraven i upphandlingsdokumentet.....	22
2.6 Sammanfattning.....	23
3 Processuella utgångspunkter.....	24
3.1 Inledning.....	24
3.2 Rättsmedelsdirektivet och dess implementering	24
3.3 Överprövning av upphandling.....	25
3.4 Sakprövningen och ingripandet.....	26
3.5 Parterna.....	28
3.6 Instansordningen.....	29
3.7 Sammanfattning.....	30
4 Processramen i upphandlingsmål	32
4.1 Inledning.....	32
4.2 Yrkanden	32
4.2.1 Den sökande leverantören	32

4.2.2	Den upphandlande myndigheten.....	34
4.2.3	Tredjemansleverantören.....	35
4.3	Omständigheterna.....	36
4.3.1	Den sökande leverantören.....	37
4.3.2	Den upphandlande myndigheten.....	40
4.3.3	Tredjemansleverantören.....	42
4.4	Gemensamma frågor.....	42
4.4.1	Preklusionsfrister.....	42
4.4.2	Instansordningsprincipen.....	44
4.4.3	”Saken” i upphandlingsmål.....	45
4.5	Sammanfattande slutsatser.....	48
5	Invändning om kravbrist.....	50
5.1	Inledning.....	50
5.2	Processhandlingen invändning om kravbrist.....	50
5.3	Synsätten från underrätterna och doktrin.....	52
5.3.1	Förbudet mot reformatio in pejus.....	52
5.3.2	Instansordningsprincipen.....	53
5.3.2.1	Avvisning.....	53
5.3.2.2	Återförvisning.....	56
5.3.3	Likabehandlingsprincipen.....	57
5.4	Sammanfattande slutsatser.....	58
6	Avslutning.....	62
	Källförteckning.....	64

Summary

In judicial review of procurement, there is no consensus on how the court should address an objection from the opposing party claiming the applicant supplier does not meet one or more mandatory requirements in the procurement documents. This indicates differing views on determining the court's procedural framework in such reviews.

This thesis aims to examine and analyze how the court should handle this type of objection. It assumes that handling the objection depends on the procedural framework. Therefore, the following questions are posed: (a) How is the court's procedural framework determined in a judicial review of procurement? (b) Given this framework, how should the courts handle the opposing party's objection regarding non-compliance with requirements.

The investigation shows that the procedural framework in procurement reviews differs from the general one. In procurement reviews, the court can choose measures specified in Chapter 20, Section 6 of the Public Procurement Act (LOU). However, to choose a measure, the court must subsume the alleged circumstances under the criteria of the provision. Four conditions must be met: the circumstance must (i) have been alleged, (ii) communicated, (iii) constitute grounds for intervention under the LOU, and (iv) be alleged in a timely manner.

Given this framework, the investigation shows that the handling of objections depends on how the objection is made. The opposing party can either deny the applicant meets a requirement or allege non-compliance as a counter-fact. If the objection is a denial, courts must always examine it, as denials do not alter the premises for the court's review. If non-compliance is alleged as a counter-fact, handling depends on when the allegation is made. The investigation shows that the Administrative Court must always examine alleged non-compliances because they always meet the four conditions. However, if non-compliance is first alleged at the Administrative Court of Appeal or the Supreme Administrative Court, these courts should generally reject the objection due to preclusion. If exceptions to preclusion apply, the case should be referred back to the Administrative Court based on the principle of instance order.

Sammanfattning

Vid överprövning av upphandling saknas konsensus om hur domstolen ska hantera en viss invändning från motparten, nämligen påståendet om att den sökande leverantören inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. Denna bristande konsensus tyder på att det finns olika uppfattningar om hur domstolens processram bestäms vid en överprövning av upphandling.

Syftet med uppsatsen är att undersöka och analysera hur domstolen ska hantera denna typ av invändning. Undersökningen utgår från att domstolens hantering av invändningen beror på hur processramen bestäms. För att uppnå syftet har därför följande frågeställningar ställts: (a) Hur bestäms domstolens processram vid överprövning av upphandling? (b) Givet denna processram hur ska domstolarna hantera motpartens invändning om kravbrist?

Undersökningen visar att processramen vid överprövning av upphandling skiljer sig från den allmänna processramen i förvaltningsmål. Vid överprövning av upphandling är domstolen i princip fri att välja någon av åtgärderna som stadgas i 20 kap. 6 § LOU. För att kunna välja en viss åtgärd måste dock domstolen kunna subsumera de åberopade omständigheterna under rekvisiten i nämnda bestämmelse. För att domstolen ska kunna beakta en viss omständighet måste i princip fyra förutsättningar vara uppfyllda. Omständigheten måste (i) ha åberopats, (ii) ha kommunicerats, (iii) utgöra skäl för ingripande enligt LOU samt (iv) ha åberopats i rätt tid.

Givet denna processram visar undersökningen att domstolarnas hantering i första hand beror på *hur invändningen om kravbrist görs*. Motparten kan antingen förneka att sökanden uppfyller ett visst krav, eller åberopa kravbristen som ett motfaktum. Om invändningen framställs som ett förnekande ska domstolarna alltid pröva invändningen, eftersom förnekanden som processhandling inte ändrar utgångspunkterna för domstolens sakprövning. Om kravbristen åberopas som motfaktum beror hanteringen i stället på *när åberopandet först görs*. Undersökningen visar att förvaltningsrätten alltid ska pröva åberopade kravbrister eftersom dessa alltid uppfyller de fyra ovannämnda kraven. Om kravbristen däremot åberopas först hos kammarrätten eller HFD, ska dessa domstolar normalt avvisa invändningen på grund av preklusion. Om undantagen till preklusion blir tillämpliga ska kammarrätten eller HFD återförvisa målet till förvaltningsrätten på grund av instansordningsprincipen.

Förord

Denna uppsats sätter punkt för mina studier vid juristprogrammet. Arbetet med uppsatsen har varit både utmanande och givande, och jag vill rikta ett särskilt tack till min handledare professor Vilhelm Persson för de givande diskussionerna och de värdefulla synpunkterna.

Under min tid på juristprogrammet har jag haft förmånen att möta många fantastiska människor. Jag skulle vilja ta tillfället i akt och tacka alla dessa. Först och främst vill jag tacka mina vänner som förgyllt min studietid och gjort den till den hittills bästa tiden i mitt liv. Tack till min familj som alltid stöttar mig. Tack även till mina kollegor på Nätis för den härliga gemenskapen. Ett särskilt tack till kollegorna från mina arbetslag, Morv och UJIK, för alla stunder vi har delat.

Avslutningsvis vill jag rikta ett särskilt tack till min älskade Hanna. Min tid på juristprogrammet hade inte varit densamma utan dig, och jag ser fram emot alla kommande äventyr vi ska dela tillsammans.

Lund i juni 2024

Hannes Hultman

Förkortningar

EGG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EUF	Europeiska unionens funktionsrätt
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Kommunallag (2017:725)
LEK	Lag (2022:482) om elektronisk kommunikation
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Propositioner
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är en formaliserad inköpsprocess för det offentligas inköp av varor, tjänster eller byggtreprenader.¹ I ett öppet förfarande, vilket är det vanligaste upphandlingsförfarandet, får alla leverantörer lämna anbud till den upphandlande myndigheten. När anbudstiden har löpt ut beslutar myndigheten vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontraktet. För att tilldelas ett kontrakt måste en leverantör uppfylla alla *obligatoriska krav* som myndigheten har ställt i upphandlingsdokumentet.²

En leverantör som anser att upphandlingen inte har genomförts enligt det upphandlingsrättsliga regelverket kan ansöka om överprövning av upphandlingen vid en allmän förvaltningsdomstol. Överprövningen ger leverantören, som har lidit eller riskerar att lida skada på grund av brister i upphandlingen, en ny möjlighet att tilldelas kontraktet.³ Ansökan om överprövning avslås dock i normalfallet om den sökande leverantören inte uppfyller alla obligatoriska krav.

En potentiell framgångsrik invändning från motparten⁴ vid en överprövning är att den sökande leverantören inte uppfyller ett eller flera av de obligatoriska kraven – en så kallad *invändning om kravbrist*. Om domstolen finner att invändningen om kravbrist är befogad leder det till att ansökan om överprövning avslås. För att domstolen ska kunna avslå ansökan på denna grund måste den dock kunna pröva en sådan invändning

Det finns olika synsätt på frågan om domstolen faktiskt har möjlighet att pröva en invändning om kravbrist. Under de senaste 15 åren har underrätterna hanterat dessa invändningar på tre olika sätt: (i) att invändningen inte ska prövas alls, (ii) att invändningen delvis ska prövas, eller (iii) att invändningen alltid ska prövas fullt ut.⁵ Även i doktrinen finns varierande synsätt på frågan.⁶

¹ E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 20.

² Prop. 2015/16:195, s. 979.

³ Se 20 kap. 6 § 1 st. LOU.

⁴ Motpart till den sökande leverantören är *den upphandlande myndigheten* och i vissa fall den så kallade *tredjemansleverantören*. Se vidare i avsnitt 3.5.

⁵ För exempel på underrätternas olika synsätt på frågan, se Kammarrätten i Stockholm mål nr 5929–10; Kammarrätten i Göteborg mål nr 741–13; Kammarrätten i Stockholm mål nr 924–12.

⁶ Se P. Riiga 2023; A. Ulfsson, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §*, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har ännu inte gett någon vägledning i frågan, vilket skapar stor osäkerhet för parterna i processen.

Att underrätterna hanterar motpartens invändning om kravbrist olika indikerar att domstolarna har olika uppfattningar om hur domstolens processram bestäms i upphandlingsmål. Med *processram* avses det handlingsutrymme domstolen har när den fattar sitt avgörande, eller annorlunda uttryckt, vilka yrkanden och omständigheter som domstolen får beakta.⁷

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att undersöka och analysera hur domstolen ska hantera en viss typ av invändning vid överprövning av upphandling, nämligen när motparten påstår att den sökande leverantören inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. Att sådana krav inte uppfylls benämns i uppsatsen som *kravbrister*. Utgångspunkten för undersökningen är att domstolens hantering av den aktuella invändningen är beroende av den övergripande frågan om hur domstolens *processram*⁸ bestäms, det vill säga frågan om vilka yrkanden och omständigheter som domstolen får beakta när den fattar sitt avgörande.

För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande frågeställningar att besvaras:

- (a) Hur bestäms domstolens processram vid överprövning av upphandling?
- (b) Givet denna processram hur ska domstolarna hantera motpartens invändning om kravbrist?

1.3 Avgränsningar

Redan själva syftesformuleringen ovan inbegriper ett antal mer eller mindre tydliga ämnesavgränsningar. Nedan beskrivs och preciseras dessa avgränsningar samt några ytterligare avgränsningar.

En tydlig avgränsning är att arbetet endast utgår från situationer där domstolen genomför en överprövning av upphandling. Andra typer av upphandlingsmål, såsom överprövning av avbrytandebeslut och avtals ogiltighet, behandlas inte. Fokus ligger alltså på överprövning av upphandling. Dock avgränsas uppsatsen till typsituationen där domstolen överprövar en upphandling som genomförts genom ett så kallat *öppet förfarande enligt 6 kap. 1 § LOU*. Denna

⁷ H. Ragnemalm 2014, s. 193–194.

⁸ Processramen brukar också kallas för *prövningsramen*, se t.ex. U. von Essen 2022, s. 334.

avgränsning motiveras av att det öppna förfarandet är den vanligaste upphandlingsmetoden.⁹

I anslutning till syftesformuleringen uppkommer frågan om hur domstolens processram bestäms. Undersökningen avgränsas till processramen avseende parts *materiella talan*, det vill säga vilka yrkanden och omständigheter som domstolen ska pröva vid en materiell sakprövning enligt 20 kap. 6 § 1 st. LOU. Processuella yrkanden och de omständigheter som anförs till stöd för dessa tas inte upp, eftersom de saknar relevans för syftet med uppsatsen.

En materiell sakprövning enligt nämnda lagrum aktualiserar också flera närliggande frågor rörande processramen såsom: (i) hur domstolen tolkar och fastställer yrkandena och omständigheterna; (ii) gränsdragningen mellan yrkanden, omständigheter och bevisning; samt (iii) olika bevisfrågor. Dessa frågor kommer inte att undersökas på grund av utrymmesskäl.

1.4 Metod och material

1.4.1 Metodologiska utgångspunkter

För att besvara de presenterade frågeställningarna har en *rättsdogmatisk metod* använts. Synen på rättsdogmatisk metod är inte självklar.¹⁰ Generellt kan metoden beskrivas som en analys av vad som är gällande rätt genom att tolka innehållet i de traditionella rättskällorna.¹¹ Till de traditionella rättskällorna räknas författningar, rättspraxis, förarbeten och doktrin som kan användas som stöd för analysen.¹² Enligt den rättsdogmatiska metoden kan rättskällorna tolkas på olika sätt, såsom genom bokstavstolkning, systematisk tolkning och ändamålstolkning.¹³

Denna beskrivning av metoden, rättskällorna och tolkningen av dessa överensstämmer i huvudsak med tillvägagångssättet i uppsatsen. I uppsatsen analyseras gällande rätt avseende processramen i upphandlingsmål genom tolkning av tillgängliga rättskällor (avsnitt 4). Dessutom analyseras gällande rätt avseende vissa materiella och processuella utgångspunkter i avsnitten 2–3.

⁹ Att öppet förfarande är det vanligaste sättet att upphandla på framgår exempelvis av Upphandlingsmyndighetens rapport 2024:1, s. 25.

¹⁰ Det finns olika uppfattningar om vad en *rättsdogmatisk metod* innebär och hur den bör tillämpas. Den vanligaste synen är att metoden går ut på att fastställa gällande rätt, jfr J. Kleineman 2018, s. 21–26. Andra författare har dock vidgat perspektivet och menat att metoden även kan gå utanför gällande rätt, jfr N. Jareborg 2004 s. 4. Ett annat synsätt är att metoden också kan ha problemorienterade inslag, jfr P. Westberg 1992, s. 436–444.

¹¹ Jfr J. Kleineman 2018, s. 21 och 26–28.

¹² Jfr J. Hellner 2001, s. 24–26; J. Kleineman 2018, s. 37–40; A. Peczenik 1995, s. 213–219.

¹³ Jfr J. Hellner 2001, s. 175–190; B. Lehrberg 2018, 142–146; A. Peczenik 1995, s. 329–337 och 362–376.

Slutligen analyseras domstolens hantering av motpartens invändning om kravbrist mot bakgrund av den gällande rätt som fastställts i avsnitten 2–4 (avsnitt 5).

Ämnet för uppsatsen har dock krävt vissa avvägningar avseende valet av rättskällor och tolkningen av dessa. Därför beskrivs den närmare användningen av metoden och det rättsliga materialet nedan.

1.4.2 Unionsrättslig inverkan

I uppsatsen undersöks upphandlingsförfarandet och förfarandet vid överprövning av upphandling. Båda förfarandena faller inom EU-rättens tillämpningsområde, vilket är betydelsefullt eftersom unionsrätten har företräde framför nationell rätt. Nationell rätt som genomför unionsrätten måste dessutom tolkas konformt.¹⁴ För att hantera den unionsrättsliga inverkan på rättsområdet har en *EU-rättslig metod* använts i kombination med den rättsdogmatiska. Denna kombination innebär att jag, utöver svenska rättskällor och tolkningsmetoder, även använder EU-rättsliga källor och tolkningsmetoder för att fastställa gällande rätt.¹⁵

Det bör dock nämnas att unionsrätten har haft varierande relevans för undersökningen. De unionsrättsliga aspekterna har främst varit betydelsefulla vid undersökningen av upphandlingsförfarandet (avsnitt 2), eftersom upphandlingsförfarandet regleras av unionsrätten genom EU-direktiv.¹⁶ Däremot har dessa aspekter inte varit lika relevanta vid undersökningen av processramen och de processuella utgångspunkterna (avsnitten 3–5). Detta beror på att unionsrätten i princip inte reglerar hur den svenska rättskipningen ska vara utformad eller organiserad, en princip som kallas *processuell autonomi*.¹⁷ Detta innebär att medlemsstaterna har stor frihet att själva utforma sina processuella regler. I den mån EU inte har antagit specifika processuella regler kan nationella regler tillämpas.¹⁸ Gällande den unionsrättsliga inverkan beträffande avsnitten 3–5 ska dock två aspekter noteras.

För det första har EU antagit vissa processuella regler inom upphandlingsområdet genom rättsmedelsdirektiv. Det rättsmedelsdirektiv som är relevant för denna uppsats är 89/665/EEG. Detta direktiv kräver att medlemsstaterna tillhandahåller effektiva rättsmedel vid överträdelse av upphandlingsreglerna

¹⁴ Att unionsrätten har företräde framför nationell rätt fastslogs i mål C 6/64 *Costa mot ENEL*. Vidare har EU-domstol slagit fast att nationella domstolar och myndigheter är skyldiga att tolka nationell rätt (konform tolkning) så att den överensstämmer med motsvarande unionsrätt, se förenade målen C-397-403/01 *Pfeiffer m.fl.* och t.ex. mål C-413/15 *Farrell*.

¹⁵ J. Reichel 2018, s. 109 och 125–127; J. Hettne och I. Otken Eriksson 2011, s. 189–190.

¹⁶ Se avsnitten 2.2 och 2.3.

¹⁷ U. Bernitz och A. Kjellgren 2022, s. 136–138.

¹⁸ Jfr M. Ribbing 2018, s. 18–20.

men lämnar åt medlemsstaterna att utforma de närmare processuella reglerna. Många processuella frågor vid överprövning av upphandling, exempelvis hur processramen bestäms, besvaras därför med nationella regler.¹⁹ För det andra, även om det råder processuell autonomi, finns två principer som säkerställer att den materiella unionsrätten inte undergrävs. För att säkerställa att unionsrätten får fullt genomslag har den nationella processautonomin underkastats likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen.²⁰ Enligt *likvärdighetsprincipen* får medlemsstaternas regler inte vara mindre förmånliga än de som gäller i liknande situationer enligt nationell rätt. Enligt *effektivitetsprincipen* får medlemsstaternas regler inte göra utövandet av unionsrättsliga rättigheter praktiskt omöjligt eller orimligt svårt.²¹ Sammanfattningsvis har undersökningen beträffande processramen och de processuella utgångspunkterna tagit hänsyn till rättsmedelsdirektivet samt likvärdighets- och effektivitetsprincipen.

1.4.3 Material och tolkningsstrategier

Den unionsrättsliga inverkan på rättsområdet har påverkat valet av material och tolkningsstrategier som använts i arbetet. Vid undersökningen av upphandlingsförfarandet (avsnitt 2) har LOU varit den centrala källan. Tolkningen av LOU sker mot bakgrund av LOU-direktivet, EU-domstolens praxis och EU:s allmänna rättsprinciper. Det innebär att jag i arbetet på vissa ställen hänvisar till EU-domstolens avgöranden för tolkningen av bestämmelserna. Därtill kompletteras undersökningen med avgöranden från HFD och förarbeten.

Vid undersökningen av de processuella utgångspunkterna (avsnitt 3) har också LOU varit den centrala källan. I de delar där LOU genom unionsrätten, har tolkningen av bestämmelserna skett mot bakgrund av rättsmedelsdirektivet samt EU-domstolens praxis och EU:s rättsprinciper. Eftersom LOU inte utgör en uttömmande reglering av de processuella frågorna, har även FPL och svenska rättsprinciper använts i arbetet.

Vid undersökningen av processramen (avsnitten 4–5) finns preklusionsbestämmelser i LOU som är relevanta. Utöver detta finns inga regler som har betydelse för processramen. Utgångspunkten för denna undersökning har därför varit FPL, närmare bestämt 29–30 §§ FPL. Innebörden av dessa bestämmelser tolkas mot bakgrund av HFD:s avgöranden och tillhörande förarbeten. För att säkerställa en korrekt tolkning beaktas också likvärdighets- och

¹⁹ Se avsnitt 3.2.

²⁰ Se U. Bernitz och A. Kjellgren 2022, s. 136–138.

²¹ Principerna har sitt ursprung i mål C 33/76 *Rewe-Zentralfinanz*, p. 5; mål C 45/76 *Comet*, p. 13–16.

effektivitetsprincipen, eftersom processuella lösningar inte får undergräva unionsrättens fulla genomslag.

Det ska särskilt noteras att förhållandevis mycket doktrin och underrättspraxis används i arbetet. Dessa källor har inte, och det vill jag särskilt understryka, betraktats som ett uttryck för gällande rätt utan beaktas i stället inom ramen för en analys om innehållet i rätten baserat på styrkan i de argument eller resonemang som kommer till uttryck i källan i frågan.²²

1.5 Forskningsläge

Ämnet för denna uppsats är domstolens processram i upphandlingsmål med särskilt fokus på hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrist. Nedan ges en översikt över kunskapsläget om detta ämne.

Frågan om förvaltningsdomstolens processram har fått varierande uppmärksamhet i rättsvetenskaplig litteratur.²³ Ett centralt verk på området är von Essens bok *Processramen i förvaltningsmål*, publicerad 2016.²⁴ Boken syftar bland annat till att ”så långt som möjligt klarlägga vad som utgör processramen i förvaltningsmål”.²⁵ von Essen identifierar frågor som är viktiga för processramen. Han fokuserar dock inte på en specifik måltyp, utan tar ett allmänt grepp om ämnet. I boken utlämnas exempelvis särskilda frågor om processramen i specifikt upphandlingsmål, såsom hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrist.

I och med von Essens bok finns ett gott kunskapsläge om hur processramen i allmänhet bestäms. Det saknas dock kunskap om hur processramen specifikt bestäms i upphandlingsmålen samt frågan om hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrister. Frågan om domstolens hantering av nämnda invändning har förvisso uppmärksammats i doktrinen, men dessa texter är snarare inlägg i diskussionen än egentliga forskningsinsatser.²⁶

Denna uppsats tar avstamp i von Essens teoribildning och bygger vidare på de frågor han identifierar som viktiga för processramen. Påbyggnaden sker genom att analysera processramen specifikt i upphandlingsmål, med beaktande av von Essens utgångspunkter. Därtill ges ett självständigt bidrag genom att utreda hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrist mot bakgrund av hur processramen bestäms i upphandlingsmål.

²² Jfr C. Dahlman 2019, s. 65–70.

²³ Se t.ex. P. Södergren 2007, s. 376–378; J. Blomberg 2016, s. 524–525.

²⁴ U. von Essen 2016.

²⁵ U. von Essen 2016, s. 19.

²⁶ Se P. Riiga 2023; A. Ulfsdotter, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §*, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

1.6 Disposition

Uppsatsen är uppdelad på sex kapitel. Nedan följer en kort beskrivning av innehållet i varje kapitel samt hur de olika kapitlen är relaterade till varandra.

I *kapitel 2* behandlas de materiella utgångspunkterna för arbetet. Fördelat på flera avsnitt behandlas vissa utgångspunkter som är nödvändiga för att förstå uppsatsens senare delar. Kapitlet inleds med en översikt av den unionsrättsliga regleringen av offentlig upphandling, följt av en genomgång av LOU-direktivet och dess implementering i svensk rätt. Därefter undersöks upphandlingsförfarandet utifrån dess olika faser. Vidare klargörs innebörden av de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumentet.

I *kapitel 3* förflyttas fokus till den processuella delen. Syftet med kapitlet är att ge en förklaring och ett sammanhang till en överprövning av upphandling. Kapitlet inleds med en unionsrättslig översikt av rättsmedelsdirektivet och dess implementering i svensk rätt. Därefter behandlas överprövning av upphandling med särskilt fokus på den sakprövning som domstolen genomför vid en överprövning och konsekvenserna av sådan prövning. Vidare behandlas frågan om vilka som är parter i upphandlingsmålen och hur instansordningen är uppbyggd i dessa måltyper.

I *kapitel 4* undersöks domstolens processram vid överprövning av upphandling. En löpande analys genomförs i kapitlet. Utredningen utgår från von Essens systematik, det vill säga att processramen bestäms av yrkandena och omständigheterna samt att det finns vissa gemensamma frågor som påverkar processramen. Kapitlet inleds med en utredning om domstolens handlingsutrymme beträffande yrkanden, följt av en motsvarande utredning beträffande omständigheterna. Vidare behandlas gemensamma frågor som påverkar processramen: preklusion, instansordningsprincipen och ”saken” i upphandlingsmål. Till sist ges en sammanfattning av de slutsatser som löpande dragits.

I *kapitel 5* undersöks domstolens hantering av motpartens invändningar om kravbrister. Även här genomförs en löpande analys. Kapitlet inleds med en klassificering av processhandlingen ”invändning om kravbrist”. Därefter följer en undersökning av de olika synsätten som återfinns i underrättspraxis och doktrin beträffande hur domstolen ska hantera nämnda invändning. I samband med denna undersökning analyseras den rättsliga hållbarheten hos respektive synsätt mot bakgrund av den gällande rätt som fastställts i kapitlen 2–4. Till sist ges en sammanfattning av de slutsatser som löpande dragits i uppsatsen.

I *kapitel 6* sammanfattas de huvudsakliga resultaten av den genomförda undersökningen.

2 Materiella utgångspunkter

2.1 Inledning

I detta kapitel behandlas de materiella utgångspunkterna för offentlig upphandling. Förståelse för dessa utgångspunkter är nödvändig för att förstå uppsatsens senare delar. Kapitlet inleds därför med en översikt av den unionsrättsliga regleringen av offentlig upphandling (2.2) med ett särskilt fokus på LOU-direktivet och dess implementering i svensk rätt (2.3). Därefter behandlas upphandlingsförfarandet genom en utredning av förfarandets olika faser (2.4). Vidare klargörs innebörden av de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumentet (2.5).

2.2 Unionsrättslig bakgrund

De svenska reglerna om offentlig upphandling har sin grund i unionsrätten, som består av två lager: dels EUF-fördragets regler om fri rörlighet och de allmänna rättsprinciperna som härletts ur fördraget (*primärrätten*), dels olika direktiv som reglerar offentlig upphandling (*sekundärrätten*).²⁷

EU:s upphandlingsrätt bygger på *primärrätten* genom målsättningen att upprätta en gemensam inre marknad och främja fri rörlighet enligt EUF-fördraget.²⁸ Även om fördraget inte uttryckligen tar sikte på offentlig upphandling, kan reglerna om fri rörlighet för varor och tjänster samt fri etablering påverka nationella upphandlingar. Till exempel kan nationella regler med diskriminerande effekt mot leverantörer från andra medlemsstater strida mot fördragets grundläggande regler.²⁹

Förutom fördraget finns flera allmänna rättsprinciper som är viktiga för upphandlingsrätten. Dessa principer kan delas in i två kategorier enligt Morawetz. Den ena kategorin är principer som rör unionens grundläggande drag och förhållandet mellan unionen och medlemsstaterna, såsom principen om unionsrättens företräde och principen om processuell autonomi. Den andra kategorin är principer som är relevanta för tillämpningen av den materiella EU-rätten, såsom principerna om likabehandling, icke-diskriminering på grund av nationalitet, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.³⁰

²⁷ F. Morawetz 2019, s. 72; SOU 2015:78, s. 47–52.

²⁸ Se skäl 1 i LOU-direktivet. Se även mål C-380/98 *University of Cambridge*, p. 16; mål C-19/00 *SIAC Construction*, p. 32; mål C-507/03 *An Post*, p. 27.

²⁹ För ytterligare konkreta exempel på när EUF-fördragets regler kan få betydelse, se mål C-3/88 *kommissionen mot Italien* och mål C-45/87 *kommissionen mot Irland*.

³⁰ F. Morawetz 2019, s. 33. Se även prop. 2015/16:195, s. 972–973.

De främsta unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling finns dock i *sekundärrätten* genom ett flertal upphandlingsdirektiv. Dessa direktiv syftar till att förstärka EUF-fördragets regler om fri rörlighet och öppna upp den inre marknaden för offentliga kontrakt, vilket skyddar leverantörer som vill erbjuda varor eller tjänster till myndigheter i andra medlemsstater.³¹ Direktiven riktar sig till medlemsstaterna för att genomföras i nationell lagstiftning och kan delas upp i två kategorier.³² Den ena kategorin är direktiv som innehåller *materiella förfaranderegler* för hur upphandlande myndigheter ska gå till väga under en upphandling.³³ Den andra kategorin är direktiv som innehåller olika *rättsmedel* för att förstärka de materiella direktivens genomslag.³⁴

2.3 LOU-direktivet och dess implementering

För den så kallade *klassiska sektorn*³⁵ har bestämmelser för gränsöverskridande upphandling antagits i direktivet 2014/24/EU (LOU-direktivet). Direktivet innehåller detaljerade och tekniska bestämmelser för de olika faserna av ett upphandlingsförfarande och kodifierar de allmänna rättsprinciper som är relevanta för upphandling, det vill säga principerna om likabehandling, icke-diskriminering på grund av nationalitet, transparens, ömsesidigt erkännande samt proportionalitet.³⁶ En upphandling inom EU omfattas av LOU-direktivet om upphandlingens värde överstiger ett visst tröskelvärde.³⁷

I svensk rätt har LOU-direktivet genomförts i lagen om offentlig upphandling (LOU).³⁸ I enlighet med LOU-direktivet innehåller LOU detaljerade och tekniska bestämmelser för hur en upphandlande myndighet ska gå till väga vid inköp av varor, tjänster och byggtreprenader.³⁹ LOU är en procedurlagstiftning, vilket innebär att den sätter ramarna för den upphandlande

³¹ Se skäl 1 i 2014/24/EU. Se även mål C-380/98 *University of Cambridge*, p. 16; mål C-19/00 *SIAC Construction*, p. 32; mål C-507/03 *An Post*, p. 27, mål C-92/00 *Hospital Ingenieure*, p. 43.

³² U. Bernitz och A. Kjellgren 2022, s. 57.

³³ T.ex. direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet), samt direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

³⁴ T.ex. direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende rättsmedel i offentlig upphandling respektive upphandling inom försörjningssektorerna samt ändringsdirektivet 2007/66/EG avseende de båda föregående direktiven.

³⁵ Med *klassisk sektor* avses alla upphandlingar utom de inom vatten, energi, transporter, koncessioner, posttjänster, samt försvars- och säkerhetsområdet, se 1 kap. 1–2 §§ LOU.

³⁶ Se skäl 1 i 2014/24/EU.

³⁷ Se artikel 1.1 i 2014/24/EU.

³⁸ Prop. 2015/16:195, s. 304.

³⁹ Jfr F. Morawetz 2019, s. 82–86.

myndighetens agerande utan att direkt bestämma vilken leverantör som ska tilldelas ett kontrakt.⁴⁰

Vid sidan av de specifika bestämmelserna som reglerar upphandlingsförfarandet, innehåller 4 kap. 1 § LOU de allmänna principer som kodifierats i LOU-direktivet, det vill säga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande samt proportionalitet. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska dessa principer vara styrande för myndigheternas beslut och agerande under hela upphandlingen. Enligt praxis från både EU-domstolen och HFD utgör dessa principer viktiga rättskällor för att tolka och fylla ut lagens konkreta förfaranderegler.⁴¹

2.4 Upphandlingsförfarandet

Som framgick ovan reglerar LOU hur en upphandlande myndighet ska gå till väga när den genomför en upphandling. En offentlig upphandling inleds när myndigheten beslutar att införskaffa resurser för att bedriva sin verksamhet. Upphandlingen kan beskrivas som en formaliserad inköpsprocess med olika faser, där varje fas motsvaras av regler i LOU.⁴² Det finns ingen enhetlig beskrivning av inköpsprocessen, utan den återges på olika sätt i doktrin och förarbeten.⁴³ I den följande framställningen kommer upphandlingsprocessen att beskrivas utifrån två faser: en konkurrensuppsökande fas och en kvalificerings- och utvärderingsfas.

2.4.1 Den konkurrensuppsökande fasen

En upphandling inleds med den *konkurrensuppsökande fasen*. Under denna fas vidtar den upphandlande myndigheten flera åtgärder, såsom att besluta om valet av upphandlingsförfarande, att ta fram relevanta dokument och att annonsera upphandlingen.⁴⁴ Enligt 6 kap. 1 § LOU kan en upphandlande myndighet välja mellan flera olika förfaranden. I det följande behandlas det vanligaste förfarandet, ett öppet förfarande.⁴⁵

⁴⁰ Jfr H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 36.

⁴¹ Se Prop. 2015/16:195, s. 972–973 och där angivna rättsfall.

⁴² E. Lindahl Toftagaard 2022, s. 20 f.; SOU 2016:15, s. 155.

⁴³ Jfr E. Lindahl Toftagaard 2022, s. 17; H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 36; A. Asplund et al. 2012, s. 189; SOU 2016:15, s. 155.

⁴⁴ I mål C-337/98 *kommissionen mot Frankrike* fastslog EU-domstolen att en upphandling påbörjas i och med att den upphandlande myndigheten valt upphandlingsförfarande. Se även A. Asplund et al. 2012, s. 190.

⁴⁵ Att öppet förfarande är det vanligaste sättet att upphandla på framgår exempelvis av Upphandlingsmyndighetens rapport 2024:1, s. 25.

En central del av denna fas är upprättandet av upphandlingsdokumentet.⁴⁶ Enligt 1 kap. 23 § LOU inkluderar detta alla dokument som myndigheten använder för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen. Det viktigaste dokumentet är förfrågningsunderlaget, som omfattar alla krav på leverantörerna och det som ska upphandlas.⁴⁷ När förfrågningsunderlaget är färdigställt och offentliggjort, är ramen för upphandlingen fastställd. Denna ram är bindande och kan inte ändras i något väsentligt avseende.⁴⁸

Utformningen av förfrågningsunderlaget varierar, men det finns några delar som återfinns i de flesta upphandlingar:⁴⁹

- Administrativa bestämmelser
- Krav på det som ska upphandlas
- Krav på leverantören
- Grund för utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt

Dessa punkter utgör typiska inslag i ett förfrågningsunderlag.⁵⁰ Notera att listan inte är uttömmande utan endast inkluderar delar som är relevanta för denna uppsats. Det är av yttersta vikt att förfrågningsunderlaget är tydligt formulerat så att anbudsgivarna förstår under vilka förutsättningar de kan lämna anbud och exakt vad den upphandlande myndigheten efterfrågar.⁵¹

I de *administrativa bestämmelserna* specificeras formalia kring upphandlingen såsom krav på underskrift, tid för anbudsinlämnande, språk på anbud och hur anbudet ska lämnas in.⁵² Dessa bestämmelser utgör formella krav och om anbudet inte uppfyller formkraven kan leverantören och dennes anbud komma att förkastas.⁵³ Av kammarrättspraxis följer att myndigheten har stor frihet att utforma dessa krav.⁵⁴ Enligt Rosén Andersson et al. bör dock endast nödvändiga formkrav tas med i syfte att undvika att anbud behöver förkastas på grund av formkrav som inte fyller någon viktig funktion i

⁴⁶ A. Asplund et al. 2012, s. 191.

⁴⁷ Termen *förfrågningsunderlag* har fasats ut från LOU och dokumentet anses numera vara en del av upphandlingsdokumentet. Trots att begreppet inte längre finns med i lagtexten används det fortfarande av upphandlande myndigheter eftersom det är ett inarbetat begrepp, se E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 118.

⁴⁸ K. Pedersen 2017, s. 119. Se även t.ex. HFD 2016 ref. 37 I och II.

⁴⁹ E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 118.

⁵⁰ E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 118 f.; K. Pedersen 2017, s. 120.

⁵¹ Jfr mål C-448/01 *Wienstrom*, p. 57; RÅ 1996 ref. 100; RÅ 2002 ref. 50; prop. 2006/07:128 del 1, s. 189.

⁵² E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 119; H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 131.

⁵³ H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 131. Se även prop. 2015/16:195, s. 979.

⁵⁴ Se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 2370–13.

upphandlingen.⁵⁵ Formkraven får inte heller vara oproportionerliga eller strida mot de andra grundläggande principerna i upphandlingsrätten.⁵⁶

Den del av förfrågningsunderlaget som innehåller *krav på det som ska upphandlas* kallas kravspecifikation. I denna del beskrivs upphandlingsföremålet, det vill säga varan, tjänsten eller byggentreprenaden, som ska upphandlas. Härvid kan myndigheten ställa obligatoriska krav, även kallade ”skall-krav” eller ”minimikrav”. Dessa krav måste formuleras i enlighet med principerna i LOU och vara kontrollerbara. Utformningen av dessa krav påverkas av rättspraxis från EU-domstolen samt HFD:s praxis.⁵⁷

Enligt 14 kap. LOU har den upphandlande myndigheten möjlighet att ställa *krav på leverantören*, vilka kan kallas för kvalificeringskrav, kvalificeringskriterier eller urvalskriterier.⁵⁸ Dessa krav kan avse leverantörens behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.⁵⁹ Syftet med dessa krav är att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera att leverantören har förmåga att genomföra en fullgod avtalsprestation.⁶⁰ En viktig utgångspunkt är att kraven inte får strida mot någon av upphandlingsprinciperna.⁶¹ Det kan också noteras att det står en upphandlande myndighet fritt att ställa krav på leverantören. Myndigheten har alltså ingen skyldighet att ställa sådana krav.⁶²

Dessutom ska det av förfrågningsunderlaget framgå *grunden för utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt*. I 16 kap. 1 § LOU fastslås tre olika grunder för utvärdering som den upphandlande myndigheten kan välja mellan: (a) bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, (b) kostnad och (c) pris. Vidare finns det många olika modeller för utvärdering av anbud eftersom de upphandlande myndigheterna själva bestämmer hur de vill genomföra utvärderingen. Den upphandlande myndigheten får själv välja grund för utvärdering i det enskilda fallet.⁶³

När upphandlingsdokumentet är färdigt ska den upphandlande myndigheten *annonsera* upphandlingen enligt 10 kap. 1 § LOU. Genom annonsen får leverantörerna vetskap om upphandlingen samt de krav som ställs i upphandlingen för att komma i fråga för att tilldelas ett kontrakt.⁶⁴ I ett öppet

⁵⁵H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 131.

⁵⁶ Se 4 kap. 1 § LOU.

⁵⁷ Se t.ex. RÅ 2002 ref. 50. Jfr mål 45/87 *Kommissionen mot Irland (Dundalk)*.

⁵⁸ A. Asplund et al. 2012, s. 194; H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 308.

⁵⁹ Se 14 kap. 1–5 §§ LOU.

⁶⁰ F. Morawetz 2019, s. 87.

⁶¹ Det vill säga någon av de kodifierade principerna i 4 kap. 1 § LOU.

⁶² E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 120–121.

⁶³ Prop. 2015/16:195, s. 1109.

⁶⁴ E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 137.

förfarande har alla intresserade leverantörer rätt att lämna anbud.⁶⁵ Minimifristen för att inkomma med anbud är som huvudregel 35 dagar från den dag då annonsen om upphandlingen skickades för publicering.⁶⁶

2.4.2 Kvalificerings- och utvärderingsfasen

När tiden för att inkomma med anbud har löpt ut inleds *kvalificerings- och utvärderingsfasen*.⁶⁷ Denna fas inleds med en anbudsöppning där alla inkomna anbud öppnas samtidigt och så snart som möjligt efter att tidsfristen gått ut.⁶⁸ Därefter kontrollerar den upphandlande myndigheten ett antal förhållanden innan kontraktet tilldelas en leverantör. Enligt 4 kap. 10 § 2 st. LOU ska myndigheten kontrollera följande förhållanden:

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumentet,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller (...) de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1–5 §§

Det framgår av den första punkten att myndigheten måste säkerställa att anbuderna uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumentet. Här avses bland annat de formella krav och krav på det som ska upphandlas (se avsnitt 2.4.1 ovan). Om leverantörerna inte uppfyller dessa krav ska deras anbud förkastas och bortses ifrån i den fortsatta upphandlingen.⁶⁹ I den andra och tredje punkten framgår att myndigheten ska kontrollera leverantörernas lämplighet och kvalifikationer. Denna prövning innehåller normalt två moment: en *uteslutningsprövning* (punkt 2) och en *leverantörskvalificering* (punkt 3). Genom båda dessa moment ges den upphandlande myndigheten möjlighet att dels välja bort sådana företag som är direkt olämpliga som leverantörer, dels kontrollera att anbudsgivarna verkligen har förutsättningar att tillgodose myndighetens behov.⁷⁰

Uteslutningsprövningen görs mot bakgrund av de så kallade uteslutningsgrunderna i LOU. Det finns ett antal obligatoriska uteslutningsgrunder som myndigheten måste följa, bland annat om leverantören tidigare har dömts för vissa typer av brottslig verksamhet.⁷¹ Därutöver finns frivilliga uteslutningsgrunder som den upphandlande myndigheten kan välja att använda sig av. Det kan till exempel handla om att leverantören har åsidosatt tillämpliga

⁶⁵ 6 kap. 1 § LOU.

⁶⁶ Se 11 kap. 2 § LOU.

⁶⁷ A. Asplund et al. 2012, s. 189 och 203.

⁶⁸ Se 12 kap. 10 § LOU.

⁶⁹ Prop. 2015/16:195, s. 979.

⁷⁰ K. Pedersen 2017, s. 138.

⁷¹ 13 kap. 1–2 §§ LOU.

miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, eller att leverantören är i konkurs eller undergår insolvens- eller likvidationsförfaranden.⁷²

Leverantörskvalificeringen sker efter uteslutningsprövningen och innebär att myndigheten kontrollerar de krav som denna ställt på leverantörerna i förfrågningsunderlaget (se avsnitt 2.4.1 ovan). Det handlar inte om en relativ skala, utan antingen bedöms en leverantör klara av kvalificeringen, eller bedöms leverantören inte klara av kvalificeringen. Det är inte givet att leverantörskvalificering alltid aktualiseras, eftersom en upphandlande myndighet inte har skyldighet att ställa några sådana krav. Normalt görs det dock för att undvika att myndigheten blir tvungen att anta ett anbud från en leverantör som inte klarar av att fullgöra kontraktet.⁷³

Efter att myndigheten har kontrollerat de förhållanden som anges i 4 kap. 10 § LOU ska myndigheten genomföra den så kallade *anbudsutvärderingen*, det vill säga utvärdera anbuden enligt 16 kap. LOU.⁷⁴ Vid ett öppet förfarande finns möjlighet till så kallad *omvänd anbudsutvärdering*. Enligt 4 kap. 12 § LOU får den upphandlande myndigheten utvärdera anbuden innan den kontrollerar leverantören enligt 10 kap. 2 st. 2–3 p. LOU. Här kan myndigheten således nöja sig med att pröva de formella kraven och ”skall-kraven” för att sedan direkt gå vidare med att utvärdera anbuden. Efter att myndigheten har bestämt vilket anbud som är mest fördelaktigt, genomförs en kontroll av leverantören enligt 10 kap. 2 st. 2–3 p. LOU.⁷⁵

2.4.3 Tilldelningsbeslut och avtalsspärr

Kvalificerings- och utvärderingsfasen avslutas när den upphandlande myndigheten fattar beslut om vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontrakt. Genom detta tilldelningsbeslut avslutas det formella upphandlingsförfarandet.⁷⁶ LOU innehåller inga formella krav på själva tilldelningsbeslutet. Däremot reglerar lagen att tilldelningsbeslutet ska meddelas anbudsgivarna.⁷⁷

Den upphandlande myndigheten ska snarast möjligt underrätta anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet. Meddelandet ska vara skriftligt.⁷⁸ Syftet med meddelandet är att leverantörerna ska kunna bilda sig en uppfattning om hur deras anbud bedömts och på vilka grunder beslutet har fattats. Meddelandet ger leverantörerna både ett underlag för att kontrollera upphandlingen och för att

⁷² 13 kap. 3 § LOU.

⁷³ K. Pedersen 2017, s. 143–145.

⁷⁴ Jfr prop. 2015/16:195 s. 979.

⁷⁵ A. Ulfsson, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 4 kap. 12 §*, Lexino 2018-03-24 (JUNO).

⁷⁶ E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 155.

⁷⁷ 12 kap. 12 § LOU. Se även E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 155.

⁷⁸ 12 kap. 12 § LOU.

jämföra sina anbud med konkurrenternas. Meddelandet är således betydelsefullt för den leverantör som vill förstå hur den upphandlande myndigheten resonerat och som vill ta ställning till huruvida det finns skäl att begära överprövning av upphandlingen.⁷⁹

När tilldelningsbeslutet meddelats anbudsgivarna, inträder en så kallad *avtalsspärr*. Detta innebär att den upphandlande myndigheten inte får ingå ett civilrättsligt avtal med den leverantör som tilldelats kontraktet förrän en viss tidsfrist har löpt ut. Som huvudregel löper avtalsspärren på 10 dagar. Om meddelandet däremot skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.⁸⁰ Syftet med avtalsspärren är att leverantörer – som inte blivit tilldelade kontraktet – ska få tillräckligt med tid att överpröva upphandlingen.⁸¹

2.5 Kraven i upphandlingsdokumentet

Som framgått i avsnitt 2.4.1 får och ska den upphandlande myndigheten ställa ett antal olika krav i upphandlingsdokumentet: formella krav, krav på upphandlingsföremålet och krav på leverantören. Det finns en poäng med att hålla isär de språkliga benämningarna för dessa krav eftersom de relaterar till olika delar och olika prövningar under kvalificerings- och utvärderingsfasen.⁸² I den fortsatta framställningen kommer dock den gemensamma beteckningen ”obligatoriska krav” att användas för dessa olika krav.⁸³ Detta motiveras främst av att dessa olika krav är obligatoriska i bemärkelsen att de måste uppfyllas för att leverantören ska kunna tilldelas kontraktet.⁸⁴

Det finns anledning att närmare diskutera varför dessa krav är obligatoriska. I avsnitt 2.4.2 framgick att den upphandlande myndigheten ska kontrollera att dessa obligatoriska krav är uppfyllda innan kontraktet tilldelas. Det framgår dock inte uttryckligen av LOU att leverantören och dennes anbud ska förkastas om den inte uppfyller ett visst obligatoriskt krav. Detta följer i stället av den grundläggande upphandlingsprincipen om *likabehandling*.⁸⁵ Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika under upphandlingsförfarandet. Det är således inte tillåtet att positivt eller negativt

⁷⁹ E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 156–157.

⁸⁰ 20 kap. 1 § LOU.

⁸¹ Prop. 2009/10:180, s. 107.

⁸² Se avsnitten 2.4.1 och 2.4.2.

⁸³ Ibland används termen *skall-krav* som samlande beteckning för diverse krav som ska vara uppfyllda, se H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 718. Denna term kan dock lätt förväxlas med de krav som ställs på det som ska upphandlas, se avsnitt 2.4.1. För att undvika förväxling används termen *obligatoriska krav* som samlande beteckning. Även HFD använder sig av termen obligatoriska krav som en samlande beteckning, se HFD mål nr 6102–19.

⁸⁴ Jfr Prop. 2015/16:195, s. 979.

⁸⁵ Principen är kodifierad i 4 kap. 1 § LOU.

särbehandla olika leverantörer.⁸⁶ Om ett anbud antas från en leverantör som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav skulle detta innebära positiv särbehandling av leverantören, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Konkret innebär detta att den upphandlande myndigheten inte får avvika från något obligatoriskt krav som ställts i upphandlingsdokumentet, eller med andra ord när upphandlingsdokumentet väl är färdigställt och offentliggjort är ramen för upphandlingen fastställd.⁸⁷

2.6 Sammanfattning

Sammanfattningsvis har upphandlingsrätten sin grund i unionsrätten genom primär- och sekundärrättsliga normer. För den klassiska sektorn regleras upphandlingsförfarandet av LOU, som genomför LOU-direktivet. I LOU finns detaljerade förfaranderegler som tar sikte på olika faser i upphandlingen samt generella principer som ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet.

Upphandlingsförfarandet kan delas in i två faser. I den konkurrensuppsökande fasen ska myndigheten bland annat ta fram ett upphandlingsdokument. I den del – som kan kallas förfrågningsunderlag – uppställs ett antal så kallade *obligatoriska krav* som leverantören och dennes anbud måste uppfylla. När tiden för att inkomma med anbud löpt ut ska den upphandlande myndigheten kontrollera att alla krav är uppfyllda. Om ett krav inte är uppfyllt ska leverantören och dennes anbud förkastas, eftersom det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att avvika från de krav som uppställts.

När tilldelningsbeslutet är fattat avslutas det formella upphandlingsförfarandet och avtalsspärren inträder. Avtalsspärren ger de andra icke-vinnande leverantörerna tid att överpröva upphandlingen.

⁸⁶ Se t.ex. mål C-434/02 *Arnold André GmbH*, p. 68; mål C-210/03 *Swedish Match AB m.fl.*, p. 70. Se även. E. Lindahl Toftegaard 2022, s. 54–55.

⁸⁷ Se t.ex. HFD 2016 ref. 37 I och II.

3 Processuella utgångspunkter

3.1 Inledning

I detta kapitel behandlas de processuella utgångspunkterna för överprövning av upphandling. Precis som i föregående kapitel är dessa utgångspunkter nödvändiga för att förstå uppsatsens senare delar. Kapitlet inleds med en unionsrättslig bakgrund om rättsmedelsdirektivet och dess implementering i svensk rätt (3.2). Därefter behandlas överprövning av upphandling (3.3). Vidare behandlas den sakprövning som domstolen genomför vid en överprövning samt vilka konsekvenserna kan bli efter sådan prövning (3.4). Slutligen behandlas frågan om vilka som är parter i överprövningen (3.5) samt hur instansordningen är uppbyggd i dessa måltyper (3.6).

3.2 Rättsmedelsdirektivet och dess implementering

För att säkerställa efterlevnaden av de materiella upphandlingsdirektiven har EU infört två rättsmedelsdirektiv.⁸⁸ För att garantera tillämpningen av LOU-direktivet finns direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet).⁸⁹ EU-domstolen har i flera avgöranden betonat att syftet med rättsmedelsdirektivet är att tillhandahålla effektiva rättsmedel vid överträdelse av EU-rätten eller den nationella upphandlingslagstiftningen som implementerar EU-rätten.⁹⁰ År 2007 ändrades rättsmedelsdirektivet genom direktiv 2007/66/EG. Ändringsdirektivet innebar dock inte att det ursprungliga rättsmedelsdirektivet upphörde att gälla, utan medförde endast vissa justeringar. Därför hänvisas det till den konsoliderade versionen av rättsmedelsdirektivet med de ändringar som infördes genom ändringsdirektivet.⁹¹

I rättsmedelsdirektivet uppställs krav på minimiharmoniserade regler, vilka ställer krav på införandet av ett antal samverkande *rättsmedel* i medlemsstaterna.⁹² Dessa rättsmedel ska ge leverantörer möjligheten att (i) begära interimistiska åtgärder under upphandlingsförfarandet, (ii) begära överprövning och åsidosättande av beslut som fattas under upphandlingsförfarandet, (iii)

⁸⁸ Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG). Det andra rättsmedelsdirektiv är benämnt 92/13/EEG av den 25 februari 1992 och avser försörjningssektorerna och koncessioner.

⁸⁹ 1 och 2 beaktandesatsen i ingressen till direktiv 89/665/EEG.

⁹⁰ Mål C-81/98, p. 33; Mål C-470/99, p. 71; Mål C-212/02, p. 20.

⁹¹ SOU 2015:12, s. 45; A. Asplund et al. 2012, s. 23–24.

⁹² Inom EU-rätten avser begreppet *rättsmedel* alla rättsliga metoder för att genomdriva ett materiellt anspråk. Detta unionsrättsliga begrepp bör inte förväxlas med den nationella processrättsliga definitionen av rättsmedel, se U. Bernitz 2008, s. 82.

begära skadestånd vid myndighetens överträdelse av EU:s upphandlingsrätt. Utöver det ska medlemsstaten också tillhandahålla (iv) en tidsspärr för ingående av avtal efter att beslut om vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet har kommunicerats av den upphandlande myndigheten och (v) en möjlighet för leverantörer att begära ogiltigförklaring av avtalet som slutits med en leverantör och myndighet.⁹³

I övrigt lämnar rättsmedelsdirektivet det upp till medlemsstaterna att själva reglera hur rättsskipningen ska vara utformad eller organiserad. Detta är ett utslag av den *processuella autonomi* som nämndes ovan (se avsnitt 2.2).⁹⁴ Den processuella autonomin begränsas dock av två viktiga principer: likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. Enligt *likvärdighetsprincipen* får medlemsstaternas processuella regler inte vara mindre förmånliga än de som gäller i liknande situationer enligt nationell rätt. Enligt *effektivitetsprincipen* får medlemsstaternas processuella regler inte heller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande materiella anspråk som grundas i unionsrätten.⁹⁵

I svensk rätt genomförs rättsmedelsdirektivet i LOU.⁹⁶ I enlighet med rättsmedelsdirektivets systematik innehåller 20 kap. LOU regler som syftar till att säkerställa den materiella upphandlingsrättens effektiva genomslag.⁹⁷ Exempelvis tillhandahålls rättsmedlen överprövning av upphandling och överprövning av giltigheten av ett avtal i 20 kap. 4 § LOU. Därtill innehåller LOU regler om forum, preklusion och tidsfrister för att inkomma med en ansökan om överprövning.⁹⁸ I övrigt regleras prövningsförfarandet på annat håll. Eftersom mål om överprövning av upphandling handläggs av de allmänna förvaltningsdomstolarna blir även förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL) tillämplig. I FPL återfinns grundläggande processrättsliga regler som kompletterar bestämmelserna i 20 kap. LOU (2 § FPL). Även allmänna förvaltningsrättsliga principer är tillämpliga på överprövningsprocessen.⁹⁹

3.3 Överprövning av upphandling

Det framgick i föregående avsnitt att LOU implementerar flera rättsmedel i enlighet med rättsmedelsdirektivet. Det rättsmedel som är av intresse för detta arbete är *överprövning av upphandling*. Enligt 20 kap. 4 § LOU kan den

⁹³ Se artikel 2 i direktiv 89/665/EEG.

⁹⁴ Se förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich*, p. 31–37.

⁹⁵ Principerna har sitt ursprung i mål C 33/76 *Rewe-Zentralfinanz*, p. 5; mål C 45/76 *Comet*, p. 13–16.

⁹⁶ SOU 2018:44, s. 265–266.

⁹⁷ Prop. 2001/02:142, s. 63; SOU 2015:12, s. 73–75.

⁹⁸ Se 20 kap. 5 §, 5 b-d §§ samt 11–12 §§ LOU.

⁹⁹ Att FPL och allmänna förvaltningsrättsliga principer är tillämpliga på upphandlingsmålen framgår av HFD 2013 ref. 36. Se även SOU 2015:12, s. 58; Asplund et al. 2012, s. 113.

leverantör som anser sig ha lidit eller riskerar att lida skada ansöka om överprövning av en upphandling hos allmän förvaltningsdomstol. En sådan ansökan ska göras till den förvaltningsrätt inom vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.¹⁰⁰

Alla beslut som fattas under upphandlingsförfarandet kan överprövas.¹⁰¹ Den första tidpunkt då en överprövning av upphandling är möjlig är när upphandlingen har påbörjats, det vill säga när den konkurrensuppsökande fasen inletts.¹⁰² Den sista tidpunkten för överprövning av upphandling är när den så kallade avtalsspärren löper ut.¹⁰³ I avsnitt 2.4.3 framgick att avtalsspärren inträder vid meddelandet av tilldelningsbeslutet och löper som huvudregel ut efter 10 dagar.¹⁰⁴

För att domstolen ska ta upp målet till sakprövning måste vissa *formella förutsättningar* vara uppfyllda:¹⁰⁵ ansökan måste ha gjorts av en taleberättigad leverantör som har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontraktet;¹⁰⁶ beslutet som överprövas måste vara överprövningsbart;¹⁰⁷ ansökan ska ha inkommit i rätt tid och till rätt forum;¹⁰⁸ upphandlingen som överprövas får inte ha resulterat i ett rättsligt bindande avtal mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.¹⁰⁹ Om dessa formella förutsättningar inte är uppfyllda ska domstolen avvisa målet utan prövning i sak.¹¹⁰

3.4 Sakprövningen och ingripandet

I 20 kap. 6 § 1 st. LOU preciseras vilken sakprövning som domstolen ska genomföra med anledning av en ansökan om överprövning av en upphandling. Bestämmelsen anger också vilka konsekvenser som blir resultatet av en sådan prövning. I lagrummet slås följande fast:

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att

¹⁰⁰ 20 kap. 5 § 1 st. LOU.

¹⁰¹ J. E. Falk 2020, s. 444–446. Jfr även med EU-domstolens praxis, se mål C-15/04 *Köpensteiner*; mål C-92/00 *HI*; mål C-26/03 *Stadt Halle m.fl.*

¹⁰² Se avsnitt 2.4.1.

¹⁰³ 20 kap. 12 § LOU.

¹⁰⁴ 20 kap. 6 § 2 st. LOU.

¹⁰⁵ Dessa formella krav kan också kallas för *sakprövningsförutsättningar*, se H. Strömberg och B. Lundell 2022, s. 221.

¹⁰⁶ HFD 2017 ref. 62.

¹⁰⁷ F. Morawetz 2019, s. 111–112. Se vidare prop. 2009/10:180, s. 256 och RÅ 2005 ref. 10 om att kravet på överprövningsbart beslut ska tolkas extensivt.

¹⁰⁸ 20 kap. 5 § samt 11–12 §§ LOU.

¹⁰⁹ 20 kap. 6 § 2 st. LOU och prop. 2009/10:180, s. 146–148.

¹¹⁰ H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 905. Jfr U. von Essen och B. Wennergren 2012, s. 62.

upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.¹¹¹

Enligt lagtexten ovan framgår att domstolen ska pröva *två rekvisit* i sin sakprövning: att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU (hädanefter kallat ”upphandlingsfel”) samt att den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada till följd av upphandlingsfelet (hädanefter kallat ”skaderekvisitet”). Ett upphandlingsfel i sig räcker således inte utan även skaderekvisitet måste vara uppfyllt.¹¹² Domstolen har frihet att bestämma i vilken ordning rekvisiten prövas.¹¹³

Det första rekvisitet, *upphandlingsfelet*, innebär att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU. Enligt Asplund et al. grundar sig en betydande del av överprövningarna på brott mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.¹¹⁴ Typiska överträdelser som utgör upphandlingsfel inkluderar främst: (a) brister i utformningen av upphandlingsdokumentet, särskilt vad gäller kravspecifikationen och utvärderingsmodellen, samt valet av upphandlingsförfarande; (b) felaktig bedömning av om obligatoriska krav på upphandlingsföremålet är uppfyllda, exempelvis huruvida en vara uppfyller ett tekniskt krav; (c) felaktig bedömning av om obligatoriska krav på leverantören har uppfyllts, det vill säga frågor om tillämpningen av utvärderingsmodellen, poängsättningen och bedömningen av andra kvalitetskrav.¹¹⁵

Det andra rekvisitet, *skaderekvisitet*, innebär att den sökande leverantören lider eller kan komma att lida skada till följd av upphandlingsfelet. Skadan definieras här som en försämring av leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet. Skadan måste vara objektiv, vilket innebär att det inte räcker med leverantörens subjektiva uppfattning om att ha lidit skada.¹¹⁶ Vidare måste det finnas ett orsakssamband mellan upphandlingsfelet och skadan (adekvat kausalitet).¹¹⁷ Pedersen beskriver skadan som att leverantören ska ha ”fått försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen”.¹¹⁸

Det finns en viktig aspekt avseende skaderekvisitet när det gäller de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumentet. I normalfallet kan en sökande leverantör inte uppfylla skaderekvisitet om denne själv *inte* uppfyller samtliga

¹¹¹ 20 kap. 6 § 2 st. LOU.

¹¹² H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 905.

¹¹³ HFD 2013 ref. 52.

¹¹⁴ A. Asplund et al. 2012, s. 188–189.

¹¹⁵ F. Morawetz 2019, s. 111 not 389.

¹¹⁶ Se HFD 2013 ref. 53.

¹¹⁷ Se t.ex. HFD 2022 ref. 30, p. 15. Se även J. E. Falk 2020, s. 444.

¹¹⁸ K. Pedersen 2017, s. 189.

obligatoriska krav.¹¹⁹ Som framhölls i avsnitt 2.4.2 ska leverantören och dennes anbud förkastas om inte samtliga obligatoriska krav är uppfyllda. En sökande leverantör som inte uppfyller alla obligatoriska krav har således ingen *reell* möjlighet att vinna upphandlingen. Detta beror på att leverantören, genom att inte uppfylla kraven, redan är utesluten från att konkurrera om upphandlingen. Därmed har leverantören inte fått försämrade möjligheter till framgång på grund av ett visst upphandlingsfel, eftersom leverantören ändå inte hade möjligheten att vinna upphandlingen från början.¹²⁰

Om domstolen prövar målet i sak kan detta normalt resultera i två utfall: bifall eller avslag.¹²¹ Om rekvisiten inte är uppfyllda kommer domstolen att avslå ansökan, vilket innebär att inga ytterligare åtgärder vidtas. Om rekvisiten däremot är uppfyllda kommer domstolen att vidta någon av de åtgärder som föreskrivs i 20 kap. 6 § LOU, vilka tillsammans betecknas som ett *ingripande*. Enligt lagtexten kan ingripandet antingen innebära att (a) upphandlingen måste göras om, vilket i praktiken kan ses som ett förbud mot att fortsätta det aktuella upphandlingsförfarandet,¹²² eller att (b) upphandlingen ska rättas, vilket kan ses som ett förbud mot att slutföra upphandlingen innan rättelse har genomförts. Rättelsen förutsätter att domstolen ger specifika instruktioner, till exempel att en ny anbudsutvärdering av anbudena ska ske utan att ta hänsyn till ett visst anbud.¹²³

3.5 Parterna

När en ansökan om överprövning av en upphandling har inkommit till domstolen blir den upphandlande myndigheten *motpart* till den sökande leverantören. Parterna i ett upphandlingsmål är som utgångspunkt den sökande och den upphandlande myndigheten.¹²⁴ I vissa fall kan dock tredjemansinträde bli aktuellt. Tredjemansinträde avser den situation där en annan än den sökande träder in i processen vid sidan av de befintliga parterna.¹²⁵

Tredjemansinträde i upphandlingsmålen etablerades genom HFD 2011 ref. 29 (Arqdesign), där en leverantör som tilldelats avtalet gavs rätt att träda in i överprövningsprocessen efter att den sökande leverantören yrkat på att

¹¹⁹ Se t.ex. HFD 2022 ref. 30 avseende denna utgångspunkt. Det finns emellertid vissa undantag från utgångspunkten, det vill säga situationer då skaderekvisitet kan uppfyllas trots att sökanden inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Det tydligaste undantaget är när det helt saknas godkända anbud i upphandlingen, se t.ex. mål C-100/12 *Fastweb*, p. 33–34; mål C-689/13 *PFE*, p. 28–29.

¹²⁰ Jfr E. Olsson, O. Lindberg och V. Robertson 2018, s. 501.

¹²¹ H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 935. Ett annat möjligt utfall är *återförvisning*, se avsnitten 4.4.2 och 5.3.2.2.

¹²² Jfr RÅ 2005 ref. 17.

¹²³ Jfr RÅ 2008 not. 26.

¹²⁴ R. Lavin 2023, s. 62; K. Pedersen 2017, s. 196; H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 905.

¹²⁵ Jfr R. Lavin 2008, s. 495.

upphandlingen skulle rättas genom uteslutning av den vinnande leverantören.¹²⁶ Efter Arqdesign-målet har Högsta förvaltningsdomstolen nyanserat förutsättningarna för när en annan än den sökande leverantören kan träda in i processen.¹²⁷ Dessa förutsättningar kan förenklat sammanfattas i två huvudkriterier. För det första måste leverantören vara *direkt berörd* av processen enligt definitionen i Arqdesign-målet. Detta innebär att den sökande leverantören måste ha yrkat att den leverantör som tilldelats kontraktet ska uteslutas ur upphandlingen, eller att dennes anbud ska förkastas. För det andra måste domstolen faktiskt överväga att basera sitt ingripande på de anförda bristerna hos den berörda parten.¹²⁸ Om dessa två kriterier är uppfyllda ska de berörda leverantörerna ges möjlighet att agera som *tredjemansleverantörer*. Detta ger dem partsställning, vilket förvandlar upphandlingsmålet till ett flerparts-mål.¹²⁹ Tredjemansleverantörerna erhåller därmed rätt att yttra sig i förvaltningsrätten samt möjlighet att överklaga domen till kammarrätten.¹³⁰

Sammanfattningsvis består upphandlingsmål som utgångspunkt av två parter: den sökande leverantören och den upphandlande myndigheten. I vissa fall kan dock andra leverantörer träda in i processen, så kallade tredjemansleverantörer. Närmare detaljer om vilka processhandlingar tredjemansleverantörerna kan vidta i överprövningsprocessen undersöks i avsnitten 4.2.3 och 4.3.3.

3.6 Instansordningen

Ett mål om överprövning av upphandling handläggs av de allmänna förvaltningsdomstolarna. En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt där den upphandlande myndigheten har sin hemvist, vilket innebär att förvaltningsrätten överprövar målet som *första instans*.¹³¹ Förvaltningsrätens avgörande kan överklagas till kammarrätten, och kammarrätens avgörande kan i sin tur överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen (HFD).¹³²

En ansökan om överprövning kan alltså prövas i tre instanser. Kammarrätten och HFD prövar dock endast ärenden som har beviljats prövningstillstånd.¹³³ Prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätt meddelas vid prejudikatfall, granskningsfall, ändringsfall samt extraordinära fall.¹³⁴ Vid

¹²⁶ Detta rättsfall förändrade spelreglerna avseende tredjemansinträde i upphandlingsmål. Innan Arqdesign-målet framstod möjligheterna till tredjemansinträde som obefintliga, se RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131.

¹²⁷ HFD 2011 not. 64; HFD 2011 not. 70; HFD 2011 ref. 85; HFD 2012 ref. 2.

¹²⁸ H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 911.

¹²⁹ HFD 2013 ref. 24.

¹³⁰ HFD 2011 ref. 29; K. Pedersen 2017, s. 196-197.

¹³¹ 20 kap. 5 § 1 st. LOU.

¹³² 33 § FPL.

¹³³ 20 kap. 5 § 2 st. LOU och 35 § FPL.

¹³⁴ 34 a § 2 st. FPL.

överklagande till HFD meddelas prövningstillstånd endast vid prejudikatfall och extraordinära fall.¹³⁵ HFD har, liksom Högsta domstolen, ställning som prejudikatinstans, vilket innebär att kammarrätten ofta är den faktiska slutinstansen.¹³⁶

3.7 Sammanfattning

För att säkerställa efterlevnaden av de materiella upphandlingsdirektiven, såsom LOU-direktivet, har EU infört rättsmedelsdirektiv. I rättsmedelsdirektivet ställs krav på vissa rättsmedel som medlemsstaterna ska tillhandahålla. Det rättsmedel som är av intresse för detta arbete är överprövning av upphandling. Enligt 20 kap. 4 § LOU kan den leverantör som anser sig ha lidit eller riskerar att lida skada ansöka om överprövning av upphandlingen hos allmän förvaltningsdomstol.

För att domstolen ska ta upp målet till sakprövning måste vissa formella förutsättningar vara uppfyllda. Om domstolen prövar målet i sak måste två rekvisit vara uppfyllda: att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU (upphandlingsfel) och att den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada till följd av upphandlingsfelet (skaderekvisitet). En viktig aspekt gällande skaderekvisitet är att den sökande leverantören normalt inte kan uppfylla rekvisitet om denne själv inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Detta beror på att sökanden i dessa fall inte har någon reell möjlighet att vinna upphandlingen och därför inte anses ha fått försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen på grund av ett visst upphandlingsfel.

Om domstolen prövar målet i sak kan det normalt leda till två utfall: bifall eller avslag. Om rekvisiten är uppfyllda kan domstolen vidta någon av de åtgärder som stadgas i 20 kap. 6 § LOU, vilka tillsammans betecknas som ett ingripande. Enligt lagtexten kan ingripandet antingen innebära att (a) upphandlingen måste göras om, eller (b) att upphandlingen ska rättas i någon del.

Som utgångspunkt är den upphandlande myndigheten motpart till den sökande leverantören. I vissa fall kan dock så kallade tredjemansleverantörer träda in i processen, vilket medför att överprövningen blir ett flerpartsmål. Tredjemansinträde aktualiseras om den sökande yrkar att en berörd leverantör ska uteslutas ur upphandlingen, eller att dennes anbud ska förkastas, och att domstolen faktiskt överväger att basera sitt ingripande på de anförda bristerna hos den berörda leverantören. Ett mål om överprövning kan prövas i tre instanser. Förvaltningsrätten prövar målet som första instans, och

¹³⁵ 36 § 1 st. FPL.

¹³⁶ H. Ragnemalm 2014, s. 157.

förvaltningsrättens avgörande kan överklagas till kammarrätten, vars avgörande i sin tur kan överklagas till HFD. Eftersom HFD är prejudikatinstans är dock kammarrätten ofta den faktiska slutinstansen.

4 Processramen i upphandlingsmål

4.1 Inledning

I det här kapitlet undersöks hur domstolens processram i upphandlingsmål bestäms. Som framhölls i avsnitt 3.2 har medlemsstaterna processuell autonomi. Varken i rättsmedelsdirektivet eller i övriga unionsrätten regleras frågan om hur processramen i upphandlingsmål bestäms. Hur processramen bestäms är i stället en svensk intern angelägenhet.

Den följande utredningen av processramen är systematiserad utifrån von Essens begrepps- och teoribildning, det vill säga att processramen bestäms av yrkandena och omständigheterna, samt att det finns vissa gemensamma frågor som har betydelse för processramen.¹³⁷ Kapitlet inleds därför med en utredning om domstolens handlingsutrymme beträffande yrkandena (4.2). Därefter sker motsvarande utredning beträffande omständigheterna (4.3). Vidare behandlas gemensamma frågor som har betydelse för processramen: frågan om preklusion (4.4.1), frågan om instansordningsprincipen (4.4.2) samt frågan om vad som utgör ”saken” i upphandlingsmål (4.4.3). Kapitlet avslutas med en sammanfattning av de slutsatser som dragits och frågan om hur processramen bestäms besvaras (4.5).

4.2 Yrkanden

Begreppet *yrkande* betecknar vad de processande parterna vill uppnå med överprövningsprocessen.¹³⁸ Yrkandet är kopplat till och ska avse själva *rättsföljden*, det vill säga den konsekvens som följer av domstolens avgörande. Utformningen av ett yrkande beror på den gällande lagstiftningen och vad parterna vill åstadkomma i upphandlingsmålet.¹³⁹

4.2.1 Den sökande leverantören

Enligt 4 § FPL ska leverantören som skickar en ansökan om överprövning till domstolen bland annat ange ”vad som yrkas”. I avsnitt 3.4 framgick att den sökande leverantören kan yrka på två olika rättsföljder enligt 20 kap. 6 § LOU: att upphandlingen ska göras om eller att upphandlingen ska rättas i någon del. Frågan om domstolens processram i förhållande till yrkandena regleras i 29 § FPL. Bestämmelsen lyder enligt följande:

¹³⁷ U. von Essen 2022, s. 334, 339 samt 344–347; U. von Essen 2016, s. 238–242.

¹³⁸ I. Cegrell Karlander 2021, s. 29 och där angivna hänvisningar.

¹³⁹ U. von Essen 2022, s. 334.

Rättens avgörande får *ej gå utöver vad som yrkas i målet*. Om det föreligger särskilda skäl, får dock rätten även utan yrkande besluta till det bättre för enskild, när det kan ske utan men för motstående enskilt intresse.¹⁴⁰

Av lagtexten följer att domstolen är bunden av yrkandena i den meningen att det föreligger ett förbud mot ändring till den enskildes nackdel. Detta är ett uttryck för principen om *förbudet mot reformatio in pejus*, som innebär att den som begär överprövning inte ska hamna i ett sämre läge än om överprövning inte skett.¹⁴¹ Förbudet mot reformatio in pejus gäller dock endast yrkandena och hindrar *inte* domstolen från att beakta omständigheter som är till parts nackdel (under förutsättning att beslutet inte går utöver vad som yrkas).¹⁴²

I förvaltningsmålen gäller alltså som huvudregel att domstolen är bunden till partens yrkanden.¹⁴³ I upphandlingsmålen gäller emellertid en annan ordning i den meningen att domstolen *inte* är bunden av de framställda yrkandena.¹⁴⁴ I exempelvis RÅ 2005 ref. 47 uttalade HFD följande:

Domstolen har enligt [20 kap. 6 § LOU], *oavsett* hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas.¹⁴⁵

Om rekvisiten för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU är uppfyllda får domstolen alltså *ex officio* välja vilken åtgärd som ska inträda. En domstol kan således besluta att rättelse ska ske även om den sökande leverantören bara har yrkat att upphandlingen ska göras om och tvärtom. Den som fått bifall till sin ansökan har inte heller rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd.¹⁴⁶

Denna ordning i upphandlingsmål avviker från 29 § FPL:s ordalydelse, som stadgar att ”rättens avgörande ej får gå utöver vad som yrkas i målet”. Detta är anmärkningsvärt, eftersom avvikelser från FPL förutsätter stöd i lag eller författning enligt 2 § FPL. HFD har dock inte diskuterat denna potentiella

¹⁴⁰ Min kursivering.

¹⁴¹ Det finns en rikhaltig praxis som bekräftar denna huvudregel avseende domstolens processram, se t.ex. RÅ 1986 not. 36; RÅ 1987 ref. 169; RÅ 1991 not. 543; RÅ 1998 not. 54; RÅ 2007 ref. 9. Se även prop. 1971:30, s. 580.

¹⁴² Se t.ex. RÅ 1987 ref. 169; RÅ 1987 ref. 165; RÅ 1990 ref. 62; RÅ 2009 ref. 7.

¹⁴³ T. Larsson 2020, s. 227.

¹⁴⁴ RÅ 2005 ref. 47; RÅ 2008 not. 26; HFD 2012 ref. 2; HFD 2013 ref. 5.

¹⁴⁵ Min kursivering.

¹⁴⁶ HFD 2012 ref. 2.

normkonflikt, utan har i senare praxis bekräftat den avvikande ordningen i upphandlingsmål.¹⁴⁷

Domstolens möjlighet att efter eget skön välja åtgärd enligt 20 kap. 6 § LOU är dock inte obegränsad. I senare praxis har HFD fastslagit att domstolen har en skyldighet att undersöka förutsättningarna för rättelse respektive göra om upphandlingen.¹⁴⁸ Riktlinjer har också dragits upp avseende valet av åtgärd beroende på när upphandlingsfelet uppstod. Om felet är hänförligt till kvalificerings- och utvärderingsfasen kan det oftast rättas utan att upphandling görs om. Om felet däremot påverkat den konkurrensuppsökande fasen, krävs i regel att upphandlingen görs om. Det kan även förekomma att domstolen anser att upphandlingen måste göras om trots att felet inte är hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen.¹⁴⁹

Det faktum att domstolen inte är bunden av den sökande leverantörens yrkanden, innebär också att leverantören inte behöver precisera vilken rättsföljd denne yrkar. I ansökan kan leverantören i stället yrka att rätten beslutar om ”ingripande” och därmed överlämnar till rätten att bestämma vilken typ av åtgärd som bäst undanröjer de påtalade upphandlingsfelen som den sökande leverantören gör gällande.¹⁵⁰

4.2.2 Den upphandlande myndigheten

I avsnitt 3.5 framgick att den upphandlande myndigheten är *motpart* till den sökande leverantören. Enligt 10 § FPL ska motparten som huvudregel föreläggas att *svara* inom viss tid på den ansökan som inleder ett mål.¹⁵¹ I upphandlingsmålen innebär detta att den upphandlande myndigheten ska svara på den sökande leverantörens ansökan. Enligt 11 § FPL ska myndigheten i sitt svar ange om den medger eller bestrider leverantörens ansökan, det vill säga ange sin *inställning*.¹⁵²

Det kan i sammanhanget noteras att motparten i förvaltningsmål inte ska framställa något yrkande i egentlig mening, utan endast ange sin inställning till yrkandena.¹⁵³ Den upphandlande myndigheten kan därför inte uppnå mer än ett helt eller delvist avslag av den sökande leverantörens talan. Om den

¹⁴⁷ RÅ 2008 not. 26; HFD 2012 ref. 2; HFD 2013 ref. 5.

¹⁴⁸ RÅ 2008 not. 26.

¹⁴⁹ HFD 2012 ref. 2.

¹⁵⁰ A. Asplund et al. 2012, s. 301.

¹⁵¹ I 10 § 2 st. FPL anges vissa undantag då domstolen inte behöver skicka ansökan till motparten, nämligen om; om det inte finns anledning anta att talan kommer att bifallas helt eller delvis, om underrättelse annars är uppenbart onödig, om motparten är en förvaltningsmyndighet och en underrättelse är onödig eller om det kan befaras att underrättelse skulle avsevärt försvåra genomförandet av beslut i mål.

¹⁵² U. von Essen 2016, s. 113.

¹⁵³ Se t.ex. RÅ 2007 ref. 9.

upphandlande myndigheten däremot överklagar förvaltningsrättens avgörande till kammarrätten måste dock ett formligt yrkande framställas.¹⁵⁴

Den upphandlande myndigheten ska alltså ange huruvida den medger eller bestrider yrkandet. Om myndigheten medger yrkandet innebär det att myndigheten godkänner den sökande leverantörens yrkanden (om leverantören har preciserat sådana).¹⁵⁵ Det ska dock noteras att domstolen inte är bunden av myndighetens medgivande eftersom förvaltningsmålen är *indispositiva*.¹⁵⁶ Ett medgivande har därför endast den betydelsen att det underlättar domstolens handläggning och visar att myndigheten inte har några invändningar.¹⁵⁷ Om den upphandlande myndigheten däremot bestrider den sökande leverantörens talan ska myndigheten, enligt 11 § FPL, ange skälen för bestridandet. Dessa skäl kallas för *invändningar* och de typer av invändningar som den upphandlande myndigheten kan göra i detta avseende behandlas närmare i avsnitt 4.3.2.

4.2.3 Tredjemansleverantören

I avsnitt 3.5 framgick att andra än den sökande leverantören kan träda in i överprövningsprocessen som så kallade *tredjemansleverantörer*. En relevant fråga är om tredjemansleverantörerna kan framställa egna yrkanden eller om deras deltagande endast begränsas till att svara på ansökan på samma sätt som upphandlande myndighet. För att belysa denna fråga finns två relevanta avgöranden från HFD.

Det första rättsfallet är HFD 2011 ref. 29 (Arqdesign). Som framhölls i avsnitt 3.5 slog HFD fast att leverantörer som träder in i processen ska ges möjlighet att yttra sig över ansökan enligt 10 § FPL.

Enligt min uppfattning finns två aspekter i Arqdesign-målet som talar för att tredjemansleverantörens handlingsutrymme är detsamma som för den upphandlande myndigheten. Den ena aspekten är att domstolen *uttryckligen* hänvisar till kommuniceringsregeln i 10 § FPL, alltså att tredjemansleverantören ska ange sin inställning till sökandens talan. Detta pekar på att tredjemansleverantörens roll är att besvara ansökan snarare än att framställa egna yrkanden. Den andra aspekten är att domstolen inte explicit klargör att

¹⁵⁴ Jfr U. von Essen 2016, s. 113.

¹⁵⁵ U. von Essen 2016, s. 102.

¹⁵⁶ Förvaltningsmålen hör till de indispositiva målen. I indispositiva mål kan tvistefrågan inte regleras på privat väg utan processen brukar vara en nödvändig form för frågan reglering. I konsekvens härmed är domstolen inte bunden av parternas dispositioner över processmaterialet. Ett medgivande binder alltså inte domstolen, se U. von Essen 2016, s. 102–109. En annan sak är att domstolen kan begränsa sin prövning genom en ”försiktig tillämpning” av officialprincipen, se avsnitt 4.3.1.

¹⁵⁷ U. von Essen 2016, s. 103; H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 917–920.

tredjemansleverantörer har rätt att framställa egna yrkanden. Om ett sådan rättighet funnits, skulle HFD sannolikt ha nämnt det uttryckligen. *Frånvaron* av detta klargörande talar i stället för att denna rättighet inte finns.

Det andra rättsfallet är HFD 2013 ref. 24 (Europark). I detta fall hade tredjemansleverantören framställt fyra yrkanden, vilka avslogs av både förvaltningsrätten och kammarrätten. HFD konstaterade att två av de framförda yrkandena skulle ses som en sammanfattning av tredjemansleverantören bemötande av den sökande leverantörens talans. Enligt domstolen var dessa yrkanden ett uttryck för tredjemansleverantörens ”inställning till ansökningen”. HFD menade därför att det var fel av förvaltningsrätten att avvisa dessa yrkanden, utan dessa skulle i stället ”ha hanterats på samma sätt som allmänt gäller i fråga om en motparts redovisning av sin ståndpunkt i ett mål”. Däremot ansåg HFD att de övriga två yrkandena inte var en del av argumentationen mot ansökan skulle därför avvisas.

Enligt min uppfattning talar även Europark-målet för att tredjemansleverantören inte kan framställa några yrkanden för egen del. För det första konstaterade HFD att två av de framförda yrkandena skulle ses som en sammanfattning av tredjemansleverantörens bemötande av den sökande leverantörens talan och att dessa yrkanden var ett uttryck för tredjemansleverantörens inställning till ansökan. Detta visar tydligt att tredjemansleverantörens roll är begränsad till att uttrycka sin inställning och bemöta ansökan snarare än att framställa egna yrkanden. För det andra avvisade HFD de övriga två yrkandena eftersom de inte ansågs vara en del av argumentationen mot ansökan. Detta understryker att tredjemansleverantörens rätt att framställa yrkanden är strikt begränsad. Genom att avvisa dessa yrkanden visar domstolen tydligt att tredjemansleverantörens roll inte innefattar att lägga fram egna krav eller yrkanden, utan deras deltagande ska ses som en del av att bemöta de redan existerande yrkandena i processen

Mot bakgrund av rättsfallen ovan drar jag slutsatsen att tredjemansleverantören har samma handlingsutrymme som den upphandlande myndigheten. Med andra ord kan tredjemansleverantören enbart ange sin *inställning* och i förekommande fall ange *skälen för bestridandet*.

4.3 Omständigheterna

I avsnitt 4.2 framgick att yrkandet är direkt kopplat till, och alltså avser, rättsföljden. Med *omständigheter* avses faktiska sakförhållanden som enligt den materiella lagstiftningen (rekvisiten) leder fram till en viss rättsföljd. Dessa omständigheter är alltså faktiska förhållanden som har inträffat eller kunnat inträffa i *verkligheten*. Vilka förhållanden som är relevanta för rättsföljden

och som alltså utgör omständigheter i upphandlingsmål beror på den gällande materiella rätten.¹⁵⁸

Det ska noteras att uttrycket ”omständigheter” är synonymt med uttrycken konkreta rättsfakta och omedelbart relevanta fakta. von Essen påpekar dock att dessa uttryck i princip inte används i förvaltningsprocessen. I stället används den kortare termen rättsfakta eller till stöd för yrkandet åberopade omständigheter.¹⁵⁹ I den fortsatta framställningen kommer jag därför att använda uttrycken ”rättsfakta” eller ”omständigheter” för att beteckna de faktiska sakförhållanden som enligt den materiella lagstiftningen leder fram till en viss rättsföljd.

4.3.1 Den sökande leverantören

Enligt 4 § FPL ska den sökande leverantören inte bara framställa yrkanden utan också åberopa *omständigheter* till stöd för yrkandena. Vilka förhållanden är då rättsligt relevanta och utgör omständigheter i ett upphandlingsmål? Som framhölls i avsnitt 3.4 krävs att två rekvisit är uppfyllda för att ett ingripande ska kunna ske: upphandlingsfel och skaderekvisit. Den sökande leverantören måste följaktligen åberopa förhållanden som motsvarar dessa rekvisit.

Domstolens processram i förhållande till omständigheterna regleras i 30 § FPL. Enligt bestämmelsen ska domstolens avgörande ”grundas på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommit i målet”. Som processmaterial räknas det material som har förekommit i målet.¹⁶⁰ För att materialet ska anses ha förekommit i målet krävs att det är tillfört målet, vilket förutsätter att det har kommunicerats med parterna (jämför främst 10, 12 och 18 §§ FPL). I uttrycket kommunicerats ligger en plikt för domstolen att dels informera parterna om materialet, dels ge parterna möjlighet att yttra sig om materialet.¹⁶¹ Den reella innebörden av 30 § FPL är således att domstolen inte får grunda sitt avgörande på omständigheter som inte parterna har fått ta del av.¹⁶²

¹⁵⁸ U. von Essen 2016, s. 190. Se även B. Wennergren 2005, s. 108–109; P. Södergren 2009, s. 359.

¹⁵⁹ U. von Essen 2016, s. 190.

¹⁶⁰ Med termen *processmaterial* avser jag det material (som informerar om fakta i målet) som domstolen får beakta vid prövningen i ett mål. Notera dock att termen processmaterial inte betecknar information som domstolen slutligen väljer att lägga till grund för sitt avgörande utan den markerar den information som domstolen *får* beakta vid sakprövningen. Samma definition används också i Cegrell Karlanders avhandling, se I. Cegrell Karlander 2021, s. 78 not 303 och s. 102.

¹⁶¹ U. von Essen 2022, s. 328–329.

¹⁶² Prop. 1970:31, s. 584.

Bestämmelsen i 30 § FPL ska också tolkas i ljuset av 8 § FPL, som fastslår att det är domstolen som ansvarar för målets utredning (*officialprincipen*).¹⁶³ En följd av ansvaret är att om domstolen bedömer att det saknas relevant processmaterial ska domstolen verka för att det tillförs målet eftersom domstolen ytterst ansvarar för utredningens innehåll och omfattning.¹⁶⁴ Härvid kan domstolen tillföra omständigheter antingen på egen hand genom utredningsåtgärder eller utöva materiell processledning.¹⁶⁵ Att domstolen *ex officio* kan berika processmaterialet innebär att rätten kan pröva omständigheter som inte åberopats av part. Av den anledningen brukar det sägas att det som utgångspunkt inte föreligger någon generell åberopsbörda i förvaltningsmålen.¹⁶⁶

I allmänhet kan således domstolen beakta *allt* material som förekommit i målet och som har kommunicerats med parterna.¹⁶⁷ I upphandlingsmålen har HFD utvecklat en annan ordning beträffande domstolens processram i förhållande till omständigheterna. Denna avvikande rättstillämpning tog sin början genom RÅ 2009 ref. 69 där HFD bland annat uttalade följande:

Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att *officialprincipen* måste tillämpas på ett *försiktigt sätt* i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig *på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på*.¹⁶⁸

Av uttalandet följer att *officialprincipen* måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling, av vilket följer att som huvudprincip bör krävas att parterna ”klart anger vilka omständigheter” de grundar sin talan på. Domstolen ska med andra ord begränsa sin prövning och endast beakta omständigheter som uttryckligen har angivits, det vill säga har *åberopats*.¹⁶⁹ Utifrån HFD:s resonemang har det således införts en huvudprincip som liknar

¹⁶³ U. von Essen 2016, s. 232.

¹⁶⁴ U. von Essen 2016, s. 209; G. Lindkvist 2018, s. 84; SOU 1991:106, s. 534; I. Cegrell Karlander 2021, s. 104.

¹⁶⁵ U. von Essen 2022, s. 323–238.

¹⁶⁶ Jfr E. Sandin 2009 s. 918; J. Blomberg och P. Södergren 2020, s. 101; T. Larsson 2020, s. 331–332; U. von Essen 2022, s. 342–343.

¹⁶⁷ B. Wennergren och U. von Essen 2013, s. 319; B. Wennergren 2005, s. 306; U. von Essen 2016, s. 57.

¹⁶⁸ Min kursivering.

¹⁶⁹ EU-domstolen har i mål C-135/01 *GAT*, p. 46–50 uttalat att det är upp till varje medlemsstat att utforma om och på vilka villkor en domstol ska pröva ett visst rättsfaktum.

den återopsörda som förekommer i RB.¹⁷⁰ Av den anledningen kommer huvudprincipen från RÅ 2009 ref. 69 att härnäst kallas för ”återopsörda”.

Det finns anledning att närmare diskutera innebörden av återopsördan. Med återopsördan avses att den sökande leverantören måste ange vilka *omständigheter* han grundar sin talan på. Härmed avses alltså de faktiska sakförhållanden som enligt den materiella lagstiftningen (rekvisiten) leder fram till en viss rättsföljd. Återopsördan innebär inte att sökande leverantör måste bevisa något, utan endast att han måste påstå något.¹⁷¹ Senare praxis från HFD har förtydligat hur återopsördan särskilt förhåller sig till *skaderekvisitet* i 20 kap. 6 § LOU. Av denna praxis följer att det inte är tillräckligt att leverantören i allmänna ordalag beskriver den skada eller risk för skada som felet eller bristen i upphandlingen har lett till. För att domstolen ska kunna bedöma om leverantören uppfyller skaderekvisitet krävs således att leverantören på ett tydligt och konkret sätt redogör för hur felet eller bristen i upphandlingen har påverkat leverantörens möjlighet att konkurrera i upphandlingen.¹⁷²

En relevant fråga är när avsteg från återopsördan ska göras. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att part som *huvudprincip* klart ska ange de omständigheter han grundar sin talan på. I senare praxis då HFD hänvisat till RÅ 2009 ref. 69 har dock frågan avsteg lämnats obesvarad.¹⁷³ Återopsördan framstår därför snarare som en absolut regel snarare än en huvudprincip. Det senaste rättsfallet där HFD uttalade sig om återopsördan var i HFD 2023 ref. 44, som visserligen gällde LUF, men vars resonemang enligt Nord äger tillämpning beträffande upphandlingsmålen i övrigt.¹⁷⁴ I korthet uttalar HFD att betydelse läggs vid hur talan utformas och att en domstol inte får lägga något som inte återopas eller argumenteras för till grund för sin bedömning.¹⁷⁵

Det faktum att domstolen ska tillämpa officialprincipen på ett *försiktigt sätt* innebär däremot inte att principen helt övergivits i upphandlingsmålen. Domstolen har fortfarande skyldighet att i övrigt vidta de utredningsåtgärder som målets beskaffenhet kräver.¹⁷⁶ HFD har i sitt avgörande HFD 2015 ref. 55 uttalat att rättens utredningsansvar i upphandlingsmål kan innebära en skyldighet för domstolen att kräva in vissa uppgifter från den upphandlande

¹⁷⁰ Jfr 17 kap. 3 § andra meningen RB som stadgar att domstolen i dispositiva mål enbart får beakta sådana omständigheter som part återopar.

¹⁷¹ A. Asplund et al. 2012, s. 282.

¹⁷² Se HFD 2013 ref. 53; HFD 2022 ref. 4 I, p. 23; HFD 2022 ref. 4 II, p. 22. Se även SOU 2015:12, s. 147.

¹⁷³ Se HFD 2013 ref. 5; HFD 2013 ref. 5; HFD 2015 ref. 55; HFD 2018 ref. 28; HFD 2023 ref 44, p. 14–15.

¹⁷⁴ E. Nord, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 5 b §*, Karnov (JUNO) (besökt 2024-04-20).

¹⁷⁵ HFD 2023 ref. 44, p. 15-17.

¹⁷⁶ Prop. 2021/22:120, s. 27.

myndigheten. Vidare har HFD, i HFD 2018 ref. 28, uttalat att frågan om hur långt utredningsansvaret sträcker sig får avgöras från fall till fall med utgångspunkten att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång.

4.3.2 Den upphandlande myndigheten

Även om den sökande leverantören har en så kallad åberopsbörda innebär detta inte att den upphandlande myndigheten kan eller bör förhålla sig passiv till sökandens påståenden. När den sökande leverantören anses ha ”uppfyllt” sin åberopsbörda uppstår en situation där den upphandlande myndigheten bör förklara sig och ange sin inställning. Om sökandens åberopanden inte bemöts av motparten, riskerar motparten att domstolen lägger dessa åberopade omständigheter till grund för prövningen i målet. Detta kan uttryckas som att motparten får en *processuell* eller *falsk* åberopsbörda.¹⁷⁷

Om den upphandlande myndigheten bestrider den sökande leverantörens yrkanden ska myndigheten *ange skälen för bestridandet* (11 § FPL). Härvid kan myndigheten framföra processuella invändningar och sakinvändningar. Bland de *processuella invändningarna* märks särskilt desertionsinvändningarna, det vill säga invändningar om att hinder föreligger mot att målet tas upp till sakprövning.¹⁷⁸ Det rör sig således om invändningar om att de formella förutsättningarna inte är uppfyllda (se avsnitt 3.3). Här kan det uppmärksammas att dessa formella krav inte är dispositiva i den meningen att det krävs invändning från part för att de ska få beaktas. Tvärtom ska domstolen ex officio kontrollera detta. I praktiken krävs dock normalt att part upplyser domstolen om dessa hinder.¹⁷⁹ Andra processuella invändningar är exempelvis jävsinvändningar.¹⁸⁰

Den viktigaste delen av motpartens svar är dock vilka *sakinvändningar* motparten vill göra. Med sakinvändningar menas att motparten bemöter den sökande leverantörens åberopanden.¹⁸¹ Frågan är dock hur och på vilket sätt motparten kan bemöta den sökande leverantörens åberopade omständigheter. Den förvaltningsprocessrättsliga doktrinen har ingen utvecklad begreppsapparat avseende motpartens sakinvändningar.¹⁸² I den civilprocessuella doktrinen har det dock utvecklats en sådan begreppsapparat.¹⁸³ Enligt min mening

¹⁷⁷ A. Asplund et al. 2012, s. 285.

¹⁷⁸ U. von Essen och B. Wennergren 2012, s. 156.

¹⁷⁹ H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 592; U. von Essen och B. Wennergren 2012, s. 156. Se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 2769–15.

¹⁸⁰ U. von Essen och B. Wennergren 2012, s. 156.

¹⁸¹ U. von Essen och B. Wennergren 2012, s. 156.

¹⁸² Jfr U. von Essen och B. Wennergren 2012, s. 156–157.

¹⁸³ Begreppsapparaten används återkommande i den civilrättsliga doktrinen, se exempelvis P.O. Ekelöf et al. 2016, s. 45; B. Lindell 2021, s. 120; P. Westberg 2021, s. 231–233.

kan denna terminologi användas analogt beträffande den upphandlande myndighetens bemötande av sökandens påståenden. Dessa begrepp kan nämligen användas som analysverktyg för att förtydliga *hur* processramen påverkas av motpartens sakinvändningar. Med inspiration från denna civilrättsliga terminologi kan den upphandlande myndigheten invända i sak på följande sätt:

- a. *Förneka*: en invändning om att den omständighet som åberopas av den sökande leverantören helt eller delvis inte existerar.¹⁸⁴
- b. *Rättsinvändning*: en invändning om att de omständigheter som den sökande leverantören åberopar enligt gällande rätt inte kan läggas till grund för ett bifall till ansökan.¹⁸⁵
- c. *Åberopande av motfaktum*: en invändning om att det föreligger en tillkommande omständighet som medför att den sökande leverantörens omständighet inte har den rättsliga betydelse, som det annars skulle ha haft.¹⁸⁶

Dessa punkter ovan visar att det finns tre huvudsakliga sätt på vilket det går att invända mot en av sökanden åberopad omständighet.

Det ska noteras att (a) förnekanden och (b) rättsinvändningar inte påverkar domstolens processram. Om den upphandlande myndigheten exempelvis förnekar en åberopad omständighet, ska domstolen oberoende av detta förnekan ändå pröva sakfrågan om den åberopade omständigheten har bevisats med erforderlig styrka. På motsvarande sätt ska domstolen, oberoende av om myndigheten framställer en rättsinvändning, pröva rättsfrågan om den åberopade omständigheten kan subsumeras under rekvisitet i fråga. Således förblir utgångspunkterna för sakprövningen oförändrade, oberoende av om den upphandlande myndigheten kommer med förnekanden eller rättsinvändningar.¹⁸⁷

Till skillnad från förnekanden och rättsinvändningar påverkas processramen av åberopade motfaktum. När myndigheten åberopar ett motfaktum *vidgas* processmaterialet, eftersom myndigheten tillför ytterligare en omständighet som domstolen ska ta i beaktning i sin sakprövning. Detta motfaktum skulle

Begreppen förekommer även i praxis från de allmänna domstolarna, se exempelvis NJA 2010 s. 643 och NJA 2019 s. 802, p. 14.

¹⁸⁴ P.O. Ekelöf et al. 2016, s. 45.

¹⁸⁵ P.O. Ekelöf et al. 2016, s. 45.

¹⁸⁶ P.O. Ekelöf et al. 2016, s. 45.

¹⁸⁷ Jfr A. Hardenberger 2023, s. 346–349 som förvisso gäller den allmänna tvistemålsprocessen men vars resonemang enligt min mening också äger tillämpning beträffande mål i förvaltningsdomstol.

domstolen inte ha prövat om det inte hade åberopats med hänsyn till den åberopsbörda som införts i RÅ 2009 ref. 69.¹⁸⁸

4.3.3 Tredjemansleverantören

I avsnitt 4.2.3 drogs slutsatsen att tredjemansleverantören har samma handlingsutrymme som den upphandlande myndigheten. Det innebär att tredjemansleverantören ska ange sin inställning och, i förekommande fall, skälen till bestridandet.¹⁸⁹ Om den sökande leverantören uppfyller sin åberopsbörda finns det anledning för tredjemansleverantören att försvara sig mot ansökan på samma sätt som den upphandlande myndigheten kan göra. Tredjemansleverantören kan således framställa såväl processuella invändningar som sakinvändningar. Här ska inte redogörelser för dessa invändningar upprepas. I detta sammanhang räcker det att konstatera att tredjemansleverantören kan invända på samma sätt som redogjorts för i avsnitt 4.3.2.

4.4 Gemensamma frågor

4.4.1 Preklusionsfrister

En viktig fråga angående domstolens processram är om det finns några preklusionsfrister som begränsar domstolens prövning. Preklusionsfrister är ovanliga i förvaltningsmål och förekommer bara i några få måltyper.¹⁹⁰ Dock infördes den 1 juli 2022 preklusionsfrister i upphandlingsmål för förvaltnings- och kammarrätterna genom bestämmelserna 20 kap. 5 b-c §§ LOU.¹⁹¹ Införandet av preklusionsfristerna motiverades främst av behovet av skyndsamt och förutsebarhet i överprövningsprocessen i upphandlingsmålen. Preklusionsfristerna motiveras också av det relativt jämnstarka förhållandet mellan parterna och av att parterna har ett stort ansvar för utredningen i målet.¹⁹²

Hos förvaltningsrätten återfinns preklusionsregeln i 20 kap. 5 b § LOU. Enligt bestämmelsen kan en omständighet som sökanden åberopar till grund för sin ansökan som *huvudregel* endast beaktas om den åberopas senast tre veckor från den dag då ansökan kom in till förvaltningsrätten. Undantagsvis kan domstolen beakta omständigheter även efter tidsfristen om sökanden inte

¹⁸⁸ Jfr A. Hardenberger 2023, s. 346–349.

¹⁸⁹ Se 10–11 § FPL.

¹⁹⁰ I de undantagsfall där preklusionsfrister förekommer i förvaltningsprocessen kan nämnas laglighetsprövning enligt kommunallagen (2017:725) (KL) och mål enligt lagen (2022:482) om elektronisk kommunikation, se 13 kap. 7 § KL respektive 8 kap. 24 § LEK.

¹⁹¹ Här till kan det nämnas att EU-domstolen slagit fast att unionsrätten i princip inte utgör ett hinder för nationella preklusionsbestämmelser, se mål C-470-99 *Universale-Bau*, p. 76; mål C-327/00 *Santex*, p. 50; mål C-241/06 *Lämmerzahl*, p. 50.

¹⁹² Prop. 2021/22:120, s. 45–46.

kunnat åberopa omständigheterna tidigare eller annars haft giltig ursäkt för att inte göra det. Det rör sig alltså om en handlingsregel för domstolen som normalt begränsar rättens prövning till sådana omständigheter som åberopats inom den angivna treveckorsfristen. Tillsammans med den åberopsbörda som ålagts parterna i praxis innebär paragrafen ett förbud för domstolen att utom i undantagsfall beakta för sent åberopade omständigheter.¹⁹³

Det ska noteras att preklusionsfristen i förvaltningsrätten enbart gäller omständigheter, det vill säga rättsfakta som kan ligga till grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU.¹⁹⁴ Vidare bör det noteras att preklusionen endast gäller den sökande leverantören och inte motparterna, det vill säga varken upphandlande myndighet eller tredjemansleverantör.¹⁹⁵

Hos kammarrätten återfinns preklusionsbestämmelsen i 20 kap. 5 c § LOU, vilken i princip motsvarar preklusionsregeln för förvaltningsrätten enligt 5 b §. Enligt förarbetena motiveras detta av att samtliga parter i regel fått redan har fått komma till tals och fört fram sina argument hos förvaltningsrätten. Kammarrättens prövning syftar enbart till att kontrollera riktigheten av förvaltningsrättens avgöranden. Preklusionsfristen i kammarrätten omfattar därför åberopanden av samtliga parter.¹⁹⁶

Om målet tas upp hos HFD finns även här en regel om preklusion. Enligt 37 § FPL får domstolen endast beakta en omständighet eller ett bevis som klaganden åberopar först där om det finns särskilda skäl. Syftet med bestämmelsen är att begränsa processramen till de frågor som har prövats av underinstanserna och därigenom underlätta för domstolen att skapa prejudikat.¹⁹⁷

Sammanfattningsvis finns preklusionsfrister för samtliga instanser som begränsar domstolens prövning av omständigheterna. I förvaltningsrätten är huvudregeln att domstolen enbart kan beakta omständigheter som sökanden åberopat inom treveckorsfristen. Någon tidsfrist för omständigheter som motparterna åberopat finns inte i förvaltningsrätten. I kammarrätten och HFD kan domstolarna däremot som huvudregel inte beakta omständigheter som åberopas först där, oavsett vilken part som åberopar omständigheten.

¹⁹³ Prop. 2021/22:120 s. 49-50.

¹⁹⁴ Prop. 2021/22:120, s. 51.

¹⁹⁵ Prop. 2021/22:120, s. 50-51.

¹⁹⁶ Prop. 2021/22:120, s. 50.

¹⁹⁷ Prop. 1971:30, s. 595.

4.4.2 Instansordningsprincipen

En annan viktig fråga avseende domstolens processram i upphandlingsmål rör tillämpningen av den så kallade *instansordningsprincipen*.¹⁹⁸ Vid prövningen måste domstolen nämligen hålla sig inom de gränser som dras upp genom instansordningsprincipen.¹⁹⁹ Denna princip framgår inte uttryckligen av lagtext, men dess betydelse och tillämpning framhålls i förarbetena till FPL och har bekräftats av HFD.²⁰⁰

Instansordningsprincipen innebär att domstolens prövning i princip inte kan omfatta annat än vad som varit föremål för prövning i tidigare instans.²⁰¹ Principen fungerar som en förbudsregel för domstolen i den meningen att domstolen inte får sakpröva yrkanden och omständigheter som inte prövats hos lägre instans. För förvaltningsrättens del innebär instansordningsprincipen att domstolens prövning är begränsad till de frågor som den ursprungliga beslutsmyndigheten har tagit ställning till. Kammarrätten är i sin tur begränsad till de frågor som förvaltningsrätten prövat, och likaså är HFD begränsad till de frågor som kammarrätten har prövat. På så vis ska processramen vara densamma från beslutsmyndigheten ända upp till HFD.²⁰²

Upprätthållandet av instansordningsprincipen fyller en viktig rättssäkerhetsfunktion i den meningen att det ska finnas en möjlighet att få sin sak prövad i flera instanser.²⁰³ Om exempelvis kammarrätten tilläts pröva en fråga som inte prövats av förvaltningsrätten, går den enskilde miste om att få sin sak prövad i flera instanser.²⁰⁴

Instansordningsprincipen blir aktuell i främst tre olika situationer: (a) principen förhindrar att parterna utför otillåtna taleändringar genom att framställa yrkanden och/eller åberopar omständigheter som inte är hänförliga till ”samma sak” som den ursprungliga talan. I dessa situationer innebär en tillämpning av instansordningsprincipen att domstolen ska *avvisa* den delen av talan som rör den otillåtna taleändringen;²⁰⁵ (b) en annan situation då principen blir tillämplig är när parterna utför tillåtna taleändringar, dvs. framställer yrkanden och/eller åberopar omständigheter som medför att ”saken” förblir densamma. I dessa situationer blir principen tillämplig på så sätt att domstolen

¹⁹⁸ Prop. 2021/22:120, s. 27.

¹⁹⁹ U. von Essen 2016, s. 200.

²⁰⁰ SOU 1964:27, s. 541; prop. 1971:30, s. 577 f. Se t.ex. RÅ 1990 ref. 108; RÅ 2002 ref. 76; HFD 2013 ref. 85.

²⁰¹ RÅ 1990 ref. 108.

²⁰² Se t.ex. 1990 ref. 108 där det uttalas att domstolarna endast får ta uppsaksfrågor som prövats av beslutsmyndigheten. Se även J. Blomgren och P. Södergren 2020, s. 89.

²⁰³ RÅ 2002 ref. 76.

²⁰⁴ Jfr RÅ 1999 ref. 63.

²⁰⁵ U. von Essen 2016, s. 179–184 samt 257.

kan återförvisa målet om de nya yrkandena eller återopade omständigheter innebär att domstolen ställs inför frågor som inte prövats i lägre instans;²⁰⁶ (c) den tredje situationen är när högre instans gör en annan bedömning än lägre instans och prövar delar som den lägre instansen inte har prövat. Även i dessa situationer kan det bli aktuellt att den högre instansen återförvisar målet för ny handläggning i lägre instans.²⁰⁷

Mot bakgrund av ovan kan en tillämpning av instansordningsprincipen leda till två utfall: avvisning eller återförvisning. En avvisning ska ske om det framställda yrkandet eller den återopade omständigheten innebär att saken därigenom *ändras*. För att bedöma om saken ändras måste domstolen titta på vad som konstituerar saken.²⁰⁸ En återförvisning kan ske om det framställda yrkandet eller den återopade omständigheten ryms inom saken, men det finns anledning att återförvisa målet till lägre instans för att den enskilde inte går miste om prövning i flera instanser. En strikt tillämpning av instansordningsprincipen medför att domstolen i dessa fall alltid ska återförvisa målet till lägre instans.²⁰⁹ I upphandlingsmålen har dock HFD uttalat att kammarrätten normalt får pröva omständigheter som inte prövats hos förvaltningsrätten.²¹⁰ Utgångspunkten i upphandlingsmålen är således att högre instans inte ska återförvisa frågor som inte har prövats i lägre instans.

4.4.3 ”Saken” i upphandlingsmål

I avsnittet ovan framgick att domstolen ska avvisa yrkanden och/eller återopade omständigheter som medför att ”saken” ändras. En central fråga som uppkommer härvid är följande: när *ändras* saken till följd av en taleändring? Denna fråga beror på hur saken bestäms i målet, vilket varken besvaras av lagstiftning eller förarbeten.²¹¹ HFD har dock tagit ställning till frågan i flera rättsfall. von Essen har analyserat några av dessa avgöranden och en slutsats som kan dras från hans analys är att saken bestäms på olika sätt beroende på måltyp.²¹² När von Essen undersöker hur saken bestäms i upphandlingsmål utgår han från fallet HFD 2013 ref. 5 (Fetab).²¹³ I doktrinen tycks vissa mena att även HFD 2013 ref. 24 (Europark) ger vägledning för hur saken bestäms i upphandlingsmålen.²¹⁴ För att klargöra hur saken bestäms i upphandlingsmål ska därför dessa två rättsfall, Fetab och Europark, undersökas närmare.

²⁰⁶ U. von Essen 2016, s. 266–273.

²⁰⁷ H. Rosén Andersson et al. 2021, s. 923; U. von Essen 2016, s. 271–272.

²⁰⁸ Se t.ex. RÅ 2003 ref. 15.

²⁰⁹ Jfr U. von Essen 2016, s. 266–269.

²¹⁰ HFD 2013 ref. 5 (Fetab).

²¹¹ U. von Essen 2016, s. 252–255.

²¹² U. von Essen 2016, s. 257–266.

²¹³ U. von Essen 2016, s. 260–261.

²¹⁴ Se t.ex. A. Ulfsson, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §*, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

I Europark-målet, vilket redan har behandlats i avsnitt 4.2.3, hade tredjemansleverantören som nämnts framställt fyra yrkanden, vilka hade avvisats av både förvaltningsrätten och kammarrätten. HFD skulle därmed ta ställning till om dessa avvisningsbeslut var riktiga. Som framhölls i avsnitt 4.3.2 ansåg HFD att förvaltningsrätten inte skulle ha avvisat två av de framställda yrkandena, eftersom de var ett uttryck för ”inställningen till ansökningen” och skulle därmed ha ”hanterats på samma sätt som allmänt gäller i fråga om motparts redovisning av sin ståndpunkt i ett mål”. Beträffande de övriga två yrkandena menade HFD däremot att det var riktigt att avvisa dessa och HFD motiverade denna avvisning med följande motivering:

De övriga två yrkandena kan däremot inte *ses som en del av [tredjemansleverantörens] argumentation mot uppgifterna i ansökningen* utan avsåg självständiga frågor som förvaltningsrätten inte hade möjlighet att pröva i målet. Förvaltningsrätten hade alltså fog för att avvisa dessa två yrkanden.²¹⁵

Enligt min uppfattning finns två skäl till varför Europark-målet inte ger tydlig och tillräcklig vägledning för hur saken bestäms i upphandlingsmål. Det första skälet kan hämtas från Johanssons kritik mot Europark-målet. Johansson pekar på att HFD:s uttalande om att yrkandena ska avvisas eftersom de inte kan ”ses som en del av [tredjemansleverantörens] argumentation mot uppgifterna i ansökningen” är en så pass öppen formulering att det inte går att dra några säkra slutsatser om vad som egentligen menas.²¹⁶

Jag instämmer i Johanssons kritik. Används denna formulering ”argumentation mot uppgifterna” för att bestämma saken, går det att landa i olika tolkningar. En möjlig tolkning är att sökandens inlagor i ansökan avgör processramen. Det innebär att motparterna inte kan åberopa *andra* omständigheter än de som sökanden tagit upp i sin ansökan. En annan möjlig tolkning är att ”argumentationen mot uppgifterna” kan rymma all tänkbar argumentation, även sådana frågor som inte specifikt tagits upp i ansökan.

Det andra skälet är att det inte är givet att Europark-målet faktiskt handlar om hur saken bestäms, utan snarare om frågan om tredjemansinträden och det handlingsutrymme som tredjemansleverantören har. Det är mer tänkbart att det som HFD vill markera med sitt uttalande ovan är att tredjemansleverantören inte har möjlighet att framställa yrkanden för egen del, eftersom det utgör ”självständiga frågor”, utan tredjemansleverantörens

²¹⁵ Min kursivering.

²¹⁶ D. Johansson 2016, s. 83–85.

handlingsutrymme begränsas till att ange sin inställning och argumentera mot uppgifterna i ansökan (se vidare om denna tolkning i avsnitt 4.2.3 ovan).

Mot bakgrund av dessa två skäl anser jag att HFD:s lösning och resonemang i Europark-målet inte ger tydlig och tillräcklig vägledning för hur saken bestäms i upphandlingsmål. Europark-målet visar endast att yrkandena kan avvisas om de inte ses som en argumentation mot uppgifterna i ansökningsen, men vilken betydelse som läggs i formuleringen ”argumentation mot uppgifterna” är dock oklart.

I Fetab-målet tog HFD ställning till huruvida en omständighet som åberopades först hos kammarrätten var tillåten eller inte. I målet hade den sökande leverantören åberopat att dennes anbud felaktigt hade förkastats av myndigheten. Sedan förvaltningsrätten avslagit ansökan, överklagade leverantören till kammarrätten och anförde, utöver vad som åberopats hos förvaltningsrätten, att det även fanns sådan brist i upphandlingsdokumentet som gjorde att hela upphandlingen måste göras om. Kammarrätten avvisade detta åberopande eftersom omständigheten, enligt kammarrätten, inte rymdes inom den ”sak” som prövats hos förvaltningsrätten. Det som HFD skulle ta ställning till var således om kammarrättens avvisningsbeslut var riktigt, det vill säga om den åberopade omständigheten som leverantören åberopade först hos kammarrätten, kunde rymmas inom saken eller inte. Beträffande denna fråga uttalade HFD följande:

[Det] som skulle avgöras av kammarrätten var om *det med anledning av [sökandens] talan fanns skäl för ingripande enligt LOU*. De omständigheter som [den sökande leverantören] åberopade först hos kammarrätten innebar därmed inte att saken ändrades och kammarrätten borde därför inte ha avvisat bolagets begäran om att få omständigheterna beaktade.²¹⁷

Enligt min mening ger detta uttalande en tydlig vägledning för hur saken bestäms i upphandlingsmål jämfört med Europark-målet. I detta mål uttalar HFD *explicit* att den ska avgöra om huruvida en viss åberopad omständighet faller innanför saken eller inte. En tolkning av detta rättsfall kräver således inte att läsaren själv fyller ut flera luckor i HFD:s domskäl. När det gäller frågan om hur saken bestäms uttalar HFD att det som ska avgöras av kammarrätten är om det ”med anledning av [sökandens] talan fanns skäl för ingripande enligt LOU”. Saken i upphandlingsmål avgörs därmed av om det finns skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom den omständighet som leverantören åberopade först hos kammarrätten utgjorde ett skäl för ingripande, rymdes omständigheten inom ”saken” och skulle därmed inte avvisas. Enligt

²¹⁷ Min kursivering.

von Essen innebär HFD:s lösning i Fetab-målet att saken bestäms ”på ett mycket vittomfattande sätt”.²¹⁸ Jag instämmer med hans uppfattning. Om saken bestäms genom att avgöra om det finns skäl för ingripande enligt LOU, innebär det att varje ”anledning” som utgör ett sådant skäl kommer att rymmas inom saken. Detta innebär att alla tänkbara omständigheter som åberopas först senare i målet, men som utgör ett skäl för ingripande enligt LOU, kommer att rymmas inom saken.

4.5 Sammanfattande slutsatser

I detta kapitel har processramen i upphandlingsmål undersökts, det vill säga frågan om vilka yrkanden och omständigheter som domstolen får beakta när den genomför en sakprövning enligt 20 kap. 6 § LOU. Undersökningen visar att processramen i dessa mål avviker från den allmänna processramen i flera avseenden.

En av de centrala aspekterna som behandlas är yrkandena. HFD har utvecklat en ordning som avviker från den lydelse som framgår av 29 § FPL. I upphandlingsmål är domstolen inte bunden av sökandens yrkanden utan kan ex officio besluta om vilken rättsföljd som ska inträda. Detta innebär att sökanden kan begära ett generellt ingripande utan att behöva specificera en viss åtgärd. Domstolens prövning är dock inte helt fri; den kan endast besluta om åtgärder som stadgas i 20 kap. 6 § LOU och måste utreda förutsättningarna för varje specifik åtgärd. Till exempel kan domstolen besluta om att upphandlingen ska göras om, även om sökanden inte specifikt begärt detta.

En annan viktig aspekt är att det enbart är sökanden som kan framställa yrkanden, medan motparten endast kan ange sin inställning i målet, det vill säga om denne medger eller bestrider sökandens talan. En viktig slutsats härvidlag är att myndigheten och tredjemansleverantören har samma handlingsutrymme; de kan endast ange sin inställning. Det spelar ingen roll för domstolens processram om motparten medger sökandens talan, eftersom domstolen ändå måste genomföra en sakprövning oavsett motpartens inställning.

Vidare har HFD utvecklat en ordning beträffande omständigheterna som avviker från 30 § FPL:s allmänna innebörd. Normalt får domstolen beakta allt material som kommunicerats, men i upphandlingsmål ska domstolen som huvudregel begränsa sin prövning till de omständigheter som parterna uttryckligen angivit, det vill säga *åberopat*. Denna åberopsbörda gäller för alla parter. Om sökanden ”uppfyller” sin åberopsbörda får motparten en så kallad falsk eller processuell åberopsbörda. Sammantaget ska domstolen enbart

²¹⁸ U. von Essen, s. 260.

pröva omständigheter som har kommunicerats med parterna, och som huvudprincip enbart omständigheter som har åberopats.

Motparten har tre huvudsakliga sätt att invända mot sökandens åberopanden: förnekanden, rättsinvändningar och åberopande av motfaktum. Av dessa är det endast åberopandet av motfaktum som påverkar processramen, eftersom ett åberopat motfaktum (en ”omständighet”) *vidgar* processmaterialet. Däremot förblir sakprövningens utgångspunkt densamma, oberoende av motpartens invändningar genom förnekanden eller rättsinvändningar.

Undersökningen visar även att instansordningsprincipen och preklusionsfrister har betydelse för processramen. Instansordningsprincipen innebär att domstolen inte ska beakta omständigheter som ändrar ”saken”. Analysen i kapitlet ger vid handen att Fetab-målet ger tydligast vägledning i frågan om hur saken bestäms i upphandlingsmålen, det vill säga att domstolen enbart ska pröva omständigheter som utgör skäl för ingripande enligt LOU. Dessutom kan instansordningsprincipen innebära att högre instans bör återförvisa målet om den ställs inför exempelvis en omständighet, som förvisso ryms inom saken, men som inte har prövats i lägre instans. Enligt HFD 2013 ref. 5 bör dock kammarrätten normalt låta dessa omständigheter ingå i prövningen. I upphandlingsmålen aktualiseras alltså inte återförvisning som utgångspunkt.

När det gäller preklusionsfrister är domstolarna i upphandlingsmål begränsade i vilka omständigheter de får pröva. För det första får förvaltningsrätten inte pröva omständigheter som åberopats av *sökanden* efter treveckorsfristen, om inte sökanden har giltig ursäkt eller inte kunnat åberopa dem tidigare. För det andra får kammarrätten och HFD normalt inte pröva omständigheter som åberopas först hos dem. Dock kan kammarrätten undantagsvis pröva dessa omständigheter om parten inte kunnat åberopa dem tidigare eller annars haft giltig ursäkt. På liknande sätt kan HFD pröva omständigheter om det finns särskilda skäl. Detta kan sammanfattas som att domstolarna normalt endast får pröva omständigheter som åberopats i rätt tid.

Sammanfattningsvis kan följande sägas om hur domstolens processram bestäms vid överprövning av upphandling. Domstolen är i princip *fri* att besluta om någon av åtgärderna som stadgas i 20 kap. 6 § LOU. Vid valet av åtgärd måste dock domstolen utreda förutsättningarna för respektive åtgärd. För att kunna besluta om en viss åtgärd måste domstolen kunna subsumera rättsfakta under rekvisiten i 20 kap. 6 § LOU. För att domstolen ska kunna beakta en viss omständighet (”rättsfaktum”) måste den i princip (i) ha åberopats, (ii) ha kommunicerats med parterna, (iii) utgöra skäl för ingripande enligt LOU samt (iv) ha åberopats i rätt tid.

5 Invändning om kravbrist

5.1 Inledning

I detta kapitel förflyttas fokus till hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrist. För att undersöka denna fråga är det först nödvändigt att diskutera vilken typ av processhandling den aktuella invändningen är. Kapitlet inleds därför med en klassificering av processhandlingen (5.2). Därefter följer en utredning av de olika synsätten på frågan, som återfinns i underrättspraxis och doktrinen, samt en analys av den rättsliga hållbarheten hos dessa synsätt (5.3). Kapitlet avslutas med en sammanfattning av de slutsatser som dragits och frågan om hur domstolen ska hantera invändningen besvaras (5.4).

5.2 Processhandlingen invändning om kravbrist

En invändning om kravbrist är en processhandling där motparten påstår att den sökande leverantören inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. Det är tydligt att en sådan invändning inte utgör ett yrkande eller en processuell invändning, utan snarare en *sakinvändning*.²¹⁹

Med utgångspunkt i den begreppsapparat som diskuterades i avsnitt 4.3.2 kan en invändning om kravbrist inte hänföras till kategorin rättsinvändningar, eftersom sådana typer av sakinvändningar handlar om att ifrågasätta giltigheten på ett *rättsligt plan*. En invändning om kravbrist handlar i stället om att ifrågasätta giltigheten på ett *faktiskt plan*, nämligen frågan om huruvida sökanden faktiskt uppfyller ett eller flera obligatoriska krav. Därför kan en invändning om kravbrist anta formen av ett förnekande eller åberopande av motfaktum. Nedan presenteras tre olika exempel för att illustrera detta:

Exempel 1

En leverantör diskvalificerades under kvalificerings- och utvärderingsfasen på grund av att ett visst kvalificeringskrav inte ansågs uppfyllt. Leverantören ansöker om överprövning och yrkar att myndighetens prövning ska göras om. Till stöd för detta åberopar sökanden att det aktuella kravet är uppfyllt. I förvaltningsrätten invänder den upphandlande myndigheten att det *krav som sökanden tagit upp* inte är uppfyllt och att sökandens ansökan därför ska avslås (förnekande).

²¹⁹ Jfr med avsnitten 4.3 och 4.3.2.

Exempel 2

En leverantörs anbud förkastades under kvalificerings- och utvärderingsfasen på grund av att ett visst formellt krav inte ansågs uppfyllt. Leverantören ansöker om överprövning och yrkar att myndighetens prövning ska göras om. Till stöd för detta åberopar sökanden att det aktuella kravet är uppfyllt. I förvaltningsrätten invänder den upphandlande myndigheten att leverantören brister i *andra* krav än det som leverantören tagit upp, varför ansökan ska avslås (åberopande av motfaktum).

Exempel 3

En leverantör har lämnat ett anbud i en upphandling. Av tilldelningsbeslutet framgår att en annan anbudsgivare lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och således tilldelats kontraktet. Leverantören ansöker om överprövning och åberopar att myndigheten har antagit fel anbud samt yrkar att den vinnande leverantören ska uteslutas ur upphandlingen. I enlighet med Arqdesignmålet träder den vinnande leverantören in i processen.²²⁰ Tredjemansleverantören yrkar att sökandens talan ska avslås. Till stöd för detta åberopar tredjemansleverantören att sökanden inte uppfyller *samtliga obligatoriska krav* i upphandlingsdokumentet (åberopande av motfaktum).

Exemplen visar skillnaden mellan förnekande och åberopande av motfaktum. I det första exemplet är det fråga om ett *förnekande*, eftersom motparten helt enkelt förnekar existensen av det rättsfaktum som sökande åberopat, eller anorlunda uttryckt, förnekar att sökanden uppfyller det aktuella kravet. I det andra och tredje exemplet är det i stället fråga om åberopande av motfaktum, eftersom motparten introducerar nya omständigheter i målet genom att åberopa krav som sökanden inte tagit upp i ansökan. Härmed kommer en viktig distinktion: Ett förnekande tar således direkt sikte på det krav som sökanden åberopat, medan ett åberopande av motfakta tillför ”nya” kravbrister jämte den eller de kravbrister som sökanden åberopat.

Beträffande domstolens processram finns det en viktig skillnad mellan förnekanden och åberopande av motfaktum. Som framhölls i avsnitt 4.3.2 saknar det betydelse om motparten framställer ett förnekande av ett åberopat rättsfaktum eller ej, eftersom domstolen alltid ska pröva sakfrågan huruvida sökandens åberopade omständighet blivit bevisad eller ej. I dessa fall kan det uttryckas som att domstolen ”alltid ska pröva invändning om kravbrist” om invändningen antar formen av ett förnekande.

²²⁰ Se avsnitt 3.5 avseende tredjemansinträde i upphandlingsmål.

Annorlunda förhåller det sig om kravbristen åberopas som ett motfaktum. Eftersom den åberopade kravbristen utgör ett *rättsfaktum* blir rättsnormerna som styr domstolens processram tillämpliga, det vill säga de förutsättningar som klargjordes i avsnitt 4.5. För att domstolen ska kunna pröva motpartens åberopade kravbrist måste följande förutsättningar i princip vara uppfyllda: kravbristen måste (i) ha åberopats, (ii) ha kommunicerats med övriga parter, (iii) utgöra skäl för ingripande enligt LOU samt (iv) den måste ha åberopats i rätt tid. Frågan om huruvida en åberopad kravbrist kan uppfylla dessa krav har inte besvarats av HFD. Däremot har flera underrätter och doktrin berört frågan om huruvida domstolen kan pröva kravbristen. I nästa avsnitt ska denna underrättspraxis och doktrin behandlas.

5.3 Synsätten från underrätterna och doktrin

Frågan om hur domstolen ska hantera en kravbrist som åberopats av motparten besvaras på olika sätt i underrätterna. Av underrättspraxis framgår att denna typ av invändning har hanterats på följande tre sätt: (i) att invändningen aldrig ska prövas;²²¹ (ii) att invändningen ska prövas, men endast under vissa förutsättningar;²²² och (iii) att invändningen alltid ska prövas fullt ut.²²³ Det ska noteras att synsätten på frågan varierar även inom doktrinen.²²⁴ Dessa olika synsätt indikerar att underrätterna och doktrinen har olika uppfattningar om hur processramen bestäms i upphandlingsmål. Nedan kommer jag att identifiera de synsätt som gått att utläsa ur underrättspraxisen och doktrinen, för att sedan analysera deras rättsliga hållbarhet.

5.3.1 Förbudet mot *reformatio in pejus*

Ett synsätt som förekommer i underrättspraxis är att frågan ska avgöras utifrån principen om *förbudet mot reformatio in pejus*. Som framhölls i avsnitt 4.2.1 innebär principen att den enskilde inte ska riskera att komma i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller en dom överklagas. Enligt detta synsätt kommer alltså den sökande leverantören att riskera att hamna i ett *sämre läge* om domstolen beaktar motpartens invändning, eftersom den sökande leverantörens ansökan riskerar att avslås om invändningen beaktas. De underrätter som intar denna ståndpunkt har därför ansett att invändningen aldrig ska beaktas.²²⁵

²²¹ Se t.ex. Kammarrätten Stockholm mål nr 5929–10 och 7715–17.

²²² Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg mål nr 741–13 och 1641–15.

²²³ Se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 924–12.

²²⁴ P. Riiga 2023; A. Ulfsson, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §*, Lexino 2021-01-20 (JUNO).

²²⁵ Exempel på underrätter som uttryckligen hänvisar till principen är Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 886–18 och 4218–11. Vidare menar Asplund et al. att avgörandena i Kammarrätten Stockholm mål nr 5929–10; Kammarrätten i Göteborg mål nr 4904–09 och 3764–10 får anses utgöra ett utlopp av principen, se A. Asplund et al. 2012, s. 309.

Enligt min uppfattning finns dock två problem med detta synsätt. Det första problemet är att principen inte är tillämplig i detta sammanhang. När motparten åberopar en kravbrist, innebär det att motparten åberopar ett *rättsfaktum* (se avsnitt 5.2 ovan). Principen om förbudet mot reformatio in pejus tar där- emot sikte på yrkandena och *inte* på rättsfakta. Principen hindrar alltså inte domstolen från att beakta omständigheter som åberopas i målet och som kan leda till ett beslut som är till nackdel för den enskilde. De domstolar som menar att principen utgör ett hinder verkar därför felaktigt utgå från att invändningen utgör ett yrkande och inte en åberopad omständighet.

Det andra problemet är att det kan ifrågasättas om ett beaktande av invändningen skulle leda till att den sökande leverantören hamnar i ett sämre läge än om denne inte hade ansökt om överprövning. Om invändningen beaktas kommer det normalt att leda till att den sökande leverantörens talan avslås. Att ansökan avslås innebär förvisso att chansen att vinna upphandlingen, genom att upphandlingen görs om eller rättas i någon del, går förlorad. Men det innebär inte att den sökande hamnar i ett ”sämre” läge. Den sökande leverantören hade ju inte vunnit upphandlingen före ansökan, och efter avslaget har den sökande fortfarande inte vunnit upphandlingen. Det är alltså inte fråga om ett sämre läge utan snarare om ett ”samma läge”.

Mot bakgrund av dessa två problem landar jag i slutsatsen att principen om förbudet mot reformatio in pejus inte utgör ett rättsligt hållbart skäl för att *inte* beakta den aktuella invändningen.

5.3.2 Instansordningsprincipen

Det finns flera synsätt på hur domstolen ska hantera åberopade kravbrister med hänsyn till instansordningsprincipen. I avsnitt 4.4.2 framgick att tillämpningen av instansordningsprincipen kan resultera i avvisning eller återförvisning. Därför behandlas instansordningsprincipen i två separata avsnitt: ett om avvisning (5.3.2.1) och ett om återförvisning (5.3.2.2).

5.3.2.1 Avvisning

Som framhölls i avsnitt 4.4.2 kan en tillämpning av instansordningsprincipen leda till att domstolen avvisar omständigheter som medför att *saken* ändras. Den relevanta frågan blir då följande: innebär en åberopad kravbrist att saken ändras i upphandlingsmål? Från underrätterna och doktrinen kan tre olika synsätt rörande denna fråga urskiljas.

Det *första synsättet* är att den aktuella invändningen alltid faller utanför saken och därmed alltid ska avvisas. Detta synsätt förekommer i flera avgöranden

från underrätterna.²²⁶ Ett exempel på detta synsätt finns hos Kammarrätten i Göteborg som uttalade följande:²²⁷

[D]et är saken i målet som avgör processramen. Saken i detta mål är eventuellt ingripande i upphandlingen med anledning av brister i [tredjemansleverantörens] anbud. Om det föreligger brister i [den sökande leverantörens] anbud är *en annan sak och kan därför inte prövas*.²²⁸

Enligt detta synsätt ska invändningen alltså aldrig beaktas eftersom den alltid faller utanför saken. Jag anser att det finns skäl att ifrågasätta detta synsätt. Underrätterna som intar denna ståndpunkt ger nämligen ingen närmare motivering till varför invändningen faller utanför saken. Exempelvis konstaterar Kammarrätten i Göteborg i uttalandet ovan att invändningen är en ”annan sak och kan därför inte prövas” utan att förklara resonemanget närmare. Denna brist på förklaring innebär också att det saknas koppling till rättskällor som stöder detta synsätt. Den bristande motiveringen från domstolarnas sida är problematisk av flera skäl. För det första gör detta att rättens beslut framstår som godtyckliga. För det andra förhindrar det en djupare förståelse och analys av varför en viss invändning anses falla utanför saken, vilket är avgörande för att kunna bedöma om synsättet är rättsligt hållbart. Utan en tydlig motivering och hänvisning till relevanta rättskällor framstår synsättet som rättsligt obefogat. Sammanfattningsvis anser jag att detta synsätt, åtminstone så som det uttrycks i underrätternas avgöranden, inte är rättsligt hållbart.

Det *andra synsättet* innebär att den aktuella invändningen förvisso ska beaktas, men bara under vissa förutsättningar. Detta synsätt lägger vikt vid formuleringen i Europark-målet (se avsnitt 4.4.3 ovan) och menar att invändningen enbart ska beaktas om den utgör ”argumentation mot uppgifterna i ansökningsenheten”. Det innebär att invändningen endast beaktas om den sökande själv tagit upp kravbristen i sin ansökan. Detta synsätt förekommer hos Ulfsdotter och hos flera underrätter.²²⁹ Ett exempel på detta kan hämtas från avgörandet i Kammarrätten i Jönköping där följande uttalades:²³⁰

För det fall invändningen rör ett krav som den sökande leverantören anfört att den vinnande leverantören inte uppfyller, får dock

²²⁶ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborg mål nr 1301–12 och 935–12; Kammarrätten i Stockholm mål nr 7715–17, s. 5.

²²⁷ Kammarrätten i Göteborg mål nr 2675–14, s. 4.

²²⁸ Min kursivering.

²²⁹ Angående doktrinen, se A. Ulfsdotter, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §*, Lexino 2021-01-20 (JUNO). Angående underrätterna, se Kammarrätten i Göteborg mål nr 1641–15; Kammarrätten i Jönköping mål nr 3530–22 och 705–15; Kammarrätten i Sundsvall mål nr 388–13, s. 11.

²³⁰ Kammarrätten i Jönköping mål nr 3530–22, s. 7.

[process]ramen anses omfatta även en sådan invändning från såväl den upphandlande myndigheten som den vinnande leverantören.²³¹

Enligt detta synsätt ska således invändningen enbart beaktas om den avser samma krav som ansökan tar sikte på. Enligt min mening finns flera problem med detta synsätt. För det första blir processramen beroende av vad den sökande leverantören har åberopat i målet. Detta innebär att det inte i förväg går att veta vilka omständigheter från motparten som rätten ska beakta. Processramen blir därmed beroende av hur parternas talan utvecklas i det enskilda målet, vilket leder till betydande oförutsägbarhet. För det andra är det inte självklart att Europark-målet ska tolkas på det sätt som detta synsätt förespråkar. Som framhölls i avsnitt 4.4.3 är HFD:s uttalande i Europark-målet så öppet formulerat att det kan tolkas på olika sätt, vilket gör det svårt att entydigt stödja detta synsätt enbart utifrån det målet. För det tredje är synsättet svårt att förena med HFD:s praxis avseende åberopsbördan.²³² Av HFD:s praxis framgår att domstolen ska pröva skaderekvisitet baserat på de omständigheter sökanden åberopat. Om motparten åberopar kravbrister som sökanden inte har tagit upp i sin ansökan, hur ska då domstolen kunna genomföra en korrekt skadeprövning? Ska domstolen bortse från motpartens övertygande argument om sökandens bristande uppfyllelse av skaderekvisitet? Mot bakgrund av dessa problem anser jag därför att detta synsätt *inte* är rättsligt hållbart.

Det *tredje synsättet* är att invändningen faller inom saken. Detta synsätt stöds av flera underrätter och återfinns även i doktrinen, exempelvis hos Riiga.²³³ Enligt min mening är detta synsätt rättsligt hållbart med hänsyn till hur saken bestäms i upphandlingsmål. Av HFD:s uttalande i Fetab-målet (se avsnitt 4.4.3 ovan) framgår det att saken i upphandlingsmål är om det ”med anledning av sökandens talan finns skäl för ingripande enligt LOU”. En sådan bestämning av saken förutsätter en bred processram eftersom alla tänkbara omständigheter som är relevanta för sakprövningen enligt 20 kap. 6 § LOU kommer att ingå i saken. Det innebär i sin tur att en invändning om kravbrist kommer att falla innanför saken, eftersom kravbrister i upphandlingsdokumentet utgör en ”anledning” för huruvida det finns skäl för ingripande enligt LOU.

För att återknyta till frågan som ställdes ovan: innebär en åberopad kravbrist att saken ändras i upphandlingsmål? Min slutsats är att det tredje synsättet ger ett rättsligt hållbart svar på frågan, det vill säga att en åberopad kravbrist inte

²³¹ Min kursivering.

²³² Se avsnitt 4.3.1.

²³³ Angående doktrinen, se P. Riiga 2023. Angående underrätterna, se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 10158–18, s. 10; Kammarrätten i Stockholm mål nr 924–12.

ändrar saken eftersom kravbristen utgör en anledning till huruvida det finns skäl för ingripande enligt LOU.

5.3.2.2 Återförvisning

Utöver avvisning kan tillämpningen av instansordningsprincipen också leda till att målet ska återförvisas till en lägre instans. I avsnitt 4.4.2 framgick det att återförvisning kan ske om domstolen ställs inför frågor som inte har prövats i en lägre instans. Eftersom upphandlingsmål kan prövas i tre olika instanser, kan en högre instans (kammarrätten eller HFD) ibland ställas inför frågor som inte har prövats i en lägre instans.²³⁴

Vad händer då om en högre instans ställs inför en kravbrist som inte har prövats i en lägre instans? Detta kan exempelvis ske om motparten åberopar en kravbrist först hos kammarrätten. Om åberopandet inte ska avvisas på grund av saken (se avsnitt 5.3.2.1 ovan) eller på grund av preklusion (se avsnitt 4.4.1 ovan), ska då den högre instansen *återförvisa* målet till den lägre instansen eller själv pröva kravbristen som första instans?

Det kan noteras att inga synsätt på huruvida kravbristen ska återförvisas eller inte har kunnat identifieras i underrättspraxis eller doktrin. Som framhölls i avsnitt 4.4.2 har däremot HFD berört frågan om återförvisning i upphandlingsmål. I Fetab-målet uttalade HFD följande:²³⁵

En bedömning av de nya omständigheterna direkt hos kammarrätten skulle innebära att sökanden går miste om en instans i prövningen. Med hänsyn till att sökanden i mål om offentlig upphandling har *ett särskilt ansvar* för att på ett klart sätt ange vilka omständigheter som talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69) bör det i mål av detta slag *ändå* i regel anses tillräckligt att kammarrätten låter omständigheterna ingå i den egna bedömningen. Det bör dock ankomma på kammarrätten att avgöra om så bör ske i detta fall.²³⁶

HFD menar alltså att kammarrätten ”i regel” bör pröva den nya omständigheten som första instans. Detta motiveras genom en hänvisning till åberopsbördan enligt RÅ 2009 ref. 69. HFD tycks således mena att sökanden får ”skylla sig själv” om denne kommer med nya omständigheter först i kammarrätten, eftersom denne har ”ett särskilt ansvar” att ange vilka omständigheter som talan grundas på redan i förvaltningsrätten.

²³⁴ Se avsnitt 3.6 avseende instansordningen i upphandlingsmålen.

²³⁵ HFD 2013 ref. 5 (Fetab).

²³⁶ Min kursivering.

Jag ser inga skäl att invända mot denna utgångspunkt när sökanden åberopar nya omständigheter först hos kammarrätten. Däremot bör samma princip inte tillämpas om motparten åberopar en kravbrist först i högre rätt, eftersom argumentet att sökanden har ”ett särskilt ansvar” inte gäller lika starkt i dessa situationer. För det första är det inte sökandens ”fel” att kravbristen åberopas sent, utan ansvaret ligger på motparten. För det andra innebär en kravbrist i upphandlingsdokumentet normalt att skaderekvisitet inte är uppfyllt, vilket gör det viktigt för sökanden att få denna fråga prövad i flera instanser. På grund av dessa två anledningar ska kravbrister som åberopas först hos kammarrätten eller HFD återförvisas till förvaltningsrätten, för att säkerställa att den sökande leverantören inte går miste om en prövning i flera instanser.

Sammanfattningsvis landar jag i slutsatsen att om högre rätt (kammarrätten eller HFD) ställs inför en kravbrist som inte har prövats i en lägre instans, ska den högre instansen återförvisa målet till förvaltningsrätten.

5.3.3 Likabehandlingsprincipen

Ett annat synsätt som förekommer grundar sig på *likabehandlingsprincipen*. Enligt detta synsätt menar vissa underrätter att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen om domstolen *inte* beaktade invändningen. Underrätterna ger mer eller mindre utförliga motiveringar till varför likabehandlingsprincipen ska tolkas och tillämpas på detta sätt.²³⁷ Den mest utförliga motiveringen jag har funnit kommer från ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm.²³⁸

[Om invändningen inte beaktades] skulle det medföra att förvaltningsdomstol kommer att bryta mot likabehandlingsprincipen genom att en leverantör som avgett ett anbud vilket inte uppfyller samtliga [obligatoriska krav] i ett förfrågningsunderlag *likväl* skulle anses ha lidit skada.²³⁹

Resonemanget tycks alltså lyda enligt följande: Eftersom en sökande inte kan anses uppfylla skaderekvisitet om denne inte uppfyller alla krav i upphandlingsdokumentet (se avsnitt 3.4 ovan), finns det en risk att sökanden ändå anses uppfylla skaderekvisitet om domstolen inte har möjlighet att pröva invändningen. Om invändningen inte beaktas, uppstår en särbehandling av leverantören som egentligen inte uppfyller skaderekvisitet. För att undvika en sådan särbehandling och därmed inte strida mot likabehandlingsprincipen ska invändningen alltid beaktas.

²³⁷ Se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 924–12 och 10158–18; Förvaltningsrätten i Falun mål nr 5333–20.

²³⁸ Kammarrätten i Stockholm mål nr 924–12.

²³⁹ Min kursivering.

Det finns enligt min mening flera problem med detta resonemang. För det första utgår detta resonemang från att likabehandlingsprincipen kan fungera som en handlingsregel för domstolen. Likabehandlingsprincipen är en unionsrättslig princip som kodifierats i LOU-direktivet och implementerats i svensk rätt genom 4 kap. 1 § LOU. EU-domstolen har klargjort att principen ska gälla hela upphandlingsförfarandet, från den konkurrensuppsökande fasen tills kontraktet ingås med den vinnande leverantören.²⁴⁰ Mot denna bakgrund är det min uppfattning att likabehandlingsprincipen är en *materiell förfarandereg*el, vilket innebär att den riktar sig till den upphandlande myndigheten under upphandlingsförfarandet. I detta synsätt används dock likabehandlingsprincipen som en *processuell förfarandereg*el för att avgöra vilka omständigheter domstolen får beakta i sin sakprövning. Det är oklart om principen, som jag tolkar som en materiell förfaranderegel, verkligen kan tolkas och tillämpas på det sätt som detta synsätt gör gällande.

Ett annat problem är att detta synsätt är svårt att förena med den återopsörda som HFD har utvecklat i upphandlingsmålen. Om motparten inte återoppar en kravbrist, ska då domstolen ex officio pröva om sökanden uppfyller samtliga obligatoriska krav? Enligt detta synsätt skulle domstolen strida mot likabehandlingsprincipen om sökanden bedöms uppfylla skaderekvisitet trots att sökanden i själva verket brister i kravuppfyllelse. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen är det därför nödvändigt att domstolen ex officio kontrollerar att sökanden uppfyller alla krav i upphandlingsdokumentet. Ett sådant tillvägagångssätt är dock inte förenligt med HFD:s praxis för hur processramen bestäms i upphandlingsmål. Enligt HFD:s praxis gäller en återopsörda för parterna i målet, vilket innebär att domstolen inte ex officio ska beakta omständigheter (exempelvis kravbrister) som parterna inte har återopat.

På grund av problemen ovan drar jag slutsatsen att likabehandlingsprincipen inte ska tolkas och tillämpas på detta sätt. Synsättet är med andra ord *inte* rättsligt hållbart.

5.4 Sammanfattande slutsatser

I detta kapitel undersöks hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrist. I avsnitt 5.2 drogs slutsatsen att en invändning om kravbrist är en så kallad *sakinvändning*. Vidare konstaterades att denna sakinvändning kan framställas på två olika sätt: genom ett *förnekande* eller genom ett *åberopat motfaktum*. Denna distinktion är viktig eftersom enbart åberopade motfakta har betydelse för processramen. Ett förnekande påverkar inte utgångspunkterna för domstolens sakprövning, eftersom domstolen ska pröva omständigheten som förnekas oavsett om motparten har framställt ett förnekande

²⁴⁰ Se avsnitten 2.2 och 2.5.

eller ej. Sammanfattningsvis kan det sägas att domstolarna alltid ska pröva invändningen om den framställs som ett förnekande, förutsatt att sökanden har åberopat att ett visst krav uppfylls. Annars finns det inget att förneka.

Situationen blir dock annorlunda om kravbristen åberopas som ett motfaktum. Eftersom en kravbrist utgör en omständighet ("rättsfaktum") blir de rättsnormer som styr processramen vid överprövning av upphandling tillämpliga. I avsnitt 4.5 klargjordes att dessa rättsnormer innebär att domstolen i princip enbart får beakta omständigheter som (i) har åberopats, (ii) har kommunicerats med parterna, (iii) utgör skäl för ingripande enligt LOU och (iv) har åberopats i rätt tid.

I avsnitt 5.3 framgick att det finns flera synsätt på hur domstolen ska hantera en åberopad kravbrist. Här noterades att flera synsätt inte tar avstamp i de fyra ovan nämnda kraven, utan avgör frågan utifrån andra rättsnormer såsom reformatio in pejus och likabehandlingsprincipen. Min analys visar dock att dessa synsätt saknar rättsligt hållbart stöd. Utöver dessa synsätt finns också synsätt som tar avstamp i instansordningsprincipen. Här kunde tre olika synsätt på hur "saken" bestäms i upphandlingsmål identifieras. Min analys visar att det tredje synsättet är rättsligt hållbart, eftersom det överensstämmer med HFD:s resonemang och lösning i Fetab-målet. Detta synsätt innebär att en åberopad kravbrist ryms inom "saken" eftersom en kravbrist utgör ett "skäl för ingripande enligt LOU". Utifrån de analyserade synsätten i avsnitt 5.3 når jag således slutsatsen att det tredje kravet ovan (iii) inte utgör ett hinder för att domstolarna ska kunna pröva en åberopad kravbrist.

Frågan som uppkommer är om en åberopad kravbrist även kan tänkas uppfylla de övriga kraven (i, ii och iv). De identifierade synsätten i 5.3 har inte resonerat kring specifikt dessa krav. Däremot kan följande sägas beträffande det första och andra kravet med hänsyn till det som klargjordes i avsnitt 4.2.1. Det första kravet (i) uppfylls per definition eftersom motparten "åberopar" kravbristen och därmed uppfyller sin "åberopsbörda" enligt RÅ 2009 ref. 69. Det andra kravet (ii) uppfylls också eftersom domstolen enligt kommunikationsreglerna (jämför främst 10, 12 och 18 §§ FPL) har en plikt att kommunicera den åberopade kravbristen till övriga parter. Sammanfattningsvis drar jag slutsatsen att det första och andra kravet blir uppfyllda om motparten åberopar en kravbrist.

När det gäller det fjärde kravet (iv) framhölls att det nyligen införts preklusionsbestämmelser, vilket inneburit att det numera finns preklusionsfrister beträffande omständigheter för samtliga instanser. Preklusionsfristen hos förvaltningsrätten gäller dock endast sökanden och träffar alltså inte motparternas åberopade kravbrister. Däremot gäller preklusionsfristerna hos

kammarrätten och HFD för samtliga parter, vilket innebär att en kravbrist som åberopas först hos dessa domstolar normalt inte ska prövas.

Mot bakgrund av ovanstående framträder följande angående hur domstolarna ska hantera motpartens påståenden om att den sökande inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. Om invändningen framställs genom ett förnekande ska domstolarna alltid pröva invändningen, eftersom ett förnekande inte förändrar utgångspunkterna för domstolens sakprövning. Om invändningen i stället framställs som ett motfaktum beror hanteringen på i vilken instans kravbristen först åberopas. Åberopade kravbrister hos förvaltningsrätten ska alltid prövas eftersom de fyra ovan nämnda kraven alltid blir uppfyllda. Åberopade kravbrister hos kammarrätten och HFD ska dock normalt inte prövas.

Det finns anledning att också beröra de fall då undantagen till preklusion blir tillämpliga hos kammarrätten och HFD. Enligt 20 kap. 5 c § LOU får kammarrätten undantagsvis pröva åberopade omständigheter som inte kunnat åberopas tidigare eller om det annars finns giltig ursäkt. Enligt 37 § FPL finns en liknande möjlighet för HFD, men den förutsätter i stället att det finns särskilda skäl. Om motparten åberopar kravbrist först hos kammarrätten eller HFD - och undantagen till preklusion blir tillämpliga - kommer högre instans ställas inför en kravbrist som inte prövats av förvaltningsrätten. I avsnitt 5.3.2.2 drogs slutsatsen att domstolarna i dessa fall av instansordningsskäl ska återförvisa målet till lägre instans. Varken kammarrätten och HFD ska pröva den åberopade kravbristen som *första instans*, utan den uppgiften ankommer på förvaltningsrätten.

Så långt i analysen har domstolens hantering av invändningarna betraktats från ett internt nationellt perspektiv. Som framhölls i avsnitt 3.2 begränsas dock den processuella autonomi av två principer: effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen. Frågan som uppkommer är om mina slutsatser om domstolarnas hantering av invändningar är förenliga med dessa två principer.

Som nämnts ställer effektivitetsprincipen krav på att processuella regler inte får göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande materiella anspråk som grundas i unionsrätten. Enligt min mening finns det två skäl till varför domstolens möjlighet att pröva motpartens invändning inte strider mot denna princip. För det första kan det konstateras att effekten av att domstolen prövar invändningen är att sökandens talan normalt ska avslås. Att tillåta domstolarna att pröva invändningen visar alltså att det inte finns något ”materiellt anspråk” eftersom talan ska avslås. Påståendet att den processuella regeln gör det svårt att göra gällande materiella anspråk blir därför missvisande, eftersom det i dessa fall inte finns några materiella anspråk att göra gällande. För det andra visar undersökningen att det redan finns processuella

regler, såsom återopsörda och preklusion, som faktiskt försvårar möjligheten att framställa materiella anspråk i upphandlingsmål. Dessa regler har dock accepterats av EU-domstolen, vilket ytterligare stöder att det är rimligt att anta att domstolarna kan beakta kravbristen.

När det gäller likvärdighetsprincipen ställer den krav på processuell likabehandling mellan unionsrätten och den nationella rätten. Unionsrätten får inte behandlas mindre förmånligt än nationell rätt. Även denna princip utgör, enligt min mening, inte ett hinder för domstolen att pröva kravbristen. Detta beror på att det redan finns processuella regler i upphandlingsmål som "särbehandlar" unionsrätten. Undersökningen visar att processramen bestäms på ett avvikande sätt i upphandlingsmål jämfört med hur den vanligtvis bestäms. De svenska processuella reglerna "särbehandlar" alltså redan unionsrätten i detta avseende. Eftersom dessa regler inte strider mot likvärdighetsprincipen, är det rimligt att anta att inte heller en prövning av motpartens invändning om kravbrist strider mot principen.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att mina slutsatser ovan beträffande hur domstolarna ska hantera motpartens invändningar om kravbrister är förenliga med effektivitets- och likvärdighetsprincipen.

6 Avslutning

I uppsatsen har jag undersökt hur domstolen ska hantera en viss typ av invändning vid överprövning av upphandling, nämligen när motparten påstår att den sökande leverantören inte uppfyller ett eller flera obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet. För att uppnå syftet har undersökningen utgått ifrån följande två frågeställningar:

- (a) Hur bestäms domstolens processram vid överprövning av upphandling?
- (b) Givet denna processram hur ska domstolarna hantera motpartens invändning om kravbrist?

De uppställda frågorna har analyserats i de föregående kapitlen med tillhörande sammanfattande slutsatser. I detta avslutande kapitel sammanställs huvuddragen från detta resultat.

När det gäller frågan om hur processramen bestäms visar undersökningen att processramen vid upphandlingsmål skiljer sig från den processram som i allmänhet gäller vid förvaltningsmål. Vid en överprövning av upphandling är domstolen i princip fri att välja någon av åtgärderna i 20 kap. 6 § LOU. För att kunna välja en viss åtgärd måste domstolen dels utreda förutsättningarna för respektive åtgärd, dels ta hänsyn till om upphandlingsfelet är hänförligt till den konkurrensuppsökande fasen eller kvalificerings- och utvärderingsfasen. För att kunna besluta om en viss åtgärd måste också domstolen kunna subsumera rättsfakta under rekvisiten i 20 kap. 6 § LOU. För att domstolen ska kunna beakta en viss omständighet ("rättsfaktum") måste den i princip (i) ha åberopats, (ii) ha kommunicerats med parterna, (iii) utgöra skäl för ingripande enligt LOU samt (iv) ha åberopats i rätt tid.

När det gäller frågan om hur domstolen ska hantera motpartens invändning om kravbrist givet denna processram, visar undersökningen att invändningen kan framställas på två olika sätt: genom ett förnekande och genom ett åberopande av motfaktum. Eftersom förnekanden inte påverkar utgångspunkterna för domstolens sakprövning, ska domstolen alltid pröva denna typ av invändning. När motparten i stället åberopar kravbristen som motfaktum skiljer sig domstolarnas hantering beroende på när åberopandet görs. Om motparten åberopar kravbristen i förvaltningsrätten visar undersökningen att de fyra ovannämnda kraven (i-iv) alltid är uppfyllda, varpå förvaltningsrätten alltid ska pröva kravbristen. Om motparten i stället åberopar kravbristen först hos kammarrätten eller HFD, ska domstolarna normalt avvisa invändningen på

grund av preklusion. Om undantagen till preklusion blir tillämpliga hos kammarrätten eller HFD, ska i stället domstolarna återförvisa målet till förvaltningsrätten på grund av instansordningsprincipen.

Källförteckning

Litteratur

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson, Daniel; Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012 [cit. A. Asplund et al. 2012]

Bernitz, Ulf; Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2022 [cit. U. Bernitz och A. Kjellgren 2022]

Bernitz, Ulf, *EG-rättens krav på svensk processordning: Reflexioner kring Unibet-målet och nya fördragstexter*. I: Kleineman, Jan; Westberg, Peter; Carlsson, Stephan (red.), Festskrift till Lars Heuman, Jure Förlag AB, Stockholm, 2008 [cit. U. Bernitz 2008]

Blomberg, Jesper; Södergren, Patrik, *Förvaltningsprocesslagen: en kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2020 [cit. J. Blomberg och P. Södergren 2020]

Blomberg, Jesper, *Domstols processram i mål om bygglov – särskilt om taleändring*, FT 2016/4, s. 521–529 [cit. J. Blomberg 2016]

Cegrell Karlander, Isa, *Officialprincipen i migrationsprocessen: domstolens utredningsansvar*, Department of Law, Uppsala University, 2021 [cit. I. Cegrell Karlander 2021]

Dahlman, Christian, *Begreppet rättskälla*, I: Juridiska grundbegrepp, Dahlman, Christian; Wahlberg, Lena (red.), Studentlitteratur AB, 2019 [cit. C. Dahlman 2019]

Ekelöf, Per-olof; Edelstam, Henrik; Heuman, Lars; Pauli, Mikael, *Rättegång. Första häftet*, Norstedts Juridik AB, 2016 [cit. P.O. Ekelöf et al. 2016]

Falk, Jan-erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2020 [cit. J. E. Falk 2020]

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*. I: Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur AB, Lund, 2018 [cit. Kleineman (2018)]

- Hardenberger, Alexander, *Åberopsbörda i dispositiva tvistemål: En civilprocessuell studie i anslutning till 17 kap. 3 § andra meningen RB*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2023 [cit. A. Hardenberger 2023]
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2001 [cit. J. Hellner 2001]
- Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011 [cit. J. Hettne och I. Otken Eriksson 2011]
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1–10. [cit. N. Jareborg 2004]
- Johansson, Daniel, *Tredjemansinträde i upphandlingsmål*, FT 2016/1, s. 63–88 [cit. D. Johansson 2016]
- Larsson, Torvald, *Domstolsprövning av förvaltningsbeslut*, Media-tryck, Lund, 2020 [cit. T. Larsson 2020]
- Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, FT 1989/3, s. 115–129. [cit. R. Lavin 1989]
- Lavin, Rune, *Tredjemansinträde i förvaltningsprocessen*, FT 2008/4, s. 495–508. [cit. R. Lavin 2008]
- Lavin, Rune, *Förvaltningsprocessrätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2023 [cit. R. Lavin 2023]
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Iusté AB, Uppsala, 2018 [cit. B. Lehrberg 2018]
- Lindell, Bengt, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*, Iustus Förlag AB, Stockholm, 2021 [cit. B. Lindell 2021]
- Lindkvist, Gustav, *Utredningsskyldighet, bevisbörda och beviskraft i förvaltningsprocessen*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018 [cit. G. Lindkvist 2018]
- Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling – LOU och upphandlingsprocessen*, Studentlitteratur AB, Lund, 2022 [cit. E. Lindahl Toftegaard 2022]

- Lundell, Bengt; Strömberg, Håkan, *Allmän förvaltningsrätt*, Liber AB, Stockholm, 2022 [cit. H. Strömberg och B. Lundell 2022]
- Morawetz, Fredrik, *Avbrutna upphandlingar – ansvar i gränslandet mellan privat och offentlig rätt*, Media-Tryck, Lund, 2019 [cit. F. Morawetz 2019]
- Olsson, Erik; Olle, Lindberg; Robertsson, Viktor, *Tankar om skada i upphandlingsrätt, del 1*, ErT 2018 s. 501–518 [cit. E. Olsson, O. Lindberg och V. Robertsson 2018]
- Peczenik, Alexander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1995 [cit. A. Peczenik 1995]
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2017 [cit. K. Pedersen 2017]
- Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2014 [cit. H. Ragnemalm 2014]
- Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i; Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 109–142 [cit. J. Reichel 2018]
- Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2018 [cit. M. Ribbing 2018]
- Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Hallberg, Olof; Norlén, Hugo; Näslund, Johanna; Piper, Catharina; Willquist, Henrik, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Norstedts Juridik AB, 2021 [cit. R. Andersson et al. 2021]
- Sandin, Erik, *Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt*, JT 2009/10, s. 917–928. [cit. E. Sandin 2009]
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012 [cit. A. Sundstrand 2012]
- Södergren, Patrik, *Den förvaltningsprocessuella prövningsramen och civilrätten*, FT 2007/4 s. 375–396. [cit. P. Södergren 2007]

- Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen? – Domstolsprövning i gränslandet mellan offentlig rätt och privaträtt*, Iustus Förlag AB, 2009 [cit. P. Södergren 2009]
- von Essen, Ulrik, *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2022 [cit. U. von Essen 2022]
- von Essen, Ulrik, *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och avslutande frågor*, Wolters Kluwer AB, 2016 [cit. U. von Essen 2016]
- von Essen, Ulrik; Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen m.m. – en kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2012 [cit. U. von Essen och B. Wennergren 2012]
- Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005 [cit. B. Wennergren 2005]
- Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, I: Heuman, Lars (red.), Festskrift till Per Olof Bolding, Juristförlaget AB, Stockholm, 1992, s. 421–446. [cit. P. Westberg 1992]
- Westberg, Peter, *Civilrättskipning I. Tvistemål*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2021 [cit. P. Westberg 2021]

Offentligt tryck

i. Propositioner

- Prop. 1971:30 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.
- Prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.
- Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
- Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet
- Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling
- Prop. 2021/22:120 En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

ii. Statens offentliga utredningar

- SOU 1964:27 Lag om förvaltningsförfarandet: Besvärssakkunnigas slutbetänkande

SOU 1991:106 Domstolarna inför 2000-talet: arbetsuppgifter och förfaranderegler
SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.
SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal
SOU 2016:15 Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling
SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

Övrigt

i. Rapporter

Upphandlingsmyndigheten (utg.), *Utvecklingen på upphandlingsområdet 2023*, Rapport 2024:1.

ii. Elektroniskt material

Nord, Eskil, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 20 kap. 5 b §*, Karnov (JUNO) (besökt 2024-04-20).

Riiga, Peter, *Kravbrister och skadelidande – konsensus saknas för avgörande fråga i upphandlingsmål*, JUNO, ”<https://www.juno.se/>”, publicerad digitalt 2023-12-08 [cit. P. Riiga 2023]

Ulfsdotter, Anna, *lag (2016) om offentlig upphandling 20 kap. 6 §* Lexino 2021-01-20 (JUNO) [cit. A. Ulfsdotter med angivande av lagrum]

Ulfsdotter, Anna, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling 4 kap. 12 §*, Lexino 2018-03-24 (JUNO) [cit. A. Ulfsdotter med angivande av lagrum]

Rättsfall

i. Regeringsrätten

RÅ 1986 not. 36
RÅ 1987 ref. 169
RÅ 1987 ref. 165
RÅ 1990 ref. 62
RÅ 1990 ref. 108
RÅ 1991 not. 543
RÅ 1998 not. 54
RÅ 1999 ref. 63
RÅ 2002 ref. 5

RÅ 2002 ref. 76
RÅ 2005 ref. 10
RÅ 2005 ref. 17
RÅ 2007 not. 131
RÅ 2007 ref. 9
RÅ 2008 not. 26
RÅ 2009 ref. 7
RÅ 2009 ref. 69

ii. Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2011 not. 64
HFD 2011 not. 70
HFD 2011 ref. 29 (Arqdesign)
HFD 2011 ref. 85
HFD 2012 ref. 2
HFD 2013 ref. 5 (Fetab)
HFD 2013 ref. 24 (Europark)
HFD 2013 ref. 52
HFD 2013 ref. 53
HFD 2015 not 51
HFD 2015 ref. 55
HFD 2016 ref. 37 I och II
HFD 2017 ref. 62
HFD 2018 ref. 28
HFD 2022 ref. 4 I och II
HFD 2023 ref. 44
HFD mål nr 6102–19

iii. Högsta domstolen

NJA 2010 s. 643
NJA 2019 s. 802

iv. Kammarrätterna

Kammarrätten i Stockholm, 2009-12-18, målnummer 4904–09
Kammarrätten i Göteborg, 2010-10-20, målnummer 3764–10
Kammarrätten i Stockholm, 2010-11-19, målnummer 5929–10
Kammarrätten i Göteborg, 2012-04-23, målnummer 1301–12
Kammarrätten i Stockholm, 2012-05-30, målnummer 924–12
Kammarrätten i Göteborg, 2012-06-26, målnummer 935–12
Kammarrätten i Göteborg, 2013-05-15, målnummer 741–13
Kammarrätten i Sundsvall, 2013-05-21, målnummer 388–13

Kammarrätten i Stockholm, 2013-09-10, målnummer 2370–13
Kammarrätten i Göteborg, 2014-10-29, målnummer 2675–14
Kammarrätten i Göteborg, 2015-09-29, målnummer 705–15
Kammarrätten i Göteborg, 2015-10-06, målnummer 1641–15
Kammarrätten i Stockholm, 2018-05-16, målnummer 7715–17
Kammarrätten i Stockholm, 2019-09-13, målnummer 10158–18
Kammarrätten i Jönköping, 2023-06-12, målnummer 3530–22

v. Förvaltningsrätterna

Förvaltningsrätten i Linköping, 2018-04-13, målnummer 886–18
Förvaltningsrätten i Falun, 2021-03-17, målnummer 5333–20
Förvaltningsrätten i Linköping, 2022-10-12, målnummer 4218–11

vi. EU-domstolen

Mål C-6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66
Mål C-33/76 Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, ECLI:EU:C:1976:188
Mål C-45/76 Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen, ECLI:EU:C:1976:191
Mål C-45/87 Europeiska gemenskapernas kommission mot Irland, ECLI:EU:C:1988:435
Mål C-3/88 Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken, ECLI:EU:C:1989:606
Förenade målen C-6/90 och C-9/90 Andrea Francovich och Danila Bonifaci m.fl. mot Italienska republiken, ECLI:EU:C:1991:428
Mål C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich och Sagschrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr, ECLI:EU:C:1999:534
Mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, ECLI:EU:C:2000:529
Mål C-337/98 Europeiska kommissionen mot Franska republiken, ECLI:EU:C:2000:543
Mål C-19/00 SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo, ECLI:EU:C:2001:553
Mål C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien, ECLI:EU:C:2002:379
Mål C-470/99 Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, ECLI:EU:C:2002:746
Mål C-327/00 Santex SpA mot Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia, i närvaro av Sca Mölnlycke SpA, Artsana SpA och Fater SpA, ECLI:EU:C:2003:109

Mål C-448/01 EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich,
ECLI:EU:C:2003:651

Mål C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)
mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG),
ECLI:EU:C:2003:360.

Mål C-212/02 kommissionen mot Österrike, ECLI:EU:C:2004:386

Förenade målen C-397/01 till C-403/01 Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wil-
helm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-
400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) och
Matthias Döbele (C-403/01) mot Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband
Waldshut eV., ECLI:EU:C:2004:584

Mål C-434/02 Arnold André GmbH & Co. KG mot Landrat des Kreises
Herford, ECLI:EU:C:2004:800

Mål C-210/03 The Queen, on the application of: Swedish Match AB and
Swedish Match UK Ltd v Secretary of State for Health,
ECLI:EU:C:2004:802

Mål C-26/03 Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Ar-
beitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage
TREA Leuna, ECLI:EU:C:2005:5

Mål C-15/04 Koppensteiner GmbH mot Bundesimmobiliengesellschaft
mbH, ECLI:EU:C:2005:345

Mål C-241/06 Lämmerzahl GmbH mot Freie Hansestadt Bremen,
ECLI:EU:C:2007:597.

Mål C-507/03 Europeiska kommissionen mot Irland, ECLI:EU:C:2007:676

Mål C-100/12 Fastweb SpA mot Azienda Sanitaria Locale di Alessandria,
ECLI:EU:C:2013:448

Mål C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA (PFE) mot Airgest SpA,
ECLI:EU:C:2016:199

Mål C-413/15 Elaine Farrell mot Alan Whitty m.fl., ECLI:EU:C:2017:745