



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jacob Nilsson

Preklusionsfrist i mål om offentlig
upphandling
- En juridisk och rättsekonomisk studie

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: period 1 HT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	1
1.1 Bakgrund	1
1.2 Syfte och frågeställningar	2
1.3 Metod och perspektiv	3
1.3.1 Inledning	3
1.3.2 Metod	3
1.3.3 Perspektiv	4
1.4 Material och avgränsningar	5
1.4.1 Material	5
1.4.2 Avgränsningar	5
1.5 Forskningsläge	7
1.6 Terminologi	8
1.7 Disposition	9
2 GRUNDLÄGGANDE EU-RÄTT FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING	10
2.1 Inledning	10
2.2 EU-rättens genomslag	10
2.3 Upphandlingsregleringen inom EU	12
2.4 Rättsskyddsprincipen	13
2.5 Rättsmedelsdirektivet	14
3 ÖVERPRÖVNING ENLIGT SVENSK RÄTT	16
3.1 Inledning	16
3.2 Särskilt om förvaltningsprocessrätt	16
3.3 Processramen	17

3.4	Överpröva beslut	17
3.5	Ansökan om överprövning	18
3.6	Skada	19
3.7	I rätt tid	19
3.8	Förvaltningsrättslig praxis	20
3.9	Sammanfattande kommentarer	21
4	PROCESSUELL PREKLUSION VID OFFENTLIG UPPHANDLING	22
4.1	Inledning	22
4.2	Ändringsdirektivet	22
4.3	EU-domstolens praxis	23
4.3.1	Universale-Bau M.FL.	23
4.3.2	Santex SpA	23
4.3.3	Grossmann Air	24
4.3.4	Lämmerzahl	25
4.3.5	Kommissionen vs Irland	26
4.3.6	eVigilo Ltd	27
4.4	Sammanfattande kommentarer	28
5	ÖVERPRÖVNINGSUTREDNINGEN	31
5.1	Inledning	31
5.2	Ändringsdirektivet i svensk rätt	31
5.2.1	Nya rättsmedel på upphandlingsområdet	31
5.2.2	Ökad effektivitet i överprövningar	33
5.2.3	Mellanvägen	35
5.3	Sammanfattande kommentarer	38
6	TRANSAKTIONSKOSTNADER	40
6.1	Inledning	40
6.2	Rättsekonomi	40
6.2.1	Teori och ekonomiska antaganden	40
6.2.2	Effektivitet	41
6.2.3	Aktörer	41
6.2.4	Problem	42
6.3	Gällande rätt	42
6.4	Preklusionsfrist	44
6.5	Påtalandeplikt	45
6.6	Rättsekonomisk analys	46

7 ANALYS OCH SLUTSATSER	48
7.1 Inledning	48
7.2 Processrättslig preklusion i mål om offentlig upphandling	48
7.2.1 Överprövning	48
7.2.2 Effektiva rättsmedel	50
7.3 Den ekonomiska aspekten av en preklusionsfrist	51
7.3.1 Transaktionskostnader för en preklusionsfrist	51
7.3.2 Transaktionskostnader för en påtalandeplikt	53
7.4 Avslutande kommentarer	53
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Summary

A problem in public procurement is that suppliers during the whole procurement process can retry the procurement. Current law lets a supplier complain about anything in the tender stage of the procurement until the expiry of the standstill period. A late review of the procurement may result in that the procurement needs to be redone. The problem is not only a legal problem, it can also have economic consequences for the parties in a procurement procedure. The thesis therefore examine procedural preclusion to proceedings relating to public procurement. First, the relationship between national law and European law, concerning the rules of review, are examined, Secondly, the transaction costs of entering into a contract, through public procurement, in relation to the rules of review, are examined. The thesis also examines the proposal of a preclusion rule made by Överprövningsutredningen.

The thesis conclusion is that the law in Sweden, concerning the rules of review, does not comply with the EU law. The lack of limitation periods for bringing proceedings leads to that a supplier throughout the procurement can review the procurement, with the risk that the procurement needs to be redone. In relation to the interpretation of Directive 89/665/EEG, made by the Court of Justice of the European Union, such circumstances undermine the requirement of effectiveness under Directive 89/665/EEG. Suppliers right to an effective review therefore can not be regarded as fulfilled. The proposal of a preclusion rule only partially heal the shortage in the national implementation of EU law. The proposal imposes no requirement of effective review, it only prevents suppliers from being able to retry the procurement during the entire procurement process. Therefore the applicable law or the proposal, on the implementation of Directive 89/665/EEG, can not be considered to comply with EU law. From an economic perspective, the rules of review, can be criticized for not maximize the benefit of taxes or reduce the transaction costs for the parties. The rules of review can increase or decrease the economic effects of public procurement. In the light of EU law, it is desirable to pass a law, concerning a preclusion rule, that requires an effective review. Even from an economic perspective, such a law is desirable.

Sammanfattning

Ett problem vid offentlig upphandling är att leverantörerna under hela upphandlingsprocessen kan överpröva upphandlingen. En leverantör kan således enligt gällande rätt klaga på något i anbudsskedet fram till och med utgången av den frist som följer av avtalsspärren. En sen överprövning av ett tidigt fel i upphandlingen riskerar att leda till att upphandlingen behöver göras om. Problemet är inte endast ett juridiskt problem utan kan även få ekonomiska konsekvenser för parterna i ett upphandlingsförfarande. Uppsatsen utreder därför frågan om en processuell preklusionsfrist i mål om offentlig upphandling. För frågan undersöks dels förhållandet mellan den nationella rätten och EU-rätten, dels transaktionskostnaderna för att tilldela ett kontrakt i förhållande till överprövningsreglerna. Utredningen undersöker även förslaget om en ”mellanväg” som Överprövningsutredningen har lagt fram för frågan om en preklusionsfrist.

Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden och den bakomliggande EU-rätten kan gällande rätt ifrågasättas. Uppsatsens slutsats är att gällande rätt för överprövning inte överensstämmer med EU-rätten på området. Avsaknaden av en preklusionsregel i den nationella rätten leder till att en leverantör under hela upphandlingsprocessen kan överpröva upphandlingen med risk för att upphandlingen behöver göras om. I förhållande till EU-domstolens uttalanden om hur direktiv 89/665/EEG ska tolkas riskerar ett sådant förhållande äventyra rätten till en effektiv och skyndsam domstolsprövning. Leverantörernas rätt till en effektiv och skyndsam prövning kan därför inte anses vara uppfylld. Förslaget om en mellanväg, för frågan om en preklusionsfrist, läker endast delvis bristen i det nationella genomförandet av EU-rätten. Förslaget uppställer inget krav på skyndsam domstolsprövning, utan förhindrar endast leverantörerna från att kunna överpröva en upphandling under hela upphandlingsprocessen. Således harmonierar inte gällande rätt eller förslaget om genomförande av rättsmedelsdirektivet med EU-rätten. Ur ett samhällsekonomiskt perspektiv kan även gällande rätt för överprövning klandras för att inte uppställa regler som maximerar nyttan av skattemedel eller minskar transaktionskostnaderna för parterna. Utformningen på överprövningsreglerna kan därför öka eller minska den samhällsekonomiska effekten av offentlig upphandling. Mot bakgrund av EU-rätten är det eftersträvänsvärt att införa en preklusionsregel som förutsätter en skyndsam domstolsprövning. Även ur ett samhällsekonomiskt perspektiv är ett sådant införande önskvärt.

Förord

Först och främst vill jag rikta ett stort tack till min handledare Henrik Norinder för hans synpunkter och stöttning under processens gång med uppsatsen.

Även Johannes Ek och Hampus Olsson förtjänar att tackas för deras korrekturläsning och synpunkter på arbetet. Sist men inte minst vill jag även rikta ett tack till min trolovade Annaeva Wiklund för att du har stöttat mig och sett till att pauserna under arbetets gång har förgyllts av dig och vår dotter.

Lund, den 7 januari 2016

Jacob Nilsson

Förkortningar

Direktiv 89/665/EEG	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
Direktiv 2004/18/EG	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
Direktiv 2007/66/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
Dir.	Kommittédirektiv
EUF	EU-fördraget
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen

LOU	Lag (2007:1092) om offentlig upphandling
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den leverantör som vill klaga på och få en upphandling överprövad i Sverige har rätt till effektiva rättsmedel enligt EU-rätten. Enligt det så kallade rättsmedelsdirektivet¹ ska varje medlemsstat inom EU vidta åtgärder för att överprövning av offentlig upphandling dels ska ske effektivt, dels ske så skyndsamt så möjligt.

En leverantör kan under hela upphandlingsprocessen angripa upphandlingen och kan exempelvis klaga på något i anbudsskedet sent i upphandlingsprocessen. Den klagande leverantören kan antingen rikta in sin talan på att överpröva upphandlingen eller till att överpröva det tilldelade kontraktets giltighet. Överprövningen kan därefter leda till att domstolen antingen förordnar att upphandlingen ska rättas eller göras om, alternativt förklara avtalet ogiltigt.²

När en upphandling överprövas avstannar upphandlingsprocessen och för både den upphandlande myndigheten och leverantörerna som ingår i upphandlingen betyder det att ingen på förhand kan avgöra när eller om ett undertecknande av kontraktet kommer att ske. För parterna medför tidsåtgången och den osäkra utgången av upphandlingen merkostnader på grund av överprövningen.³ En leverantör kan till exempel med kort varsel behöva förplikta sig att leverera upphandlingsföremålet. I väntan på en tilldelning av kontraktet kan leverantörerna även behöva binda upp arbetskraft som står sysslolösa under tiden överprövningen fortgår. För den upphandlande myndigheten är det största problemet överprövningar av fel i förfrågningsunderlaget där ansökan om överprövning kommer in sent.⁴ Till exempel kan en leverantör klaga på fel i förfrågningsunderlaget efter det att ett tilldelningsbeslut gjorts. För den upphandlande myndigheten riskerar överprövningen att leda till att hela upphandlingen kostsamt behöver göras om.

På grund av att en upphandling under hela upphandlingsprocessen kan överprövas är frågan om leverantörs talerätt därför av ekonomisk och praktisk betydelse för parterna i processen. Ett tidigt påpekande av ett fel i förfrågningsunderlaget hade kunnat rättas av den upphandlande myndigheten utan att det leder till att upphandlingen behöver överprövas.

EU-domstolen har i ett avgörande uttalat att en nationell regel om preklusion är ett sätt att säkerställa en sanktionsåtgärd som stämmer överens

¹ Se Direktiv 2007/66/EG, art. 1, 3 st.

² 16 kap. 6-7 §§ LOU.

³ Konkurrensverket 2009:4, s. 66 f, och Konkurrensverket 2013:5, s. 12.

⁴ Se Trafikverkets exempel i Konkurrensverket 2013:5, s. 14.

med direktivets mål.⁵ En nationell regel, som har införts för att medlemsstaten ska uppfylla EU-rättens krav på effektiva rättsmedel, men som inskränker talerätten vid överprövning av offentlig upphandling, utgör således inget hinder. Frågan har därefter tagits upp på nytt av EU-domstolen som kommit med ytterligare vägledning. Domstolen har bland annat uttalat att målen med rättsmedelsdirektivet skulle äventyras i de fall en leverantör kan åberopa fel under hela upphandlingsprocessen, med risk för att hela upphandlingen behöver göras om för att rätta felet.⁶

Mot bakgrund av rättsmedelsdirektivet och EU-rättens genomslag i nationell rätt är därför frågan om leverantörs talerätt och huruvida denna kan inskränkas på grund av preklusion aktuell. Frågan är även av intresse då föreliggande utredning, den så kallade överprövningsutredningen⁷, nyligen kom med sina förslag.⁸

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med föreliggande uppsats är att utreda huruvida en leverantörs talerätt vid överprövning av offentlig upphandling kan begränsas genom processuella regler och i så fall hur. Uppsatsen ämnar därför utreda förekomsten av så kallade preklusionsfrister i upphandlingsregelverket genom att studera gällande rätt, de lege lata⁹. Preklusionsfrist är en preciserad tidsfrist för vissa beslut inom vilken en ansökan om överprövning måste vara gjord för att inte avvisas av domstol. Uppsatsen syftar även till att dels utreda hur gällande rätt stämmer överens med rätten till en effektiv och skyndsamt domstolsprövning enligt EU-rätten, dels utreda vilka transaktionskostnader gällande rätt har för parterna i upphandlingsprocessen.

Syftet kommer att avgränsas genom frågeställningar. Uppsatsen ämnar därför besvara följande frågor:

- Skulle en leverantörs talan i mål om offentlig upphandling kunna inskränkas av en processrättslig preklusionsfrist?
- Hur förhåller sig gällande rätt, till frågan om preklusion, till rätten till effektiva rättsmedel enligt EU-rätten?

Underliggande frågor som aktualiseras är:

⁵ Mål C-470/99, *Universale-Bau*, p. 78.

⁶ Mål C-538/13, *eVigilo*, p. 51.

⁷ SOU 2015:12, Överprövning av upphandlingsmål m.m.

⁸ Se SOU 2015:12, s. 154 ff.

⁹ Andersson, m.fl., s. 40.

- Hur fördelar sig transaktionskostnaderna på parterna i upphandlingsprocessen i förhållande till förekomsten eller avsaknaden av en preklusionsfrist?
- Vilken effekt skulle Överprövningsutredningens förslag om en ”mellanväg”, för en regel om preklusionsfrist, få på transaktionskostnaderna?

Frågeställningarna kommer dels löpande att besvaras i uppsatsens analyserande delar, dels sammanfattningsvis att besvaras i sin helhet i det avslutande analysavsnittet. Det slutliga besvarandet av frågeställningarna kommer även att knytas till en avslutande kommentar om hur gällande rätt kan utformas utifrån svaret på frågeställningarna.

1.3 Metod och perspektiv

1.3.1 Inledning

Som utgångspunkt för framställningen av uppsatsen är den rättsdogmatiska metoden vald. Upphandlingsreglerna har dock sitt ursprung i EU-rätten varför även den EU-rättsliga metoden aktualiseras. Avslutningsvis kommer även ett rättsekonomiskt perspektiv att anläggas. Uppsatsens framställning kommer i huvudsak att vila på de rättsdogmatiska och EU-rättsliga metoderna, där den EU-rättsliga metoden kommer att vara mer framträdande. Det rättsekonomiska perspektivet är ett komplement till nämnda metoder.

1.3.2 Metod

Den rättsdogmatiska metoden kommer att användas som en juridisk metod för att besvara frågeställningarna. Rättsdogmatiken används för att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt.¹⁰ Utgångspunkten för den rättsdogmatiska metoden är en användning av de principer som gäller för allmänt accepterade rättskällor.¹¹ Metoden har alltså till syfte för uppsatsen att utröna gällande rätt genom en tillämpning av rättskällorna. I det här fallet lag, förarbeten, praxis och doktrin.¹²

Kritiken mot den rättsdogmatiska metoden är bland annat att den enbart skulle hänge sig åt att studera auktoritativt material och är därav inte lämplig för att studera de verkliga effekterna av gällande rätt. Ytterligare kritik hänför sig till problematiken med att metoden enbart tar hänsyn till gällande rätt och att lagförslag därför faller utanför den rättsdogmatiska behandlingen. Lösningen på problemen som föranleds av metoden kan

¹⁰ Olsen, SvJT 2004, s. 111.

¹¹ Kleineman, J, s. 21.

¹² Jareborg, SvJT 2004, s. 8.

avhjälpas genom att tillämparen intar ett pluralistiskt förhållningssätt.¹³ Uppsatsen kommer därför komplettera den rättsdogmatiska framställningen med att tillämpa den EU-rättsliga metoden och ett rättsekonomiskt perspektiv.

Den EU-rättsliga metoden har sin grund i att tolka de EU-rättsliga källorna utifrån dess ändamål och syfte. Ändamålstolkningen, eller den så kallade teleologiska tolkningen, emanerar ur EU-domstolens tillvägagångssätt och praxis.¹⁴ Uppsatsen kommer därför i berörda delar att behandla och tolka de bestämmelser, rättsprinciper, direktiv och praxis föranledda av EU-rätten utifrån de EU-rättsliga reglernas syfte gällande offentlig upphandling.

1.3.3 Perspektiv

För att dels komma tillrätta med den rättsdogmatiska metodens svagheter, dels kunna granska hur bestämmelserna för en preklusionsfrist är behäftade med transaktionskostnader, för parterna i upphandlingsprocessen, har ett rättsekonomiskt perspektiv valts. Perspektivet skulle kunna integreras i den juridiska framställningen av frågeställningarna. För att tydliggöra den ekonomiska dimensionen på problemet kommer den rättsekonomiska delen därför till att behandlas under ett separat kapitel. Den samlade analysen, som följer av dels den juridiska utredningen, dels den rättsekonomiska utredningen, presenteras således först i det avslutande kapitlet.

Ämnet rättsekonomi handlar om att förstå rättens roll i samhällsekonomin och går ut på att granska juridiken med hjälp av ekonomiska verktyg. Ett rättsekonomiskt perspektiv studerar därför rättens roll i samhällsekonomin genom hur rättsliga bestämmelser påverkar densamma.¹⁵

Den kritik som förts fram mot rättsekonomi grundar sig i att perspektivet baseras på förenklade modeller som ligger till grund för slutsatserna. Kritikerna menar att modellerna förenklar verkligheten för mycket. Rättsekonomins styrka är å andra sidan just de förenklade modellerna. Genom en förenkling av verkligheten kan modellerna skapa en kontrollerbar och överskådlig bild av det som studeras.¹⁶

Perspektivet syftar till att tydliggöra den ekonomiska dimensionen av hur lagstiftningen utformas. Genom att applicera ett rättsekonomiskt perspektiv och analysera transaktionskostnaderna möjliggörs en undersökning av ytterligare argument för hur svensk lagstiftning kan utformas. Perspektivet kommer till att utgöra en av flera argumentationsgrunder för hur gällande rätt bör se ut.

¹³ Olsen, Lena, SvJT 2004, s. 117.

¹⁴ Reichel, J, s. 109 ff.

¹⁵ Dahlman, m.fl., s. 9 f.

¹⁶ A.a. s. 212.

1.4 Material och avgränsningar

1.4.1 Material

Det material som aktualiseras utgår först och främst ifrån valda metoder för framställningen av uppsatsen. De traditionella rättskällorna lag, förarbeten, praxis och doktrin enligt den rättsdogmatiska metoden kommer att användas som underlag i uppsatsen. De källor som följer av den EU-rättsliga metoden kommer därför också att användas. Direktivtext kommer att utgöra grunden och byggas på med de rättsprinciper och praxis från EU-domstolen som aktualiseras för att kunna svara på frågeställningarna. I den mån bestämmelser från stadgan eller fördragen behövs som ett led i att svara på frågeställningarna kommer dessa att refereras till.

Mål om offentlig upphandling handläggs i förvaltningsdomstol där Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) utgör högsta och prejudicerande instans. I brist på prövningstillstånd och avgöranden gällande upphandlingsmål från HFD används därför avgöranden från kammarrätterna ofta som prejudikat.¹⁷ I de fall där avgörande från HFD saknas kommer därför avgöranden från kammarrätterna att utgöra underlag för resonemang. Avgöranden från förvaltningsrätterna kommer att hänvisas till men inte som en avgörande del av några slutsatser.

För det rättsekonomiska perspektivet kommer faktaunderlag i form av studier och statistik framtaget av Konkurrensverket att användas som ett komplement till ovan nämnda material.

För att fördjupa bilden av ämnet och frågeställningarna kommer remissvar på hänvisat material tillsammans med artiklar också att utgöra underlag i uppsatsen.

1.4.2 Avgränsningar

Uppsatsens frågeställningar förhåller sig till ett problem som i övervägande fall hänför sig till upphandling enligt *lag (2007:1091) om offentlig upphandling* (LOU), eller upphandling i den så kallade klassiska sektorn.¹⁸ Därför kommer det i uppsatsen enbart att refereras till lagrum i LOU och de källor som aktualiseras därav. Andra lagrum kommer endast att behandlas i uppsatsen om dessa är till hjälp för tolkningen av LOU. Även om de andra upphandlingslagarna med bakomliggande direktiv uppvisar likheter med regleringen för den klassiska sektorn kommer dessa inte att behandlas i uppsatsen. Således kommer det inte att redogöras för *lag (2007:1092) om*

¹⁷ SOU 2013:12, s. 349 f.

¹⁸ Jfr. Syftet med Konkurrensverket 2014:8, s. 8.

upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet eller lag (2008:962) om valfrihetssystem.

Uppsatsen förhåller sig till gällande rätt och utgår därför ifrån direktiv 2004/18/EG och direktiv 89/665/EEG. Eftersom överprövningsinstitutet regleras i det för offentlig upphandling separata rättsmedelsdirektivet kommer således ingen materiell genomgång av direktiv 2004/18/EG eller direktiv 2014/24/EU att göras. Förutom nämnda upphandlingsinstrument kommer de bestämmelser och principer i EU-fördraget och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt som är nödvändiga för framställningen kort att redogöras för. Även andra internationella instrument kan komma att hänvisas till, men inte redogöras för.

Läsaren förutsätts vara insatt i de upphandlingsrättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU och förutsätts även ha sådan kunskap om ämnet offentlig upphandling att någon ingående presentation av ämnet inte behöver göras. Därför kommer inte någon historisk tillbakablick för den svenska lagstiftningen att redogöras för eller behandlas i uppsatsen. För att bättre kunna framställa frågan om en preklusionsfrist kommer däremot de tidigare och nuvarande ställningstagandena, under lagstiftningsprocessen, gällande en preklusionsfrist att redogöras för. Inte heller EU-rättsligt kommer någon historisk redogörelse för upphandlingsreglerna att göras.

Processrättslig preklusion kommer bara till att undersökas i förhållande till mål om överprövning av offentlig upphandling. Andra preklusionsregler härrörande från andra rättsområden kommer således inte att behandlas. Redogörelsen för frågan om en preklusionsfrist tar sikte på den prövning som sker i första instans, det vill säga i förvaltningsrätt. Således kommer frågan om preklusionsfrist inte att behandlas i förhållande till överrätterna, det vill säga kammarrätterna och HFD, och den eventuella effekt en sådan regel skulle få i dessa instanser. Överprövningsinstitutet vid offentlig upphandling kommer därför att redogöras för och framställas enbart i förhållande till frågan gällande en preklusionsfrist. Rättsmedlet överprövning av avtals giltighet kommer bara till att nämnas i förhållande till överprövning av upphandling då detta inte har betydelse för uppsatsens frågeställningar. Upphandlingsskadeavgift kommer därför inte heller att behandlas. Däremot kan rättsmedlet skadestånd redogöras för i den mån det skulle påverka den rättsekonomiska analysen, men förutsätter då att ingen materiell framställning behöver göras.

Utöver uppsatsens offentlighetsrättsliga karaktär har utredningen en ekonomisk aspekt. Den rättsekonomiska utredningen och analysen tar sikte på de transaktionskostnader som uppstår för att möjliggöra en tilldelning av ett upphandlat kontrakt. Enligt rättsekonomisk teori föreligger det alltid transaktionskostnader och andra hinder som försvårar transaktioner. I den rättsekonomiska analysen används transaktionskostnader för att förklara

olika bestämmelser.¹⁹ Därför kommer den rättsekonomiska utredningen och analysen enbart att förhålla sig till parternas transaktionskostnader för tilldelning av ett kontrakt vid offentlig upphandling.

1.5 Forskningsläge

Offentlig upphandling som ämne är ett relativt outforskat område och omfattningen på den forskningen som är gjord är i hög grad begränsad. Den juridiska forskningen inom offentlig upphandling utgör i sin tur enbart en liten del av den samlade bilden.²⁰ Andrea Sundstrand och Åsa Örnberg är de två personer som hitintills har doktorerat i ämnet. Sundstrand med avhandlingen ”*Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*” och Örnberg med avhandlingen ”*Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*”.

På lägre akademisk nivå återfinns en uppsjö av uppsatser inom ämnet. Värt att nämnas är Peter Riigas masteruppsats ”*Negativt berörd? Om talerätt för vinnande leverantör vid mål om överprövning av offentlig upphandling*”. Föreliggande uppsats tangerar ämnesmässigt Riigas uppsats.²¹

För att stimulera forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet har Rådet för forskningsfrågor knutits till Konkurrensverket.²² Genom att Konkurrensverket fördelar forskningsbidrag från en särskild budget bidrar myndigheten till forskning på upphandlingsområdet.

För den intresserade behandlas ämnet offentlig upphandling dels i litteraturen, dels i form av artiklar, debattinlägg och krönikor i ett antal tidskrifter. Litteraturen består bland annat av Bergman, m.fl.: ”*Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*”, Pedersen: ”*Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*”, Sundstrand: ”*Offentlig upphandling – en introduktion*” och Forsberg: ”*Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*”. För överprövningsinstitutet vid offentlig upphandling finns även Asplund, m.fl.: ”*Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*”. Tidskrifter som rör ämnet är bland annat Europarättslig tidskrift, Förvaltningsrättslig tidskrift, Upphandlingsrättslig tidskrift samt Public Procurement Law Review. Även de helt eller delvis elektroniska tidskrifterna JP-infonet, Offentliga affärer och Upphandling24 behandlar ämnet.

¹⁹ Skogh & Lane, s. 58 f.

²⁰ SOU 2013:12, s. 205 f.

²¹ Jfr. avsnitt 1.4.2.

²² Se Konkurrensverket, Rådet för forskningsfrågor (2/1 2016):

<http://www.konkurrensverket.se/forskning/radet-for-forskningsfragor/>

För den praktiskt verksamma personen återfinns därutöver lagkommentarer²³ till upphandlingslagstiftningen och vägledningar²⁴ i ämnet. Även den nyinrättade Upphandlingsmyndigheten²⁵ har i uppdrag att stötta och ge upphandlingsstöd till de offentliga verksamheterna. Myndigheten stöttar, på uppdrag av regeringen, upphandlare och inköpare genom bland annat vägledning och ska verka för en rättssäker, effektiv och hållbar offentlig upphandling.²⁶

Frågeställningarna som är uppställda under avsnitt 1.2 har enligt författarens vetenskap varken behandlats tidigare i någon akademisk framställning eller i doktrinen. Det är därför författarens förhoppning att föreliggande uppsats därför kommer till att bidra dels till besvarandet av dessa frågor, dels till att tydliggöra relevanta delar av ämnet offentlig upphandling.

1.6 Terminologi

Utredningen utgår från LOU och kommer därför till att använda den terminologi som följer av lagstiftningen. Begrepp som ”offentlig upphandling”, ”upphandlande myndighet” och ”leverantör” kommer till att användas i uppsatsens olika delar.²⁷ Likaså kommer begreppet ”överprövning” till att användas och syftar då på rättsmedlet *överprövning av upphandling* som regleras i 16 kap. LOU. Enligt Överprövningsutredningens förslag om en mellanväg har det för uppsatsen valts begreppet ”påtalandeplikt” som beskrivning och definition av detta förslag.

Uppsatsens rättsekonomiska framställning bygger på begreppet ”transaktionskostnader”. Transaktionskostnader är samma sak som utgifter och nedlagd tid, men även de besvär som kan uppstå för att få till stånd en affär. I detta fall de kostnader som parterna ådrar sig för att kunna sluta ett avtal genom ett upphandlat kontrakt. Därför har även ett antal begrepp valts för att tydliggöra olika kostnader. Begreppen ”upphandlingskostnad”, ”anbudskostnad”, ”processkostnad” och ”juridisk kostnad” kommer på grund av detta att användas i de rättsekonomiska avsnitten. Upphandlingskostnad syftar på de kostnader den upphandlande myndigheten har för att genomföra upphandlingen, såsom kostnader för upprättande av annons och förfrågningsunderlag, utvärdering av anbud och innefattar därför också kostnaden för den kompetens som krävs för detta.

²³ Se Andersson, Rosén, Helena, m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar. 2013, Norstedts Juridik, och Falk, Jan-Erik, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagan, 2014, Jure förlag.

²⁴ Exempelvis: Vägledning från Konkurrensverket 1 (2015). Är inköpen av samma slag? Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet vid direktupphandlingar av samma slag.

²⁵ Ny myndighet för upphandlingsfrågor sedan 1 september 2015.

²⁶ Se Upphandlingsmyndigheten, uppgifter (2/1 2016).

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/uppgifter/>.

²⁷ Jfr. de allmänna definitionerna i 2 kap. LOU.

Anbudskostnad är den kostnad leverantörerna har för att upprätta och lämna anbud i en upphandling och innefattar därutöver dels kostnaden för att uppfylla formkraven, dels kostnaden för att uppfylla leverantörskraven i upphandlingen. Processkostnad är den kostnad som både den upphandlande myndigheten och leverantörerna får vid en överprövning av upphandling. Kostnaden syftar på de kostnader som följer av själva överprövningsprocessen i domstolen och inkluderar ombudskostnaden. Den juridiska kostnaden syftar på ombudskostnaden för kontroll av förfrågningsunderlaget och härför sig således till leverantörerna.

1.7 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i sju kapitel. Inledningsvis redogörs för den bakomliggande EU-rättsliga upphandlingsregleringen i kapitel två. Kapitlet behandlar EU-rättens genomslag i de nationella rättssystemen och de EU-rättsliga bestämmelserna för offentlig upphandling som rör uppsatsens frågeställningar. Kapitlet fungerar således som utgångspunkt för den fortsatta utredningen av frågeställningarna. I kapitel tre beskrivs de förvaltningsprocessrättsliga och upphandlingsrättsliga bestämmelserna för överprövning av offentlig upphandling i Sverige. Den EU-rättsliga regleringen för en preklusionsfrist i dels rättsmedelsdirektivet, dels i domstolspraxis behandlas därefter i kapitel fyra. I kapitel fem redogörs det för de ställningstaganden som gjorts gällande införandet av en preklusionsfrist i upphandlingslagstiftningen tillsammans med Överprövningsutredningens förslag om en preklusionsfrist. Den rättsekonomiska analysen av transaktionskostnader, i förhållande till frågan om preklusionsfrist, behandlas i kapitel sex. Avslutningsvis redogör kapitel sju dels för besvarandet av frågeställningarna, dels för en avslutande kommentar av den utredning som gjorts i kapitel två-sex.

2 Grundläggande EU-rätt för offentlig upphandling

2.1 Inledning

I detta för utredningen inledande kapitel redogörs för dels EU-rättens förhållande till den nationella rätten, dels den bakomliggande EU-rätten för offentlig upphandling. Kapitlet är tänkt att fungera som utgångspunkt för den fortsatta framställningen i kommande kapitel.

2.2 EU-rättens genomslag

EU-rätten ska utan att några åtgärder behöver vidtas vara tillämplig i medlemsstaterna och ska fungera som en del av den nationella rättstillämpningen. Domstolar och myndigheter är därför bundna av EU-rätten och måste tillämpa EU-rättens bestämmelser.²⁸ Genom 10 kap. 6 § *Regeringsformen* har Sverige överlåtit en del av sin lagstiftningskompetens till EU. Skulle nationella regler stå i strid med EU-rättsliga bestämmelser uppkommer därför frågan om vilken rättsordning som ska tillämpas. EU-domstolen löste frågan först i målet *Costa mot ENEL*²⁹ och presenterade principen om EU-rättens företräde framför nationell rätt. *Företrädesprincipen* återfinns numera kodifierad i art. 288 FEUF. EU-rätten ska således inte kunna variera mellan medlemsstaterna och nationell lagstiftning ska inte kunna åsidosätta de EU-rättsliga bestämmelserna.³⁰ För tolkning av EU-rätten är EU-domstolen suverän som sista instans.³¹ Domstolen har frekvent hänvisat till rättssäkerhetsprincipen³² och menat att rättstillämpningen måste vara förutsägbar.³³

EU-rätten kan ha *direkt effekt*³⁴ i medlemsstaterna. Därav följer att vissa av EU-rättens bestämmelser kan ålägga fysiska och juridiska personer rättigheter och skyldigheter.³⁵ Det spelar ingen roll var bestämmelsen har sitt ursprung så länge den uppställer en rättsligt bindande förpliktelse och rättighet, men härrör från någon av de EU-rättsliga aktörerna.³⁶ Bestämmelsen

²⁸ Bernitz, m.fl. s. 75.

²⁹ Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, se även mål 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* och mål 106/77, *Simmenthal*.

³⁰ Bernitz & Kjellgren, s. 101.

³¹ Jfr. Bernitz & Kjellgren, s. 181.

³² Rättssäkerhetsprincipen är en övergripande princip som innefattar bl.a. *förbudet mot retroaktiv lagstiftning, processuella rättssäkerhetsgarantier och rätten till försvar*. För en mer omfattande redogörelse se Bernitz & Kjellgren, s. 138 ff.

³³ Bernitz & Kjellgren, s. 161.

³⁴ Direkt effekt fastställdes för första gången av EU-domstolen i mål 26/62 *van Gend en Loos*.

³⁵ Bernitz, m.fl. s. 75.

³⁶ Jfr. art. 288 FEUF.

måste därutöver vara ovillkorlig, ha en klar och precis innebörd och övergångsperioden för införlivandet av rättsakten måste gått till ända.³⁷

Enligt principen om *indirekt effekt*³⁸ är nationella myndigheter och domstolar skyldiga att tolka nationell lagstiftning i ljuset av de EU-rättsliga bestämmelserna oavsett om dessa har direkt effekt eller ej.³⁹ Enligt EU-domstolen har indirekt effekt den verkan på nationell rätt att inte bara de bestämmelser som följer av direktiven ska tolkas direktivkonformt utan alla bestämmelser i den nationella rätten kan bli föremål för tolkning.⁴⁰ Nationell rätt ska därför tolkas dels utifrån de på området gällande direktiven, dels utifrån andra relevanta EU-rättsliga bestämmelser enligt en EU-rättskonform tolkning.⁴¹ I ett avgörande från Kammarrätten i Jönköping⁴² har domstolen tolkat nuvarande lagstiftning, som baseras på direktiv 2004/18/EG, i ljuset av det senare men ännu inte genomförda direktiv 2014/24/EU.⁴³ Tolkningsförfarandet har framställts som att domstolen gör en direktivkonform tolkning av gällande rätt i ljuset av det senaste upphandlingsdirektivet.⁴⁴ Ett sådant förhållningssätt har dock kritiserats. Av domen framgår det att domstolens tolkning bygger på det senare upphandlingsdirektivet i en del som uttrycker ett stadgande av tidigare domstolspraxis rörande nu gällande direktiv.⁴⁵ Således handlar tolkningsförfarandet inte om en direktivkonform tolkning, utan om tillämpningen av ett tolkningsverktyg för att bättre förstå gällande rätt.⁴⁶

Av art. 4.3 FEU följer *lojalitetsprincipen*. Enligt artikeln innebär principen att varje medlemsstat ska vidta alla lämpliga åtgärder för att uppfylla sitt åtagande enligt fördragen eller sekundärrätten. Vidare måste medlemsstaterna dels hjälpa unionen att fullgöra sina uppgifter, dels avstå från åtgärder som kan äventyra unionens mål. Slutligen måste medlemsstaterna bistå och respektera andra medlemsstater när dessa fullgör de åtaganden som följer av fördraget. Medlemsstaterna har därför en skyldighet att säkerställa dels att inhemska organ agerar i överensstämmelse med EU-rätten, dels att de nationella bestämmelserna anpassas till densamma.⁴⁷

Den nationella lagstiftningen får enligt *rättskyddsprincipen*⁴⁸ inte åsidosätta rätten till effektiva rättsmedel. Principen innebär att nationell lagstiftning måste tillämpas så att dels EU-rättens genomslag säkerställs, dels

³⁷ Bernitz & Kjellgren, s. 113.

³⁸ Även kallad *direktivkonform tolkning*, se Asplund m.fl. s. 27, eller *Colson-principen*, efter EU-domstolens avgörande i mål 14/83, Von Colson.

³⁹ Bernitz & Kjellgren, s. 123 f.

⁴⁰ Se mål C-131/97, *Carbonari*, p. 48, och mål C-76/97, *Tögel*, p. 25.

⁴¹ Bernitz & Kjellgren, s. 125.

⁴² Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2856-14.

⁴³ Se avsnitt 2.3.

⁴⁴ Piper & Näslund, *Offentliga Affärer* 2015, s. 35.

⁴⁵ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2856-14, s. 6.

⁴⁶ Olsson, E, Får vi börja nu? Om att använda ny lag för att tolka gammal – analys, jpinfonet.

⁴⁷ Bernitz & Kjellgren, s. 46.

⁴⁸ För en mer ingående redogörelse av principen se avsnitt 3.4.

tillhandahåller de rättsmedel som krävs för ett effektivt domstolsskydd inom EU-rättens områden.⁴⁹

Sammanfattningsvis innebär företrädesprincipen, principerna om direkt och indirekt effekt och rättsskyddsprincipen tillsammans med lojalitetsprincipen att medlemsstaterna måste säkerställa att de EU-rättsliga bestämmelserna får fullt genomslag nationellt och verkan i domstol och hos myndigheter.

2.3 Upphandlingsregleringen inom EU

De svenska upphandlingsreglerna enligt LOU bygger på EU-direktiv. Direktiv ska enligt art. 288.3 FEUF implementeras i den nationella rätten och ålägger medlemsstaterna att uppnå ett visst resultat inom den nationella rättsordningen. I förhållande till förordningar är ett direktiv inte direkt tillämplbart nationellt.⁵⁰ Medlemsstaterna ska inom den tidsfrist som kopplas till genomförandet av varje direktiv implementera direktivet i den nationella rätten.⁵¹ Sverige har därför under början på 2016 en ny upphandlingslagstiftning som bör träda i kraft då direktiv 2014/24/EU senast den 18 april 2016 ska ha genomförts. En underlåtenhet att genomföra direktiv kan i sista hand leda till en fördragsbrottstalan vid EU-domstolen av kommissionen.⁵²

Den nu gällande svenska lagstiftningen baseras på direktiv 2004/18/EG och kommer i och med implementeringen av direktiv 2014/24/EU att upphävas. Den svenska lagstiftaren har valt att även reglera området för offentlig upphandling som faller utanför direktivets tröskelvärden i ljuset av direktivet.⁵³ Upphandlingsdirektivets syfte är att samordna de grundläggande EU-rättsliga principerna⁵⁴ och att tillse att offentliga upphandlingar öppnas upp för konkurrens.⁵⁵ Genom att motverka att offentliga medel används för att skapa handelshinder eller till att missgynna och diskriminera vissa leverantörer är således upphandlingsregleringens primära syfte att förverkliga EU-samarbetets mål om en inre marknad.⁵⁶ I Sverige har det även tydliggjorts att upphandlingsregleringen syftar till ”den goda affären”. Detta innebär bland annat att tillgodose det upphandlade behovet till lägsta möjliga totalkostnad, att miljö – och social hänsyn tas när det är motiverat och att innovativa lösningar ska tas tillvara på i upphandlingar.⁵⁷

⁴⁹ Bernitz & Kjellgren, s. 133.

⁵⁰ Jfr. art. 288.2, FEUF.

⁵¹ Bernitz & Kjellgren, s. 56 f.

⁵² Art. 258 FEUF.

⁵³ Se 15 kap. LOU, upphandling som inte omfattas av direktivet.

⁵⁴ Jfr. 1 kap. 9 § LOU.

⁵⁵ Skäl 2 och 4 i direktiv 2004/18/EG, och skäl 1 i direktiv 2014/24/EU.

⁵⁶ Se särskilt art. 34, 49 och 56 FEUF som reglerar den fria rörligheten för varor (art. 34) och tjänster (art. 56) och etableringsfriheten (art. 49).

⁵⁷ Se SOU 2013:12, s. 74 f.

För att garantera upphandlingsreglernas tillämpning måste varje medlemsstat säkerställa effektiva och skyndsamma rättsmedel för varje leverantör som har intresse av att få en upphandling överprövad.⁵⁸

2.4 Rättsskyddsprincipen

Av art 19.1 FEU och art 47.1 rättighetsstadgan följer att varje medlemsstat måste tillhandahålla effektiva rättsmedel inom de områden som tillhör EU-rätten. Genom denna reglering har rättsskyddsprincipen kommit till uttryck i de materiella EU-rättsliga bestämmelserna. EU-domstolen har i sina avgöranden också hänvisat till art. 6⁵⁹ och art. 13⁶⁰ EKMR och härlett principen därur. Enligt EU-domstolen följer det därför att principen går att härleda ur en för medlemsstaterna gemensam författningstradition.⁶¹ Rättsskyddsprincipen är en övergripande princip som inrymmer och samlar flera andra allmänna principer av betydelse för EU-rätten. Nedan kommer de för besvarandet av frågeställningarna aktuella principerna att behandlas.

Inom många EU-rättsliga områden föreligger ingen processuell reglering och utgångspunkten är nationell processautonomi. Medlemsstaterna ska vid genomförandet av de EU-rättsliga bestämmelserna därför tillämpa sina egna processuella regler. Rättsskyddsprincipen väger upp den nationella processautonomi genom att ställa upp två grundläggande krav på nationella rättsmedel. De nationella rättsmedlen för EU-rättens område måste enligt *likvärdighetsprincipen* inte skilja sig från hur talan eller liknande åtgärd får göras enligt nationell rätt. Stadganden i nationell rätt eller brist på bestämmelser får inte heller hindra eller försvåra utövandet av de rättigheter som följer av EU-rätten enligt *effektivitetsprincipen*.⁶² Medlemsstaterna måste därför säkerställa ett effektivt och icke-diskriminerande sätt för de enskilda att tillvarata sin rätt enligt de EU-rättsliga bestämmelserna. Effektivitetsprincipen, även kallad principen om effektiva rättsmedel, har i ett antal avgöranden slagits fast av EU-domstolen som en allmänt gällande princip.⁶³ I Sverige har rättsskyddsprincipen kommit till uttryck i Lassagårds-fallet⁶⁴ och kan därför anses utgöra en accepterad princip nationellt.

⁵⁸ Art. 1.1 och 1.3 direktiv 89/665/EEG. Se även Asplund m.fl., s. 21.

⁵⁹ Rätt till en rättvis rättegång enligt Europakonventionen.

⁶⁰ Rätt till effektiva rättsmedel vid kränkning av rättighet som följer av Europakonventionen.

⁶¹ Mål C-222/84, *Johnston*, p. 18.

⁶² Bernitz & Kjellgren, s. 133 f, se även Engström, ERT 2005:1, s. 145 f, och för likvärdighets- och effektivitetsprincipen i EU-praxis, se mål 33/76, *Rewe*, p. 5, mål C-261/95, *Palmisani*, p. 27, mål C-300/04, *Eman och Sevinger*, p. 67.

⁶³ Se mål C-222/84, *Johnston*, p. 18-19, mål C-222/86, *Heylens m.fl.*, p. 14, mål C-97/91, *Borelli*, p. 14, mål C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, p. 39, mål C-467/01, *Eribrand*, p. 61.

⁶⁴ Se RÅ 1997 ref. 65.

Gällande regleringen för offentlig upphandling föreligger dock rättsmedelsdirektivet som ålägger medlemsstaterna vissa processuella bestämmelser.⁶⁵

2.5 Rättsmedelsdirektivet

Rättsmedelsdirektivet syftar till att säkra efterlevnaden av upphandlingsdirektivets bestämmelser och framförallt tillämpningen av reglerna på ett stadium där möjliga överträdelser alltjämt kan rättas till.⁶⁶

Direktivet föreligger i en första version, direktiv 89/665/EEG, som reviderats genom ändringsdirektivet, direktiv 2007/66/EG. Med ändringsdirektivet ändrades och tillfördes rättsmedelsdirektivet bestämmelser.⁶⁷ Direktivet ska således anses gällande i sin första form med de ändringar som skett enligt ändringsdirektivet.⁶⁸

Förutom de materiella regler i den nationella rätten som direktivet föranleder är direktivets andemening att inhemska förfaranden för överprövning av myndigheters beslut gällande upphandling ska finnas. En myndighets beslut ska, om en leverantör anser att det föreligger anledning att överpröva⁶⁹, prövas effektivt och i synnerhet skyndsamt.⁷⁰ Medlemsstaterna måste även enligt direktivet garantera att de beslut som en prövning resulterar i verkligen kommer att efterlevas.⁷¹ Avsikten med direktivet är således att, genom obligatoriska och icke-obligatoriska bestämmelser⁷², säkerställa dels att en nationell prövning av beslut taget av en upphandlande myndighet kan göras, dels att denna prövning sker snabbt och effektivt. För uppsatsen är exempelvis ändringsdirektivets bestämmelser om att det för medlemsstaterna är obligatoriskt att införa en avtalsspärr⁷³, medan preklusionsfrister för andra beslut är frivilligt att införa av betydelse.⁷⁴

Med anledning av de ingående bestämmelserna i direktivet och i de svenska överprövningsreglerna skulle en tillämpning av effektivitetsprincipen antagligen inte aktualiseras. Vid överprövning föreligger således ett regelverk med bestämmelser som i jämförelse med effektivitetsprincipen har ett bättre skydd för parterna.⁷⁵ Principen borde kunna utgöra en måttstock för hur bestämmelserna till ett minimum kan tolkas och på så vis sätta ribban för överprövningens undre gräns. Bestämmelserna som följer av

⁶⁵ Direktiv 89/665/EEG.

⁶⁶ Se skältexten 2 st. ff, till direktiv 89/665/EEG och mål C-81/98, *Alcatel*, p. 33.

⁶⁷ Se avsnitt 4.2.

⁶⁸ Asplund, m.fl. s. 23.

⁶⁹ Se art. 1.3 direktiv 89/665/EEG.

⁷⁰ Art. 1.1 direktiv 89/665/EEG.

⁷¹ Art 2.7 direktiv 89/665/EEG.

⁷² Jfr. ordalydelsen av art. 2 direktiv 89/665/EEG.

⁷³ Avtalsspärr behandlas mer ingående i kapitel 3.7.

⁷⁴ Jfr. art. 2c direktiv 2007/66/EG.

⁷⁵ Asplund, m.fl. s. 33.

direktivet utesluter dock inte att principen får inverkan på andra regler, som inte följer av direktiven, men som kan aktualiseras i mål om offentlig upphandling.

3 Överprövning enligt svensk rätt

3.1 Inledning

I kapitlet behandlas den svenska regleringen för överprövning av offentlig upphandling. Kapitlet redogör för de materiella regler som aktualiseras vid överprövning nationellt. Framställningen belyser särskilt den särställning som den processrättsliga regleringen innebär för offentlig upphandling. Kapitlet utgör den första delen i den materiella utredningen som uppsatsen syftar på. Kapitlet avslutas med en sammanfattande kommentar.

3.2 Särskilt om förvaltningsprocessrätt

De processrättsliga regler som är tillämplbara i mål om offentlig upphandling återfinns i *förvaltningsprocesslagen (1971:291)* (FPL) och utgör grundstommen för överprövningsprocessen.⁷⁶ Enligt 2 § FPL har bestämmelser som avviker från FPL företräde framför densamma. Regeln bygger på ett behov av avvikande bestämmelser inom vissa områden. I många fall reglerar avvikande bestämmelser besluts överklagbarhet eller om tid för överklagande. Regeln aktualiserar även analog tillämpning av regler i *Rättegångsbalken* (RB) om bestämmelser helt saknas.⁷⁷ Enligt 9 § FPL är domstolsförfarandet skriftligt och processen således summarisk, endast i undantagsfall förekommer muntlig förhandling i mål om offentlig upphandling.⁷⁸ Forumregeln i LOU är i förhållande till den allmänna forumregeln i förvaltningsprocess en specialreglering⁷⁹ och 16 kap. LOU är att anse som kompletterande bestämmelser till FPL.⁸⁰ Exempelvis reglerar 16 kap. 5 § LOU hur ansökan om överprövning görs. Ansökan ska lämnas in hos förvaltningsrätten i den domkrets där den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Forumregeln behandlar till viss del även handläggningen av överprövningen. Ansökan om överprövning ska lämnas in direkt till förvaltningsrätten och inte till den upphandlande myndigheten, vilket följer av 6a § FPL om inte LOU hade reglerat ansökningsförfarandet. Enligt principen om indirekt effekt kan FPL bli föremål för direktivkonform tolkning om någon av bestämmelserna i regleringen skulle kunna stå i strid med genomförandet av det bakomliggande rättsmedelsdirektivet.⁸¹

⁷⁶ Asplund, m.fl. s. 113.

⁷⁷ Wennergren & von Essen, Zeteo, kommentaren till 2 § FPL.

⁷⁸ Asplund, m.fl. s. 113.

⁷⁹ Andersson, m.fl. Zeteo, kommentar till 16 kap. 5 § LOU.

⁸⁰ Asplund, m.fl. s. 113.

⁸¹ A.a. s. 27.

3.3 Processramen

Processramen i mål om offentlig upphandling skiljer sig från huvudregeln vid mål i förvaltningsdomstol. Av 8 § FPL följer att domstolen ska utreda mål så långt dess beskaffenhet kräver. Stadgandet är ett uttryck för *officialprincipen*. Enligt HFD ska officialprincipen vid mål om offentlig upphandling tillämpas med försiktighet då denna typ av mål i princip gäller förhållanden mellan enskilda näringsidkare.⁸² Domstolen menar att denna typ av mål har en större likhet med mål där den allmänna processrätten är tillämplig och *förhandlingsprincipen*⁸³ gäller. Processramen i mål om offentlig upphandling kan därför liknas vid den i dispositiva tvistemål där parterna har ansvaret för utredningen i målet.⁸⁴ Förvaltningsdomstolen prövar som regel i mål om offentlig upphandling därför enbart de omständigheter som åberopats av part.⁸⁵

Förhandlingsprincipen vid mål om offentlig upphandling kan ha kommit att förändras enligt ett nyligen avgjort mål från HFD.⁸⁶ Avgörandet kan innebära ett mer omfattande utredningsansvar för domstolarna vid mål om offentlig upphandling. Frågan HFD behandlade rörde leverantörs rätt till att få ta del av annan anbudsgivares anbud. Avgörandet ålägger domstolarna att pröva frågan med hänvisning till deras utredningsansvar. Rimligtvis borde avgörandet inte förändra hela processramen i mål om offentlig upphandling. Avgörandet kan däremot peka på ett större utredningsansvar än i förhållande till tidigare och framförallt i förhållande till frågan om rätt att få ta del av anbud.

3.4 Överpröva beslut

En leverantör som anser att en myndighets beslut är fel gällande offentlig upphandling ska kunna ansöka om överprövning.⁸⁷ Därför kan varje agerande eller beslut som ryms inom ramen för de upphandlingsrättsliga reglernas materiella område föranleda att de kan komma att överprövas.⁸⁸ Syftet med att få ett beslut överprövat bygger på att säkerställa ett effektivt skydd för leverantörerna i de nationella upphandlingslagstiftningarna.⁸⁹ EU-domstolen har i ett avgörande uttryckt det som ”... *ansökan om överprövning kan riktas mot en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida angående ett kontrakt, som intresserade personer på*

⁸² RÅ 2009 ref. 69.

⁸³ Se Andersson, m.fl. s. 75. Jfr. även *dispositionsprincipen*, A.a. s. 44.

⁸⁴ Se 17 kap. 3 § RB.

⁸⁵ Jfr. huvudregeln vid prövning i förvaltningsdomstol. Av 29-30 §§ FPL följer att domstolen är bunden av parternas yrkanden men inte av omständigheterna, och om det är till fördel för den enskilde kan domstolen gå utöver vad som yrkats.

⁸⁶ HFD, mål nr 6331-14.

⁸⁷ Andersson, m.fl. Zeteo, kommentar till 16 kap. LOU.

⁸⁸ Asplund, m.fl. s. 176.

⁸⁹ Se Mål C-81/98, *Alcatel*, p 33 ff, mål C-324/98 *Teleaustria*, RÅ 2005 ref. 10 och RÅ 2005 ref. 62.

något sätt får kännedom om ... och [som] kan ha rättslig verkan.”⁹⁰ Domstolen har genom avgörandet tolkat och förtydligat rättsmedelsdirektivet.⁹¹ Direktivets besluts-begrepp ska även enligt domstolen tolkas extensivt⁹² och ett beslut behöver inte vara kvalificerat⁹³ för att kunna föranleda överprövning. För den leverantör som vill få en upphandling överprövad är möjligheten att hitta en grund att klaga på således stor.

3.5 Ansökan om överprövning

För den som vill klaga på och få en upphandling överprövad måste enligt 16 kap 4 § LOU uppfylla två rekvisit. För talerätt måste den klagande i lagens mening dels vara leverantör, dels anse sig ha lidit eller komma till att lida skada. I 2 kap. 11 § LOU definieras begreppet leverantör som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. Leverantörsbegreppet är formulerat brett och ska förstås som varje aktör på den marknad som upphandlingen aktualiserar och som tillhandahåller varor, tjänster eller entreprenader.⁹⁴ Huruvida skaderekvisitet är uppfyllt har lämnats till leverantören att avgöra. Om en leverantör bestämmer sig för att ansöka om överprövning föreligger således en presumtion för att skaderekvisitet är uppfyllt.⁹⁵ Med grund i den sökandes egna uppfattning är det ett subjektivt skaderekvisit. Kraven på talerätt är således lågt ställda för ansökan om överprövning av offentlig upphandling. Bestämmelsen i 16 kap. 4 § 2 st. reglerar föremålet för ansökan och rör antingen överprövning av en upphandling eller giltigheten av ett ingånget avtal.⁹⁶ Skaderekvisitet i 16 kap. 4 § ska inte förväxlas med den sakprövning som domstolen gör enligt 16 kap. 6 §.⁹⁷ Den svenska lagstiftningen ställer följaktligen inte upp några större krav på talerätt för att en leverantör ska kunna initiera en överprövningsprocess.

Partsförhållandet vid mål om offentlig upphandling består av dels den överprövande leverantören, dels den upphandlande myndigheten som motpart.⁹⁸

⁹⁰ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 39.

⁹¹ Se art. 1.1, direktiv 89/665/EEG.

⁹² Mål C-92/00, *Hospital Ingenieure*, p. 37.

⁹³ Mål C-81/98, *Alcatel*, p. 35.

⁹⁴ Andersson, m.fl. Zeteo, kommentar till 2 kap. 11 §, 1 st, LOU.

⁹⁵ Asplund, m.fl. s. 103.

⁹⁶ För överprövning av avtals giltighet se Asplund, m.fl. s. 249 ff.

⁹⁷ Se avsnitt 3.5.

⁹⁸ Asplund, m.fl. s. 81.

3.6 Skada

Vid en jämförelse med talerätt krävs det för framgång med en överprövning avsevärt mer från leverantörens sida. För att domstolen ska ingripa mot en upphandling krävs det enligt 16 kap. 6 § 1 st. LOU att den upphandlande myndigheten dels har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU⁹⁹ eller någon annan bestämmelse i LOU, dels att detta har lett till att leverantören antingen har lidit skada eller riskerar att lida skada på grund av felet. Båda rekvisiten är objektiva och skadan måste vara kopplad till det påstådda felet. Således måste det föreligga ett orsakssamband mellan felet i upphandlingen och skaderekvisitet. Enligt HFD måste den sökande leverantören visa att denna har lidit eller kan lida skada på grund av det påstådda felet.¹⁰⁰ Det är således inte tillräckligt att leverantören endast anser sig ha lidit eller kan lida skada.

Domstolen ska enligt 16 kap. 6 § 1 st. besluta att upphandlingen antingen ska göras om eller rättas ifall domstolen finner att det föreligger fel i upphandlingen samtidigt som skaderekvisitet anses uppfyllt. Om möjlighet föreligger ska den åtgärd som är minst ingripande användas.¹⁰¹ Rättelse ska således i den mån det går anses vara normalförfarandet.

3.7 I rätt tid

För att leverantören ska kunna få sin ansökan prövad i sak är det enligt FPL en förutsättning att ansökan har inkommit i rätt tid. Enligt 6 § FPL ska ett mål inte tas upp till prövning om ansökan inte har skett inom föreskriven tid. Processrättsligt föreligger således att domstolen ska avvisa en ansökan om överprövning om denna inkommit för sent. Frågan om när en ansökan kan avvisas som för sent inkommen är därför högst aktuell för svaret på frågeställningarna.

En ansökan om överprövning ska enligt 16 kap. 11 § LOU ha kommit in till förvaltningsrätten innan avtalsspärren enligt 16 kap. 1 § eller 3 § löpt ut.¹⁰² Det följer således, att när myndigheten har fattat beslut om tilldelning av kontrakt och ska meddela tilldelningen genom underrättelse¹⁰³, att en avtalsspärr¹⁰⁴ som förhindrar myndigheten att ingå avtal börjar löpa. Enligt 16 kap. 1 § löper avtalsspärren ut efter 10 dagar om underrättelsen har skickats elektroniskt.¹⁰⁵ Om underrättelse har skett på annat vis löper

⁹⁹ Läsaren förutses vara insatt i principernas betydelse.

¹⁰⁰ Se HFD 2013 ref. 53. För brist på skada jfr. mål C599/10, *SAG*.

¹⁰¹ Se Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1250-14. För fel som inte ansetts föranleda ingripande, se Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2910-08.

¹⁰² För undantag från avtalsspärren se 16 kap. 2 § LOU.

¹⁰³ Se 9 kap. 9 §, 1st eller 15 kap. 19 § LOU.

¹⁰⁴ För en tydlig bild över var i upphandlingsprocessen avtalsspärren inträder se Bergman, m.fl. s. 17.

¹⁰⁵ T.ex. per e-post.

avtalsspärren ut efter 15 dagar.¹⁰⁶ Den upphandlande myndigheten får ange en längre tidsperiod för avtalsspärren och får då inte ingå avtal innan den löpt ut.¹⁰⁷ Bestämmelsen om avtalsspärr följer av rättsmedelsdirektivet¹⁰⁸ och syftar till att ge leverantörerna dels betänketid till att besluta om att överpröva, dels frist att faktiskt överpröva upphandlingen.¹⁰⁹

Från det att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och den leverantör som har tilldelats kontraktet kan upphandlingen enligt 16 kap. 6 §, 2st inte längre överprövas.¹¹⁰ Avtalsspärren som prekluderande regel tar dock ingen hänsyn till huruvida myndigheten och den vinnande leverantören har ingått avtal direkt efter att spärren löpt ut eller ej.¹¹¹ En ansökan om överprövning måste ha inkommit till förvaltningsrätten innan dess att avtalsspärren har löpt ut för att inte avvisas.

3.8 Förvaltningsrättslig praxis

I den förvaltningsrättsliga praxisen förekommer ett fåtal avgöranden där det överhuvudtaget går att finna något om frågan om preklusionsfrist. De avgöranden som finns är till största del hänförliga till förvaltningsrätterna och behandlar aldrig frågan om preklusionsfrist från domstolens sida.¹¹² HFD har inte behandlat frågan och enbart ett Kammarrättsbeslut uttalar direkt något om en preklusionsfrist likt den som är aktuell i frågeställningarna för uppsatsen. I nämnda mål började Kammarrätten med att konstatera: ” Med preklusion i upphandlingsförfarandet menas en tidsfrist för ansökan om överprövning för de tidigare delarna i en upphandling. När tidsfristen försuttits finns inte längre möjlighet att återropa eventuella brister som grund för en senare överprövning. Någon sådan tidsfrist har inte införts i de svenska upphandlingsbestämmelserna”.¹¹³ Som förtydligande uttalade Kammarrätten också: ”EU-rättens regler om preklusion avser en tidsfrist för att hos domstol ansöka om överprövning av en tidigare del av en upphandling. Den svenska lagstiftaren har valt att inte införa en sådan regel.”¹¹⁴

Ett enkelt konstaterande är att frågan om preklusionsfrist inte har behandlats i någon större mån av förvaltningsdomstolarna. Kammarrättens uttalanden i

¹⁰⁶ 16 kap. 1 §, 2st, LOU.

¹⁰⁷ 16 kap. 1 §, 3st, LOU.

¹⁰⁸ Se art. 2.2 direktiv 2007/66/EG.

¹⁰⁹ Andersson, m.fl. Zeteo, kommentar till 16 kap. 1 § LOU.

¹¹⁰ För överprövning av avtals giltighet se 16 kap. 4 och 13 §§ LOU.

¹¹¹ Asplund, m.fl. s. 185.

¹¹² Se däremot parternas argumentation gällande preklusionsfrist i bl.a. Förvaltningsrätten i Härnösand, mål nr 517-15, Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 12140-11, Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 4149-10, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 39731-10, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 9064-14 och Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6849-12.

¹¹³ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3105-11, 3107-11, s. 3.

¹¹⁴ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3105-11, 3107-11, s. 4.

det citerade målet väcker frågan om vilket genomslag de EU-rättsliga bestämmelserna har i den nationella rätten.

3.9 Sammanfattande kommentarer

Bortsett från avtalsspärren innehåller LOU sammanfattningsvis inga preklusionsbestämmelser. Det föreligger således inga andra bestämda frister kopplade till specifika beslut som en ansökan om överprövning måste förhålla sig till. Den svenska domstolspraxisen, eller avsaknaden av avgöranden, kan rimligtvis peka på att det för frågan om preklusionsfrist föreligger konsensus om att någon preklusionsfrist inte finns att tillämpa. Föreliggande utredning för de materiella regler som utgör gällande rätt stärker den slutsatsen. I avsaknad av någon preklusionsfrist blir konsekvensen att det för leverantören är möjligt att ansöka om överprövning från det första beslutet som är överprövningsbart i upphandlingsprocessen till och med den sista dagen i avtalsspärren. För en leverantör är det därför möjligt att vänta med att påtala ett fel som denna har hittat i förfrågningsunderlaget¹¹⁵ till dess att ett tilldelningsbeslut har meddelats. Tilldelas leverantören inte kontraktet ansöker denna således om överprövning av upphandlingen på grundval av fel i förfrågningsunderlaget.

Eftersom upphandlingslagstiftningen bygger på EU-rätt är frågan om EU-rättens genomslag för frågan om en preklusionsfrist intressant. Således är det av vikt att undersöka om det föreligger någon bestämmelse som genom den EU-rättsliga tillämpningen kan aktualisera en regel om preklusionsfrist.

¹¹⁵ Se RÅ 2002 ref. 50, för överprövning av förfrågningsunderlag. För fler exempel på beslut eller ageranden som kan överprövas, se Asplund, m.fl., s. 175 ff.

4 Processuell preklusion vid offentlig upphandling

4.1 Inledning

Genom konstaterandet att gällande svensk rätt inte uppställer någon bestämmelse om preklusionsfrist följer att en genomgång av den bakomliggande EU-rätten för frågan krävs. Kapitel fyra behandlar därför dels vad rättsmedelsdirektivet stadgar, dels de EU-rättsliga domstolsavgörandena i frågan. Fokus i kapitlet är EU-domstolens avgöranden rörande bestämmelsen om preklusionsfrist. Kapitlet avslutas med en sammanfattande kommentar.

4.2 Ändringsdirektivet

Genom ändringsdirektivet¹¹⁶ fick medlemsstaterna en uttalad möjlighet att införa preklusionsfrister för beslut som inte föranleder en underrättelse likt tilldelningsbeslutet,¹¹⁷ således en sådan frist som rör tidigare beslut under upphandlingsprocessen. Bestämmelsen om preklusionsfrist hör till den reglering i ändringsdirektivet som inte är obligatorisk enligt ordalydelsen.¹¹⁸ Frågan om det således står medlemsstaterna fritt huruvida dessa vill införa en preklusionsfrist eller ej aktualiseras därför. Mot bakgrund av den praxis som utarbetats med tydliga uttalanden för en preklusionsfrist av EU-domstolen kan det tänkas medföra en nationell tillämpning genom en direktivkonform tolkning.

Ändringsdirektivet ger även medlemsstaterna möjlighet att införa regler om att den som vill överpröva ett beslut måste underrätta och lämna in ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten. Meddelandet ska innehålla det påstådda felet och att beslutet kommer till att överprövas. Vid införandet av en sådan bestämmelse får dock inte de frister som avser dels avtalsspärr, dels överprövning påverkas.¹¹⁹

Införandet av preklusionsfrister i direktivet följer av EU-domstolens praxis. I det följande kommer därför utredningen att undersöka vad relevant praxis från EU-domstolen uttalar om en preklusionsfrist.

¹¹⁶ Direktiv 2007/66/EG.

¹¹⁷ Se art. 2c direktiv 89/665/EEG. EU-domstolen har i mål C-470/99, *Universale-Bau*, tidigare uttalat att preklusionsfrister är förenliga med EU-rätten och godkänt förekomsten av en preklusionsfrist i den nationella rätten. Mer om fallet i avsnitt 4.3.1.

¹¹⁸ Jfr. avsnitt 2.5.

¹¹⁹ Art. 1.4-5 direktiv 89/665/EEG

4.3 EU-domstolens praxis

4.3.1 Universale-Bau M.FL.

I mål C-470/99, *Universale-Bau*, avhandlade EU-domstolen frågan om en preklusionsfrist på två veckor i Österrike var tillåtet.¹²⁰ Universale-Bau Ag (UB) hade ansökt om att få delta i ett selektivt upphandlingsförfarande och när dem sedan inte gick vidare i upphandlingen begärde dem överprövning av villkoren för att få delta. Som grund anförde UB dels att det selektiva förfarandet var rättsstridigt, dels att underlaget för bedömning av vilka leverantörer som skulle bjudas in inte uppfyllde principerna om insyn och spårbarhet.¹²¹ I förhållande till Österrikes lag var UB talan prekluderad då ansökan om överprövning av villkoren inkommit för sent.

Domstolens började med att konstatera: ”Ett fullständigt uppnående av målet för direktiv 89/665 skulle emellertid äventyras om anbudssökanden och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna.”¹²²

En preklusionsfrist om två veckor ansåg domstolen därför var skälig i förhållande till rättsmedelsdirektivets mål.¹²³ Domstolen utvecklade sitt resonemang och menade att det följer av rättsmedelsdirektivets effektivitetsprincip att skäliga preklusionsfrister innebär en tillämpning av rättssäkerhetsprincipen.¹²⁴ Vidare menade domstolen att en preklusionsfrist som sanktionsåtgärd kan medföra att en upphandlande myndighets fel kan påtalas och korrigeras snabbt, vilket stämmer överens med dels direktivets mål, dels rättssäkerhetsprincipen.¹²⁵

I målet tar domstolen tydligt ställning för en preklusionsfrist och uttalandena kan läsas som att en underlåtelse att införa en preklusionsfrist riskerar leda till att rättsmedelsdirektivet inte fullt ut genomförs nationellt.

4.3.2 Santex SpA

Mål C-327/00, *Santex SpA*, behandlar frågan om en nationell preklusionsfrist får tillämpas om den upphandlande myndigheten har handlat på sådant sätt att denna försvårat utövandet av de unionsrättsliga rättigheterna.¹²⁶ Santex Spa (Santex) påpekade ett fel i upphandlingen gällande en klausul i upphandlingsmedelandet för den upphandlande

¹²⁰ Jfr. mål C-470/99, p. 16.

¹²¹ A.a. p. 22-24

¹²² A.a. p. 75.

¹²³ A.a. p. 77.

¹²⁴ A.a. p. 76.

¹²⁵ A.a. p. 78.

¹²⁶ Mål C327/00, p. 48.

myndigheten.¹²⁷ Myndigheten avgav därefter i ett meddelande om kompletterande dokumentation sin tolkning av klausulen.¹²⁸ Vidare tillämpade myndigheten denna klausul i strid mot sin tidigare tolkningsförklaring. Santex blev härmed utesluten från att lämna anbud.¹²⁹ Eftersom preklusionsfristen hade löpt ut för att överpröva meddelandet om upphandling kunde Santex inte få prövat klausulens rättsstridighet.¹³⁰

EU-domstolen ansåg att den upphandlande myndighetens agerande hade medfört att det blev orimligt svårt för Santex att utöva sina EU-rättsliga rättigheter.¹³¹ Vidare uttalade domstolen att förhållanden som omöjliggör en tillämpning av den nationella rätten konformt med EU-rätten ålägger den nationella domstolen att tillämpa EU-rätten fullt ut.¹³² Domstolen menade därför att den nationella domstolen måste säkerställa effektivitetsprincipen genom att tillämpa den nationella rätten på så vis att en förfördela anbudsgivare kan åberopa sin rättighet.

Därför ska de nationella domstolarna, enligt EU-domstolen: ”*när det är utrett att en upphandlande myndighet har agerat på ett sådant sätt att det blivit omöjligt eller orimligt svårt att utöva de gemenskapsrättsliga rättigheter som tillkommer en unionsmedborgare som förfördelas genom ett beslut av den nämnda myndigheten – är skyldiga att till prövning ta upp sådana grunder för en talan avseende beslutet i fråga som går ut på att meddelandet om upphandling är oförenligt med gemenskapsrätten samt härvid, i förekommande fall, utnyttja den i nationell rätt föreskrivna möjligheten att underlåta att tillämpa nationella preklusionsbestämmelser enligt vilka det inte längre är möjligt att åberopa en sådan rättsstridighet efter det att fristen för talan avseende meddelandet om upphandling har löpt ut.*”¹³³

Genom domstolens ställningstagande pekar uttalandena i målet på att endast de beslut som är tillräckligt tydliga och inte försämrar genomförandet av de rättigheter som följer av rättsmedelsdirektivet får lova att vara föremål för en preklusionsfrist.

4.3.3 Grossmann Air

EU-domstolen behandlade frågan om en leverantör som inte lämnat anbud kunde överpröva ett tilldelningsbeslut i mål C-230/02, *Grossmann Air*. Grossmann Air (GA) deltog först vid upphandlingen av flygservice för Österrikes regering genom att lämna anbud i upphandlingen. Upphandlingen avbröts på grund av för få anbud. I den efterkommande upphandlingen av

¹²⁷ Mål C327/00, p. 12.

¹²⁸ A.a. p. 13.

¹²⁹ A.a. p. 16.

¹³⁰ Jfr. a.a. p. 18-19. Se även p. 60.

¹³¹ A.a. p. 61.

¹³² A.a. p. 64.

¹³³ A.a. p. 66.

samma sak införskaffade GA förfrågningsunderlaget, men lämnade aldrig något anbud.¹³⁴ Vid tilldelningen av kontraktet överprövade GA beslutet på grund av fel i förfrågningsunderlaget.¹³⁵ Enligt Österrikisk lag kunde bara den leverantör som gör gällande ett intresse av att sluta ett avtal överpröva en upphandlings rättsstridighet.¹³⁶ Frågan kom alltså att handla om huruvida en leverantör kan anses prekluderad från att föra talan mot en upphandling om denna inte, enligt den nationella lagen, visat intresse för att ingå föreliggande avtal.¹³⁷

Mot bakgrund av rättsmedelsdirektivets ändamål¹³⁸ uttalade domstolen: ”Det skall konstateras att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktiv 89/665 inte är uppfyllda när en person inte ansöker om prövning av den upphandlande myndighetens beslut att fastställa specifikationerna för upphandlingsförfarandet trots att han anser att specifikationerna är diskriminerande för honom, eftersom de hindrar honom från att avge ett godtagbart anbud i det ifrågavarande upphandlingsförfarandet, utan i stället inväntar delgivningen av beslutet att tilldela upphandlingsavtalet innan han ansöker om att den behöriga myndigheten skall pröva detta beslut med motiveringen att specifikationerna är diskriminerande för honom”¹³⁹

Domstolen menade vidare att utan objektiva skäl kan det förfarande som beskrivits, vara till skada för tillämpningen av upphandlingsdirektivet, eftersom det kan försena de prövningar som medlemsstaterna har ålagt enligt rättsmedelsdirektivet.¹⁴⁰

Att prekludera en leverantörs talan på så vis som gjorts i målet var mot bakgrund av vad domstolen anförde i överensstämmelse med rättsmedelsdirektivet.¹⁴¹ En rimlig slutsats av uttalandena i målet är att den leverantör som inte tillräckligt snabbt tar tillvara på sin rätt enligt rättsmedelsdirektivet riskerar att förlora den. Mot bakgrund av direktivets principer ålägger domstolen således leverantörerna inte bara rättigheter men även en skyldighet att ta tillvara sin rätt inom rimlig tid.

4.3.4 Lämmerzahl

I mål C-241/06, *Lämmerzahl*, behandlade EU-domstolen bland annat frågan om under vilka villkor en preklusionsfrist är tillåtet nationellt, för rätten till prövning av tidiga beslut, enligt EU-rätten. Genom skrivelse till den

¹³⁴ Mål C-230/02, p11-13.

¹³⁵ A.a. p. 15.

¹³⁶ A.a. p. 8 och 16.

¹³⁷ A.a. p. 34.

¹³⁸ A.a. p. 35.

¹³⁹ A.a. p. 37.

¹⁴⁰ A.a. p. 38.

¹⁴¹ A.a. p. 40.

upphandlande myndigheten hade Lämmerzahl GmbH (Lämmerzahl) bett om ett förtydligande angående förfrågningsunderlaget.¹⁴² Lämmerzahls anbud i upphandlingen antogs senare inte. När Lämmerzahl därefter ville få upphandlingen överprövad på grund av fel upphandlingsförfarande, vilket skulle skett enligt bestämmelserna över tröskelvärden, avsåg den nationella domstolen talan som för sent inkommen på grund av en nationell preklusionsregel.¹⁴³

Genom hänvisning till tidigare avgöranden i *Universale-Bau* och *Santex* inledde EU-domstolen med att konstatera att en skälig preklusionsfrist harmonierar med direktivet.¹⁴⁴ Med risk för att uppnåendet av direktivets mål annars äventyras.¹⁴⁵

Som svar på frågan uttalade EU-domstolen att rättsmedelsdirektivet: ”*utgör hinder för att en nationell preklusionsbestämmelse tillämpas så att en anbudsgivare förvägras rätten till prövning vad avser valet av upphandlingsförfarande eller uppskattningen av värdet av kontraktet, när den upphandlande myndigheten inte på ett tydligt sätt för anbudsgivaren har angett total kvantitet eller omfattningen av kontraktet.*”¹⁴⁶

Avgörandet kan dels ses som ännu ett förtydligande av att upphandlingsreglerna om en preklusionsfrist inte är absolut, utan måste säkerställa direktivets mål om säkerställande av rättsmedel, dels ett fastställande av tidigare praxis. Den medlemsstat som tillåter överprövning under varje skede av upphandlingen riskerar att inte uppnå direktivets mål.

4.3.5 Kommissionen vs Irland

Avgörandet i mål C-456/08, *Europeiska Kommissionen mot Irland*, behandlade fördragsbrott gällande bland annat innehållet i nationell lagstiftning. Kommissionen menade att den nationella lagstiftningen gjorde det oklart hur beräkningen av tidsfristen för begäran om prövning skulle ske.¹⁴⁷

EU-domstolen konstaterade att rättsmedelsdirektivet tillåter preklusionsfrister för att uppnå direktivets mål.¹⁴⁸ Vidare konstaterade domstolen att ett genomförande av direktivets mål måste ske på ett rättssäkert sätt. Medlemsstaterna är därför enligt EU-domstolen: ”*skyldiga att införa ett regelverk avseende tidsfrister som är så precist, klart och*

¹⁴² Mål C-241/06, p. 18

¹⁴³ A.a. p. 22-23.

¹⁴⁴ A.a. p. 50.

¹⁴⁵ A.a. p. 51.

¹⁴⁶ A.a. p. 64.

¹⁴⁷ Mål C-456/08, p. 43.

¹⁴⁸ A.a. p. 60.

*förutsägbart att enskilda ges en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.*¹⁴⁹

Utslaget i domen kan utgöra vägledning för hur ett genomförande av en preklusionsfrist får ske.

4.3.6 eVigilo Ltd

I mål C-538/13, *eVigilo Ltd*, utvecklade EU-domstolen sin tolkning av rättsmedelsdirektivet ännu mer och preciserade frågan om preklusionsfrist tydligare. Målet behandlade en upphandling av ett system för att varna och informera allmänheten genom det allmänna mobiltelefonnätet. eVigilo var en av anbudsgivarna i upphandlingen.¹⁵⁰ En av frågorna domstolen kom att ta ställning till var om eVigilo inkommit försent med sin ansökan om överprövning av utvärderingskriterierna. eVigilo menade att tilldelningskriteriernas innebörd inte stod klara förrän den upphandlande myndigheten hade lämnat en uttömmande motivering till varför myndigheten hade förkastat deras anbud.¹⁵¹ Frågan EU-domstolen tog ställning till rörde huruvida det finns en rätt att väcka talan gällande anbudsförfarandet, efter det att nationell rätt prekluderat en sådan talan, men innehållet i villkoren inte har stått klara förrän den upphandlande myndigheten lämnat uttömmande skäl för tilldelningsbeslutet.¹⁵²

Domstolen inledde med att erinra om att bestämmelserna i rättsmedelsdirektivet är till för att skydda anbudsgivarna och säkerställa en effektiv tillämpning av upphandlingsreglerna, särskilt i det stadium när överträdelser kan rättas till.¹⁵³ Därefter upprepade domstolen det som uttalats i *Universale-Bau*. Föreligger en nationell regel om skälig preklusion baserad på rättssäkerhetsprincipen uppfyller denna enligt domstolens praxis effektivitetsprincipen. Tillåts anbudssökande och anbudsgivare att under hela upphandlingsprocessen åberopa överträdelser föreligger risk för att rättsmedelsdirektivets fullständiga uppnående äventyras.¹⁵⁴

Genom hänvisning till tidigare praxis fastställde domstolen: *”att tilldelningskriterierna ska vara formulerade, i förfrågningsunderlaget eller i meddelandet om upphandling, på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.*¹⁵⁵

Vidare uttalade EU-domstolen att det därför ligger på den nationella domstolen att kontrollera huruvida en leverantör kunde förstå, eller borde ha förstått tilldelningskriterierna. Utgångspunkten för bedömningen ska vara

¹⁴⁹ Mål C-456/08, p. 61.

¹⁵⁰ Mål C-538/13, p. 14.

¹⁵¹ A.a. p. 27.

¹⁵² A.a. p. 48-49.

¹⁵³ A.a. p. 50.

¹⁵⁴ A.a. p. 51.

¹⁵⁵ A.a. p. 54.

hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen. När domstolen företar en undersökning ska det beaktas om anbudsgivaren har kunnat lämna anbud och om denna inte har begärt något förtydligande innan anbud lämnats från den upphandlande myndigheten. Resulterar undersökningen i att villkoren framstår som obegripliga och anbudsgivaren är förhindrad att väcka talan på grund av en nationell preklusionsfrist, får talan väckas fram till och med fristen för kontraktstilldelningen.¹⁵⁶

Svaret på frågan var enligt domstolen att rättsmedelsdirektivet ska: ”*tolkas så, att det måste finnas en rätt att väcka talan avseende anbudsförfarandets lagenlighet även efter det att talefristen enligt nationell rätt löpt ut för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare som kunnat förstå villkoren för anbudsförfarandet först vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten, efter att ha utvärderat anbuden, lämnat uttömmande information om skälen för sitt beslut. En sådan talan kan väckas fram till utgången av fristen för att föra talan mot kontraktstilldelningsbeslutet.*”¹⁵⁷

Uttalandena i målet bygger vidare på de tankar om att en preklusionsfrist inte kan utgöra ett absolut institut som återfinns i Santex-avgörandet. Domstolen utvecklar i målet regler för hur och när en preklusionsfrist ska bedömas inte ha verkan.

4.4 Sammanfattande kommentarer

Genom ändringsdirektivet fastställdes den praxis från EU-domstolen som gäller frågan om en preklusionsfrist. Enligt ordalydelsen i direktivet får medlemsstaterna införa en preklusionsfrist. Mot bakgrund av EU-rättens genomslag uppkommer frågan om hur bestämmelsen tillsammans med de uttalanden som finns i praxis ska tolkas nationellt.

Rättsmedelsdirektivet som direktiv syftar till ett nationellt resultat och det är upp till den nationella rättsordningen hur dessa mål ska åstadkommas. Det följer således att det är upp till medlemsstaterna att säkerställa hur efterlevnaden av de resultat som direktivet stadgar ska göras. I förevarande fall har EU-domstolen först uttalat att en regel om preklusionsfrist harmonierar med EU-rätten. Uttalandet har sedan blivit stadgat i direktivet. Domstolens uttalanden går längre än vad direktivet påtalar. Vid en tillämpning av EU-rätten är EU-domstolen den främsta uttolkaren av EU-rätten. Därför kan varken direktivet eller praxisen analyseras var för sig utan måste för frågan om preklusionsfrist ses tillsammans i ett större sammanhang. Den vägledning som finns att tillgå för tolkningen av direktivet återfinns därför i vad EU-domstolen har uttalat om saken.

¹⁵⁶ Mål C-538/13. p. 55-57.

¹⁵⁷ A.a. p. 58.

Enligt domstolen är en preklusionsfrist klart och tydligt att föredra mot bakgrund i vad som uttalades i *Universale-Bau*. Avsaknaden av en preklusionsfrist äventyrar direktivets fulla genomförande och en preklusionsfrist överensstämmer enligt domstolen dels med direktivets mål, dels rättssäkerhetsprincipen. Genom avgörandet i *Grossmann Air* förtydligade domstolen när rättsmedelsdirektivets mål inte är uppfyllda. Uttalandena i målet kan rimligtvis tolkas som att den medlemsstat som inte tillämpar en preklusionsfrist och tillåter överprövning av förfrågningsunderlaget när tilldelningsbeslutet är taget inte uppfyller direktivets mål om skyndsamhet och effektivitet. Att domstolen i *Santex*- och *Lämmerzähl*-avgörandena förtydligat att en preklusionsfrist inte är absolut förtar inte det resonemanget, utan är snarare att se som en utveckling av hur en preklusionsfrist ska tillämpas. Det senare avgörandet *eVigilo* stöder de argumenten. Domstolen fördjupar ännu en gång sitt resonemang i avgörandet och vidareutvecklar tolkningen av hur en preklusionsfrist ska tillämpas. Genom *eVigilo* följer att det måste vara möjligt att få ett tidigare prekluderat beslut prövat, om det framgår att detta tidigare inte kunnat prövas, då beslutet inte förrän senare är så tydligt att det går att förstå dess innebörd. Domstolen har på detta vis skapat en ”ventil” för preklusionsfristen. I avgörandet ställer domstolen upp riktlinjer för hur och när en ventil till preklusionsfristen kan och ska tillämpas, vilket i sin tur kan ses som en förlängning av de resonemang som domstolen för i *Santex*.

Således har den medlemsstat som inte tillämpar en regel om preklusionsfrist, på så vis att tidiga beslut tillåts överprövas under hela processen, inte nått upp till de mål som rättsmedelsdirektivet uppställer. Med andra ord uppfyller inte det förhållande där en leverantör kan överpröva förfrågningsunderlaget fram till och med avtalsspärrens utgång rättsmedelsdirektivets mål. Därför kan inte heller gällande svensk rätt anses harmoniera med rätten till effektiva rättsmedel. Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden och klargörande av hur rättsmedelsdirektivet ska tolkas kan således direktivets mål, och därav inte heller rätten till effektiva rättsmedel, anses vara uppfyllda i den gällande svenska rätten. Effektiva rättsmedel är en rättighet som i detta fall tillfaller leverantörerna. Genom avgörandena *Grossmann Air* och *eVigilo* betonar domstolen leverantörernas skyldighet att i tid påtala fel som upptäcks tidigt i upphandlingsprocessen. Ansvar för att genomföra och förverkliga en sådan situation åligger å andra sidan medlemsstaterna.

Avslutningsvis aktualiseras därför frågan om huruvida de svenska förvaltningsdomstolarna kan lägga en påtalad regel i praxis till grund för ett avgörande genom en direktivkonform tolkning. För de svenska domstolarna är det beskrivna förhållandet inte tillräckligt för att tillämpa en preklusionsfrist. Det åligger den svenska staten att genomföra direktivet på ett vis som stämmer överens med de mål som dels stadgas i direktivet, dels utarbetats av EU-domstolen. Mot bakgrund av avgörandet i *Kommissionen mot Irland* borde ett minimum vara att en regel om preklusion är så pass tydlig att en överprövande leverantör på förhand vet när och inom vilken tid denna kan få ett tidigt beslut överprövat. I förhållande till ett

rättssäkerhetsperspektiv borde därför slutsatsen också vara att det för en tillämpning av preklusionsfrist krävs ett införande i upphandlingslagstiftningen nationellt.

5 Överprövningsutredningen

5.1 Inledning

Som konstaterats i tidigare kapitel innehåller dels den gällande svenska lagstiftningen inga preklusionsregler för andra beslut än tilldelningsbeslutet, dels föreligger ingen bestämmelse som möjliggör en tillämpning av en preklusionsfrist mot bakgrund av EU-rätten. Avsaknaden av andra preklusionsbestämmelser betyder inte att överväganden om att införa preklusionsfrister inte har gjorts. I kapitel fem redogörs det därför för det betänkande¹⁵⁸ om införandet av en preklusionsfrist som föreligger. Kapitlet inleder med en utredning av vad den tidigare Upphandlingsutredningen¹⁵⁹ har uttalat om införandet av en preklusionsbestämmelse.¹⁶⁰ På så vis ges en bakgrundsbild till varför gällande rätt är utformad som den är i förhållande till föreliggande förslag. Fokus i kapitlet är de vidare avsnitten och redogörelsen för de ståndpunkter och förslag som Överprövningsutredningen har gjort i sitt betänkande. Kapitlet avslutas med en sammanfattande kommentar.

5.2 Ändringsdirektivet i svensk rätt

5.2.1 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Vid genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser fick Upphandlingsutredningen i uppdrag att analysera möjligheten att införa en preklusionsfrist i överprövningsinstitutet. En förutsättning för utredarens förslag var att fristen i en preklusionsregel behövde vara skälig på så vis att den förutsätts tillgodose rättssäkerheten. Utgångspunkten var att en preklusionsfrist kunde bidra till en mindre utdragen överprövningsprocess.¹⁶¹

Utredningen konstaterade att det förmodligen var lättare att rätta fel i ett tidigt stadium av en upphandling och att en preklusionsfrist skulle sätta press på den leverantör som vill pröva en fråga genom att denna måste ingripa mot upphandlingen. Mot bakgrund av EU-domstolens praxis skulle dessa förhållanden anses harmoniera med en snabb och effektiv domstolsprövning enligt rättsmedelsdirektivet. Mot bakgrund av uttalandena i *Universale-Bau* menade utredningen att EU-domstolen kunde anses tala för en skyldighet att inför en preklusionsfrist i medlemsstaterna.

¹⁵⁸ Se SOU 2015:12.

¹⁵⁹ Upphandlingsutredningen 2004

¹⁶⁰ Se SOU 2006:28.

¹⁶¹ Se Dir. 2005:39.

Utredningen menade å andra sidan att detta var en för långtgående tolkning då frågan i målet handlade om huruvida rättsmedelsdirektivet tillåter en nationell preklusionsfrist. Utredningen konstaterade vidare att intresset för en snabb och effektiv domstolsprövning har behandlats av EU-domstolen i flera avgöranden.¹⁶² Vidare menade utredningen att för de svenska domstolarnas del skulle införandet av en preklusionsfrist betyda ett minskat behov av interimistiska åtgärder för att åstadkomma tillräcklig tid för överprövningens genomförande, och kunna gynna prövningen av tilldelningsbeslutet. Genom att tidigare beslut antingen redan prövats eller skulle vara prekluderade kan domstolen fokusera på prövningen av senare beslut. Utredningen menade å andra sidan att en preklusionsfrist kunde leda till att domstolarna prövade flera olika beslut och därmed fanns det risk för parallella processer och utdragna processtider. De upphandlande myndigheterna skulle kunna behöva vänta eller dra sig för att gå vidare med en upphandling i väntan på att en tidigare överprövning blev avgjord och vunnit laga kraft. Genom att prekludera talan av tidiga beslut ansåg utredningen att det fanns risk för att bristfälliga förfaranden skulle kunna fortgå då domstolen måste bortse från felaktigheten vid prövning av ett senare beslut. Utredningen anlade sedan ett leverantörsperspektiv och menade att mindre leverantörer skulle kunna dra sig för att få prövat ett tidigt beslut med risk för att annars framstå som besvärliga. På detta vis skulle dels felaktigheter inte bli prövade snarast möjligt, dels skulle färre felaktigheter prövas överhuvudtaget. Avslutningsvis menade utredningen att en preklusionsfrist kunde tvinga fram överprövningar och att rättsläget för frågan om sekretess vid offentlig upphandling inte var tillräckligt klarlagd.¹⁶³ Sammanfattningsvis ansåg utredningen att nackdelarna med en preklusionsfrist övervägde fördelarna och därför lämnades inget förslag om införande av en preklusionsfrist. Mot bakgrund av att det dels ofta är de inledande momenten i en upphandling, till exempel förfrågningsunderlagets utformning, som ligger till grund för överprövningar, dels att dessa tidiga fel ofta upptäcks först när tilldelningsbeslutet har gjorts, gick regeringen på utredningens linje.¹⁶⁴ Några skäl för att införa en preklusionsfrist ansågs därmed inte föreligga.¹⁶⁵

Förutom att behandla uttalandena i *Universale-Bau*, citerade utredningen delar av avgörandena i *Grossmann Air* och *Santex*.¹⁶⁶ Någon ytterligare analys för hur EU-domstolens uttalanden kunde påverka införandet av en preklusionsfrist gjordes aldrig. Varken utredningen eller regeringen tog ställning till hur detta kunde påverka den nationella lagstiftningen. Vad denna brist i utredningen från båda instanser beror på är svårt att svara på. Bristen kan dock konstateras och rimligtvis borde avgörandena ha fått en större påverkan dels i utredningen, dels i lagförslaget. Hade avgörandena varit föremål för en mer ingående juridisk analys hade gällande rätt kunnat harmoniseras med rättsmedelsdirektivet och rätten till effektiva rättsmedel.

¹⁶² SOU 2006:28, s. 289.

¹⁶³ A.a. s. 290 f. Jfr. även prop. 2009/10:180, s. 155 f.

¹⁶⁴ Prop. 2009/10:180, s. 159 f.

¹⁶⁵ A.a. s. 161.

¹⁶⁶ SOU 2006:28, s. 289.

Intressant är att avgörandet eVigilo, som avgjordes fem år efter lagförslaget, och behandlar samma situation som var avgörande för att inte införa en preklusionsfrist, tydligt tar ställning för att avsaknaden av en preklusionsfrist äventyrar genomförandet av rättsmedelsdirektivet.

5.2.2 Ökad effektivitet i överprövningar

Med önskan om en effektivare upphandlingsprocess fick Överprövningsutredningen i uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen. Utredaren skulle bland annat analysera lämpligheten av att införa en preklusionsfrist i upphandlingsregelverket. Syftet med att effektivisera upphandlingsprocessen var att hitta lösningar på de problem, samhällsekonomiska och partsrelaterade problem, som härrör ur att upphandlingar stoppas vid överprövning.¹⁶⁷

Överprövningsutredningen konstaterade med hänvisning till föregående utredning att Sverige valt att inte införa en bestämmelse med preklusionsfrist. Vidare fastställde utredningen att syftet med en preklusionsfrist är att skynda på upphandlingsprocessen vid överprövning. Utredningen valde att som utgångspunkt ta avstamp i äldre överväganden och analyser.¹⁶⁸ Utredningen började därför med en genomgång av EU-domstolens praxis. Avgörandena Grossmann Air, Santex, Lämmerzahl och Kommissionen mot Irland behandlades och citerades.¹⁶⁹ För frågan om de svenska upphandlingsreglerna uppfyller rätten till effektiva rättsmedel formulerar sig utredningen försiktigt och använde sig av EU-domstolens uttrycksätt. Enligt utredningen kan denna inte utläsa ett krav på införande av preklusionsfrist i EU-rätten, men anser ändå att direktivets mål äventyras med nuvarande ordning.¹⁷⁰ Mot bakgrund av att den svenska regleringen tillåter leverantörer att under hela upphandlingsförfarandet återropa överträdelse äventyras således direktivets mål. Utredningen sammanfattar det med att preklusionsregler skulle hjälpa Sverige att bättre uppnå direktivets mål.¹⁷¹ Överprövningsutredningen gjorde här en bedömning som skiljer sig från vad upphandlingsutredningen kom fram till.

I enlighet med effektivitetsprincipen ansåg utredningen att ett införande av preklusionsfrist även kräver en möjlighet att pröva tidiga beslut efter att fristen löpt ut, om en myndighets agerande först därefter visat sig vara felaktigt. Mot bakgrund av den tidigare utredningens främsta skäl mot ett införande av preklusionsfrist skulle en sådan reglering förta de argumenten enligt utredningen.¹⁷² Att fel i en upphandling upptäcks först vid

¹⁶⁷ Dir. 2013:105, s. 1.

¹⁶⁸ SOU 2015:12, s. 142.

¹⁶⁹ A.a. s. 143 ff.

¹⁷⁰ A.a. s. 146 f.

¹⁷¹ A.a. s. 151.

¹⁷² A.a. s. 152.

kontraktstilldelningen skulle således inte vara ett problem om införandet av en preklusionsfrist även innehöll en preklusionsfristventil.

Syftet med införandet av en preklusionsfrist har ifrågasatts av SKL Kommentus.¹⁷³ Inköpscentralen menar att utgångspunkten allmänt borde vara att en tidig prövning av fel i de inledande skeendena av en upphandling är bra. En preklusionsfrist står dock i relation till domstolens handläggningstid. SKL Kommentus hänvisar till sina egna ärenden där handläggningen varit så pass lång att en preklusionsfrist inte hade varit till hjälp för att påskynda överprövningsprocessen. Den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätt för överprövningsmål är 2,3 månader och statistiskt ökar den över tid.¹⁷⁴ I utredningens betänkande, mot bakgrund av effektivitetsprincipen, föreslås en tidsfrist om 90 dagar där förvaltningsrätten ska avgöra mål om överprövning av offentlig upphandling.¹⁷⁵

Utredning vägrade möjligheten till att införa en preklusionsfrist mot den förvaltningsrättsliga processen som utvecklats för offentlig upphandling.¹⁷⁶ Slutsatsen kortades ner till att partsförhållandet vid överprövning inte kunde anses utgöra ett hinder för införande av en preklusionsfrist.¹⁷⁷ Vidare fortsatte utredningen att jämför huruvida målen bättre kunde uppnås på annat sätt än genom en preklusionsfrist. Mot bakgrund av HFD:s praxis om leverantörs åberops- och bevisbörd konstaterade utredningen att direktivets mål inte heller kunde anses uppfyllda och således inte heller utgör något hinder mot ett införande av en preklusionsfrist.¹⁷⁸ Utredningen fortsatte med att upprepa de skäl som tidigare har förts fram mot ett införande. Argument mot ett införande behandlade bland annat risken för ett ökat antal överprövningar i det tidiga skedet av upphandlingar för säkerhets skull, att bristfälliga upphandlingar får fortgå och att leverantörer inte skulle våga få tidiga beslut prövade på grund av föreställningen att dessa då skulle vara besvärliga. Utredningen menade å sin sida att syftet inte är att minska överprövningarna utan att skynda på processen och vidare att en preklusionsfristventil skulle förhindra fortgången av bristfälliga upphandlingar. Gällande leverantörernas uppfattning ansåg utredningen att detta pekade på en risk med minskade överprövningar som konsekvens.¹⁷⁹ Skälen mot en renodlad preklusionsfrist var enligt utredningen vid en samlad bedömning ändå så starka att utredningen inte ville lämna förslag på en sådan regel.¹⁸⁰ I sina remissyttranden har bland annat *Konkurrensverket* och *Svenskt Näringsliv* instämt i utredningens förslag om att inte införa en

¹⁷³ SKL Kommentus, Blir det ett stopp för överprövningar nu? (2/1 2016):

<https://www.skllkommentus.se/inkopscentral/nyheter/blir-det-ett-stopp-for-overprovningar-nu/>.

¹⁷⁴ Konkurrensverket 2014:1, s. 77.

¹⁷⁵ SOU 2015:12, s. 169.

¹⁷⁶ A.a. s. 148 f.

¹⁷⁷ A.a. s. 150.

¹⁷⁸ A.a. s. 150 f.

¹⁷⁹ A.a. s. 152 f.

¹⁸⁰ A.a. s. 153 in fine.

preklusionsfrist.¹⁸¹ I brist på förtydligande från utredningens sida är det svårt att avgöra vilka dessa starka skäl emot ett införande av en preklusionsfrist är. Möjligtvis kan utredningens konstaterande ses i ljuset av EU-domstolens praxis om att en preklusionsfrist inte är absolut. Utredningen verkar i så fall ha tolkat uttalandena, för frågan om införande av en preklusionsfrist, som att det delvis hindrar ett införande av en preklusionsfrist. Vad utredningen i så fall har missat är att dessa avgöranden inte uttalar ett hinder mot en preklusionsfrist utan förtydligar hur tillämpningen av en preklusionsfrist får ske.¹⁸²

5.2.3 Mellanvägen

För att bättre nå rättsmedelsdirektivets mål menade överprövningsutredningen ändå på att det nuvarande systemet behövde förändras. Konstaterandet borde vara ett utslag av att utredningen de facto har stämt av gällande rätt gentemot EU-domstolens praxis. Utredningens förslag blev därför den så kallade ”mellanvägen”. Förslaget gick ut på att leverantörerna ska ges incitament att begränsa sin skada genom att påtala tidiga fel i en upphandling när dessa kan påtalas tidigt. Leverantörerna ska enligt förslaget inte kunna vänta med att påtala fel förrän tilldelningsbeslutet har meddelats, med risk för att domstolen avslår deras ansökan.¹⁸³

Utredningen vill således införa en påtalandeplikt för leverantörerna. En påtalandeplikt uppnår enligt utredningen samma syfte som en preklusionsfrist. Enligt utredningen ska påtalandeplikten ses mot bakgrund av att frågor blir lösta innan domstol blir inblandad och ökar därför chansen till dialog mellan parterna.¹⁸⁴ Uppnås samma resultat som vid en preklusionsfrist genom en påtalandeplikt är således rättsmedelsdirektivets effektivitets- och skyndsamhetsmål uppnådda. Förslaget om en påtalandeplikt tar dock inte höjd för dels rättsmedelsdirektivets rätt till en prövning av ett beslut, dels inte EU-domstolens uttalanden i Grossmann Air. EU-domstolen uttalar i målet att det förhållande där en leverantör inte ansöker om prövning av tidiga beslut, förrän efter tilldelningsbeslutet, inte uppfyller rättsmedelsdirektivets mål. En påtalandeplikt är inte samma sak som en ansökan om prövning, men får i ljuset av ett direktivs nationella måluppfyllelse ändå förutsättas kunna uppnå samma effekt. Mot bakgrund av vad EU-domstolen uttalade i *Kommissionen mot Irland* måste däremot

¹⁸¹ Se Konkurrensverket, Yttrande, Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) (2/1 2016):

[http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/15-](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/15-221_overprovningensutredningens-betankande.pdf)

[221_overprovningensutredningens-betankande.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/15-221_overprovningensutredningens-betankande.pdf) och Svenskt Näringsliv, Remissyttrande, Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) (2/1 2016):

[http://www.svensktnaringsliv.se/material/remissvar/remissvar-50-](http://www.svensktnaringsliv.se/material/remissvar/remissvar-50-2015pdf_617394.html/BINARY/Remissvar%2050-2015.pdf)

[2015pdf_617394.html/BINARY/Remissvar%2050-2015.pdf](http://www.svensktnaringsliv.se/material/remissvar/remissvar-50-2015pdf_617394.html/BINARY/Remissvar%2050-2015.pdf).

¹⁸² Jfr. Santex och Lämmerzahl i kapitel 4.

¹⁸³ SOU 2015:12, s. 154.

¹⁸⁴ A.a. s. 154.

förslaget om en påtalandeplikt förhålla sig till om regeln är tillräckligt klar och precis. Uppnår den föreslagna påtalandeplikten dels samma resultat som en preklusionsfrist, dels är så klar, precis och förutsebar att de rättigheter och skyldigheter som följer av den tydligt framgår, borde något hinder för införande av påtalandeplikt inte föreligga.

Enligt förslaget om en påtalandeplikt ska leverantören framställa sin anmärkning senast efter att halva tiden för anbud eller anbudsansökan har löpt ut. En anmärkning får dock alltid göras inom tio dagar från det att en leverantör fick eller borde ha fått kännedom om brist eller fel i de inledande delarna av en upphandling.¹⁸⁵ Utredningen menar att om leverantören inte kan visa att denna anmärkt mot felet i rätt tid ska domstolen besluta om att inte ingripa på den grunden. Kravet på anmärkningsförfarandet bör, enligt utredningen, vara att leverantören på ett klart och tydligt sätt anger den omständighet eller de omständigheter som utgör fel upphandlingsrättsligt. Vidare bör minimum vara att den upphandlande myndigheten genom anmärkningen objektivt sett borde förstå vad leverantören menar.¹⁸⁶ Mot bakgrund av EU-domstolens praxis måste det enligt utredningen vara möjligt att pröva fel som först vid kontraktstilldelningen uppdragas. Exempelvis då den upphandlande myndigheten frångår en uttalad tolkning av förfrågningsunderlaget, i de fall det är omöjligt alternativt orimligt svårt att förstå kraven i upphandlingen eller då materialet är så omfattande att det omöjliggör en upptäckt av fel.¹⁸⁷

En preklusionsfrist syftar, enligt Överprövningsutredningen, till att de inledande momenten i en upphandling endast får överprövas under en viss tid.¹⁸⁸ Enligt rättsmedelsdirektivet är prövningen av beslut en rättighet som tillfaller leverantörerna. Skyldigheten som följer tillfaller medlemsstaterna som måste genomföra och möjliggöra rättigheten. Förslaget om påtalandefrist brister därför i att nå upp till direktivets mål genom att inte reglera en prövning av de beslut som kan beröras. En effektiv prövning är som följer av praxis att inte kunna åberopa fel under hela upphandlingsprocessen. Av en påtalandeplikt följer att leverantören inte kan åberopa fel under hela upphandlingen, utan måste påtala fel tidigt för att senare kunna få det överprövat. Därför innehåller en påtalandeplikt inte något moment av tidig prövning av ett fel. I förhållande till direktivet måste en sådan situation som en påtalandefrist skapar också innehålla en snabb prövning enligt skyndsamhetsprincipen. Rättsmedelsdirektivets kärna är att få beslut prövade dels snabbt, dels effektivt. En påtalandeplikt där leverantören måste påtala ett fel tidigt för att senare få sin sak prövad, framstår därför som otydlig i hur den är att likställa med att få ett initialt fel prövat snabbt. En preklusionsfrist som processregel uppfyller, enligt EU-domstolen, materiellt båda principerna genom att dels syfta till att prekludera talan enligt effektivitetsprincipen, dels syfta till att få en tidig prövning enligt skyndsamhetsprincipen. Tankegången är snarlik det

¹⁸⁵ A.a. s. 157.

¹⁸⁶ SOU 2015:12, s. 155 f.

¹⁸⁷ A.a. s. 157.

¹⁸⁸ A.a. s. 141.

ställningstagande Kalmar kommun för fram i sitt remissvar för överprövningsutredningen.¹⁸⁹ Enligt kommunen borde ett ytterligare syfte med en påtalandeplikt vara att få ett beslut prövat tidigt. Ett upphandlingsförfarande hinner enligt kommunen genomföras fullt ut innan prövning av ett beslut sker med en påtalandeplikt. Enligt kommunen innebär det samhällsekonomiska förluster som skulle begränsas med en tidig prövning.¹⁹⁰ Advokatsamfundet har också ställt sig frågande till huruvida syftet med en påtalandefrist verkligen kommer att leda till det resultat som utredningen påstår. Enligt samfundet föreligger sådan risk för svåra tillämpningsfrågor med en påtalandeplikt att syftet helt kan utebli.¹⁹¹ Advokatsamfundet ifrågasätter på detta vis dels om en påtalandeplikt uppfyller sitt syfte, dels om regeln är så pass klar och tydlig att den är rättssäker. Enligt samfundet kommer frågan om huruvida ett påstått fel ska anses omfattas av påtalandeplikten leda till svårigheter med tillämpningen av regeln. Enligt samfundet är regelns tillämpningsområde så oklart att det dels är rättsosäkert, dels kan leda till att leverantörerna kommer till att anmärka generellt på en upphandling för att inte förlora rätten till överprövning. Vidare ansåg samfundet att det inte stod klart hur frågan om en leverantörs anmärkning kommer till att behandlas i förhållande till de andra leverantörerna. Sistnämnda förfarande kan om det inte tydliggörs, enligt samfundet, leda till att principerna om likabehandling och transparens inte uppfylls.¹⁹²

Enligt utredningen bör det vid ett sådant tillfälle där en anmärkning framstår som utsiktslös alternativt gå att vända sig direkt till domstolen med anmärkningen. Om den upphandlande myndigheten på förhand meddelar att denna inte tänker omformulera eller frångå ett ifrågasatt fel ska den situationen behandlas på samma vis som vid en tillämpning av preklusionsfrist.¹⁹³ Den alternativa möjligheten för leverantören kan riskera att skapa osäkerhet för parterna i processen. Den första frågan som uppstår är när ett påstått fel övergår från att omfattas av påtalandeplikten till att hamna under den alternativa preklusionsfristen. Av utredningen framgår det inte om det krävs att den upphandlande myndigheten initialt uttalar en ovilja generellt till att ändra något innan någon leverantör hunnit anmärka, eller om det rör situationen där det har anmärkts på ett påstått fel, men

¹⁸⁹ För en överblick över vilka ytterligare remissinstanser som fick i uppdrag att yttra sig över överprövningsutredningen se Fi2015/16.

¹⁹⁰ Kalmar kommun, Yttrande över SOU 2015:12: Överprövning av upphandlingsmål m.m. (2/1 2016): http://www.kalmar.se/Kalmar%20kommun/Demokrati/Politik/KS/HandlingarKS/2015KS/KS150602/Handlingar/22_Overprovning_upphandling.pdf.

¹⁹¹ Sveriges advokatsamfund, yttrande över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (2/1 2016): https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Remissvar/513606_2_0150612112736.pdf

¹⁹² Sveriges advokatsamfund, yttrande över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (2/1 2016): https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Remissvar/513606_2_0150612112736.pdf

¹⁹³ SOU2015:12, s. 154 f.

myndigheten är av uppfattningen att det påstådda felet inte utgör fel. Situationen kan även i detta fall riskera leda till att en leverantör generellt anmärker dels till den upphandlande myndigheten, dels till domstol. Av påtalandeplikten följer att leverantörerna ska kunna visa att anmärkning har gjorts för en senare prövning. Detta förhållande syftar till att ena parten anmärker för att senare få saken prövad om det påstådda felet inte ändras. Det beskrivna förhållandet förtar funktionen av påtalandefristen och skapar en otydlighet i bestämmelsen. Oavsett om den föreslagna regeln om påtalandeplikt lever upp till rättsmedelsdirektivets mål eller ej, borde regeln förhålla sig så klar och tydlig som en rättssäker bestämmelse kräver.

Förslaget om en påtalandeplikt kan konstateras resa frågetecken kring huruvida en sådan bestämmelse dels uppfyller direktivets samtliga mål, dels är så klar och precis att den är rättssäker.

5.3 Sammanfattande kommentarer

I förhållande till en regel om preklusionsfrist borde förslaget om påtalandeplikt som ett minimum inte vara lika tydligt och inte i samma grad harmoniera med direktivets mål så som EU-domstolen har förtydligat dessa. Förslaget om en påtalandeplikt kan dock inte sägas vara en slutlig produkt. Mot bakgrund av den svenska lagstiftningsprocessen kan förslaget förfinas och möjligtvis överkomma de brister förslaget uppvisar. Ur ett rättsmedelsperspektiv, i enlighet med rättsmedelsdirektivet, borde förslaget dels brista i prövningen av ett beslut, dels brista i rättssäkerhet på grund av en oklar tillämpning. För att komma tillrätta med den föreslagna regelns tydlighet kan det räcka med att ingående utreda dess konsekvenser och arbeta fram en vägledning för tillämpningen utifrån dessa.¹⁹⁴ Avgörandet i eVigilo borde kunna spela en avgörande roll för det arbetet. Exempelvis har presumtionen att förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt om leverantören har underlåtit att begära förtydliganden eller att ställa frågor på underlaget, lyfts fram som ett sätt att tolka avgörandet i ljuset av en påtalandeplikt.¹⁹⁵ En sådan tolkning skulle effektivisera förslaget genom att skapa incitament till den dialog som överprövningsutredningen syftar till.

För att läka bristen gällande en tidig prövning måste förfarandet komma till att innehålla en prövning. Det är lätt att peka på att regeln ska utformas som en renodlad preklusionsfrist. Mot bakgrund av överprövningsutredningens ställningstagande och medlemsstaternas rätt att genomföra direktivet kan dock alternativa vägar sökas. Ur ett effektivitetshänseende kan exempelvis den föreslagna regeln kompletteras med att den upphandlande myndigheten ska pröva eller ges möjlighet att ompröva sitt beslut när ett fel påtalas tidigt. I enlighet med hur beslut prövas förvaltningsrättsligt borde ett sådant

¹⁹⁴ Jfr. Konkurrensverket, Yttrande, Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) (2/1 2016): http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/15-221_overprovningensutredningens-betankande.pdf

¹⁹⁵ Sylvan, M, Välkommen EU-dom om överprövningar, Upphandling24.

tillvägagångssätt inte vara främmande för myndigheterna. Genom att utnyttja rättsmedelsdirektivets stadgande om att den överprövande parten måste meddela den upphandlande myndigheten att denna tänker överpröva ett beslut, och utforma denna regel så att den passar in enligt det redan fungerande systemet för omprövning av ett förvaltningsbeslut, borde en effektivisering av upphandlingsprocessen kunna ske. Ett sådant förfarande utesluter inte en domstolsprövning utan ger endast den upphandlande myndigheten en möjlighet att ompröva det påstått felaktiga beslutet. Tillvägagångssättet skapar inte heller en renodlad preklusionsfrist. Förfarandet får en tidig prövning och anser myndigheten att påtalet inte föranleder en ändring ska denna överlämna ärendet till domstol. De tidsfrister som förvaltningsrättsligt föreligger för omprövning får således regleras på så vis att dessa passar regelns syfte. Bestämmelsen kan förslagsvis utformas så att enbart tidiga beslut inom påtalandefristen prövas av myndigheten först. Då regeln redan finns och är prövad i den svenska rätten borde några otydligheter för tillämpningen inte föreligga. Förfarandesättet blandar, i enlighet med utredningens uttalande, inte heller in domstolen direkt i upphandlingsprocessen vid ett påstått fel.

Oavsett utformning på en påtalandeplikt borde leverantörerna behöva förhålla sig till talefrister för tidiga beslut. Något annat borde inte följa av rättsmedelsdirektivet och EU-domstolens praxis rörande frågan.

6 Transaktionskostnader

6.1 Inledning

Mot bakgrund av den juridiska utredningen i tidigare kapitel, fördjupar kapitel sex redogörelsen av frågan om en preklusionsfrist ytterligare. Kapitlet redogör inledningsvis för vad rättsekonomi är för något, den grundläggande teorin för en rättsekonomisk analys och de utgångspunkter som gäller i föreliggande analys. Fokus i kapitlet är de avsnitt som utreder hur transaktionskostnaderna¹⁹⁶ ser ut, beroende på förekomsten eller avsaknaden av en preklusionsfrist, och den sammanfattande rättsekonomiska analysen.

6.2 Rättsekonomi

Rättsekonomi innebär att undersöka rättsregler ur ett nationalekonomiskt perspektiv.¹⁹⁷ Utgångspunkten i rättsekonomi är dels mikroekonomisk teori, dels rättsliga institutioner. I föreliggande utredning definieras rättsliga institutioner som lagstiftning. Med lagstiftning syftas det på den rättsliga reglering som finns för offentlig upphandling och som därmed innefattar dels EU-rättsliga bestämmelser, dels nationella bestämmelser. Gällande rätt utifrån dessa bestämmelser är i enlighet med vad som har behandlats i tidigare kapitel. Rättsekonomi kan delas in i dels deskriptiv rättsekonomi, dels normativ rättsekonomi. Deskriptiv rättsekonomi analyserar hur lagstiftningen påverkar den ekonomiska effektiviteten medan normativ rättsekonomi används för att lämna förslag på hur lagstiftningen bör utformas så att ekonomisk effektivitet gynnas.¹⁹⁸

6.2.1 Teori och ekonomiska antaganden

Huvuddraget i mikroekonomisk teori är analysen av hur ekonomins aktörer gör sina val. Resurserna för ekonomins aktörer är alltid begränsade i förhållande till deras behov.¹⁹⁹ Därför följer det att aktörerna ständigt tvingas till att välja mellan olika alternativ. För dessa val är priset en avgörande faktor och baseras på den nytta valet medför.²⁰⁰ Nyttomaximering beskrivs inom mikroekonomi som att individer är rationella maximerare av sin egen nytta.²⁰¹ För att ett val ska anses vara

¹⁹⁶ Se definition under avsnitt 1.

¹⁹⁷ Dahlman, m.fl. s. 9 f.

¹⁹⁸ A.a. s. 70.

¹⁹⁹ A.a. s. 22.

²⁰⁰ A.a. s. 15 f.

²⁰¹ Posner, s. 1 ff. Se även Cooter & Ulen, s. 12 f.

rationellt enligt ekonomisk teori antas aktörens värderingar baseras på fullständighet, reflexivitet och transitivitet.²⁰²

Då aktören inte alltid vet vilket val som optimerar nyttan bäst utgår ett kompletterande antagande på att aktören maximerar sin *förväntade* nytta. Dessa val under osäkerhet innebär att valet innefattar en risk.²⁰³ Aktörens beteende antas därför baseras på det val som medför att marginalnyttan²⁰⁴ överstiger marginalkostnaden.^{205, 206} Enligt den gällande teorin²⁰⁷ inom ekonomi består idealtillståndet på marknaden av perfekt konkurrens, att kostnaderna är internaliserade, att aktörerna har perfekt information och att analysen rör privata nyttigheter.²⁰⁸ Detta förhållande stämmer i de flesta fall inte överens med hur verkligheten ser ut. Modellen är å andra sidan ur ett effektivitetsperspektiv eftersträvansvärd, varpå det är önskvärt att försöka efterlikna denna med hjälp av lagstiftningen.²⁰⁹

Utgångspunkten för den föreliggande rättsekonomiska analysen är att ekonomisk effektivitet skapar välbefinnande.²¹⁰ Med antagandet att alla transaktioner ökar parternas välbefinnande ökar därför också samhällets välbefinnande motsvarande transaktionens kvasiränta.²¹¹ Gällande transaktionskostnaderna är utgångspunkten att lagstiftningen ska utformas så att dessa minimeras.

6.2.2 Effektivitet

En rättsekonomisk analys av lagstiftning utgår från att det alternativet med störst effektivitet är det bästa alternativet. Utvärderingen av ekonomisk effektivitet brukar skiljas åt mellan Pareto-effektivitet och Kaldor-Hicks-effektivitet.

En förändring som medför att en aktör får det bättre utan att det resulterar i en försämring för någon annan är Pareto-effektiv.²¹² En förändring som medför att en eller flera aktörer får det bättre än vad resultatet blir för resterande aktörer är Kaldor-Hicks-effektiv.²¹³

6.2.3 Aktörer

Aktörerna som undersökningen utgår från är parterna vid offentlig upphandling. Därför kommer den rättsekonomiska analysen att baseras på

²⁰² Cooter & Ulen, s. 18 f.

²⁰³ Dahlman, m.fl. s. 32.

²⁰⁴ Den extra nytta en individ får av ytterligare en enhet/konsumerad vara.

²⁰⁵ Den kostnad det innebär att producera ytterligare en enhet/vara.

²⁰⁶ Jfr. a.a. s. 35 f och 39.

²⁰⁷ Neoklassisk nationalekonomi.

²⁰⁸ Dahlman, m.fl. s. 61 ff.

²⁰⁹ A.a. s. 65.

²¹⁰ A.a. s. 78.

²¹¹ A.a. s. 80. För en mer ingående behandling av kvasiränta se a.a. s. 75 ff.

²¹² Cooter & Ulen, s. 14.

²¹³ A.a. s. 42. Se även Driesen, s. 101

leverantörer och upphandlande myndigheter såsom dessa är definierade i 2 kap. 11 § respektive 19 § LOU.

6.2.4 Problem

Utgångspunkten för det rättsekonomiska perspektivet är det juridiska problemet med att en leverantör under hela upphandlingsprocessen kan överpröva upphandlingens alla delar.²¹⁴ Problemet förutsätts generera kostnader för parterna i upphandlingen och utgör således även ett ekonomiskt problem. Utifrån detta problem undersöks transaktionskostnaden²¹⁵ för att parterna ska kunna ingå avtal, det vill säga en tilldelning av kontraktet för upphandlingen, och vilken effekt detta får samhällsekonomiskt. Offentlig upphandling är en transaktion som är reglerad i lagstiftning. Därför kommer undersökningen enbart att förhålla sig till detta som den struktur som är lösningen på problemet.

Transaktionskostnaderna kommer först att undersökas i förhållande till gällande rätt. Därefter i förhållande till en renodlad preklusionsfrist och slutligen i förhållande till förslaget om en påtalandeplikt.

6.3 Gällande rätt

Enligt gällande rätt riskerar den upphandlande myndigheten att behöva göra om en upphandling vid en sen överprövning. Myndigheten har alltid en kostnad för upphandlingen (upphandlingskostnad) vilket följer av det arbete denna måste lägga ner på bland annat utformningen av annonsen och utformningen av förfrågningsunderlaget.²¹⁶ Upphandlingskostnaden riskerar med gällande rätt, på grund av risken att behöva göra om upphandlingen, att öka. Rent praktiskt riskerar därför upphandlingar att utformas utifrån syftet att undvika överprövningar.²¹⁷ Förutsättningen att effektivt utnyttja skattemedlen minskar genom ett sådant förhållningssätt.²¹⁸

Överprövas en upphandling medför det processkostnader²¹⁹ för den upphandlande myndigheten.²²⁰ Enligt huvudregeln står vardera part i mål om offentlig upphandling sina kostnader för överprövning.²²¹ Vinner den överprövande parten framgång på så vis att upphandlingen ska göras om realiserar den ökade upphandlingskostnaden. En kostnad för att rätta en upphandling realiserar på samma vis vid rättelse av upphandling. En

²¹⁴ Jfr. kapitel 3-5.

²¹⁵ Jfr. fotnot 184 under avsnitt 6.1.

²¹⁶ Jfr. de viktigaste dokumenten i en upphandling enligt Bergman, m.fl. s. 71 ff och 86. Se även SOU 2013:12, s. 164.

²¹⁷ SOU 2013:12, s. 164.

²¹⁸ Konkurrensverket 2014:8, s. 73.

²¹⁹ Kostnad för överprövning inklusive juridiskt ombud.

²²⁰ SOU 2013:12, s. 267 och 348.

²²¹ Asplund, m.fl. s. 113.

överprövning försenar upphandlingen vilket kan leda till en kostnad för att tillfälligt lösa det behov som upphandlas.²²²

Leverantören har alltid en kostnad för att lämna anbud i en upphandling (anbudskostnad) baserat på det arbete som krävs för att utforma anbudet. Gällande rätt riskerar leda till att anbudskostnaden ökar. Samtliga leverantörer riskerar med en överprövning behöva göra om sitt anbud. För den överprövande leverantören medför överprövningen en processkostnad. För de flesta leverantörer borde även en kostnad för juridisk hjälp att kontrollera upphandlingsunderlaget (juridisk kostnad) att utgå. Risken för sen överprövning med resultatet att upphandlingen behöver göras om kan leda till att leverantörer avstår från att lämna anbud.²²³ Avstår leverantörer från att lämna anbud är det en samhällsekonomisk effektivitetsförlust. För den leverantör som överprövar en upphandling medför förfarandet processkostnader.²²⁴ Vinner leverantören framgång med en överprövning på grund av fel i upphandlingen kan skadestånd utgå för processkostnader.²²⁵ Till skillnad mot den upphandlande myndigheten kan således en leverantör få den kostnaden ersatt.

Förutom upphandlingskostnaden och anbudskostnaden är risken för andra transaktionskostnader helt avhängig huruvida upphandlingen överprövas eller ej. Risken medför däremot höjda priser när leverantörerna kompenserar för den osäkerhet en möjlig överprövning orsakar.²²⁶ Möjligheten till att få en upphandling överprövad ska finnas som en skyddsmekanism för leverantörerna.²²⁷ I sju av tio fall vid överprövning av en upphandling får den upphandlande myndigheten rätt. Leverantören får således helt eller delvis bifall endast i tre av tio sakprövade överprövningar.²²⁸ Frågan om varför en leverantör väljer att överpröva en upphandling är därför relevant.

Faktorer som påverkar sannolikheten att överpröva en upphandling kan delas in efter respektive aktör. För den upphandlande myndigheten påverkar upphandlarens kompetens och organisation kvaliteten på förfrågningsunderlaget.²²⁹ Ett otydligt eller oförutsägbart förfrågningsunderlag ökar sannolikheten för att upphandlingen blir överprövad. Leverantörens inställning gentemot produkttypen²³⁰ som upphandlas och värdet på kontraktet²³¹ är också faktorer som påverkar sannolikheten för överprövning. Incitamentet att överpröva en upphandling ökar då den upphandlade produkten har subjektiva egenskaper som är svåra att verifiera. Ett ökat kontraktsvärde på det som upphandlas ökar incitamentet för leverantören att överpröva upphandlingen och därmed få

²²² SOU 2006:28, s. 278. Jfr. även SOU 2013:12, s. 341.

²²³ SOU 2013:12, s. 347.

²²⁴ A.a. s. 267.

²²⁵ NJA 2013 s. 762.

²²⁶ SOU 2013:12, s. 347.

²²⁷ Jfr. avsnitt 2.5.

²²⁸ Konkurrensverket 2013:5, s. 75 f.

²²⁹ Konkurrensverket 2014:8, s. 45 f.

²³⁰ A.a. s. 50 f.

²³¹ A.a. s. 55.

ytterligare en chans att bli tilldelad kontraktet. För leverantörernas del har även faktorer som överprövning som affärsstrategi²³² och förekomsten av överprövningskultur²³³ ansetts öka sannolikheten för överprövning. Handläggningstiden för en överprövning kan utnyttjas av den leverantör som redan har ett kontrakt genom att denna under tiden överprövningen sker fortsatt får leverera varor. Inom vissa branscher är benägenheten att överpröva större i förhållande till andra branscher. En faktor för leverantörerna som påverkar sannolikheten att upphandlingen inte överprövas är deras syn på affärsrelationen.²³⁴ Baserat på en fortsatt god affärsrelation undviker leverantörer att överpröva upphandlingar.

6.4 Preklusionsfrist

Upphandlings- och anbudskostnaderna kommer alltid att finnas som en transaktionskostnad för den upphandlande myndigheten respektive leverantörerna. Frågan om de ökade upphandlings- och anbudskostnaderna samt processkostnaderna kan undvikas eller minskas är därför aktuellt att undersöka. Med en preklusionsfrist, där tidiga beslut måste överprövas inom en viss tidsfrist, kan den faktor som bygger på myndighetens kompetens förebyggas. Prövningen av ett otydligt eller oförutsebart förfrågningsunderlag skulle ske tidigt i upphandlingsprocessen och motverka att upphandlingen behöver göras om från början. Även överprövningar på grund av produkttypen, som leder till att upphandlingen behöver göras om, skulle i viss mån kunna förebyggas baserat på samma resonemang. De opportunistiska leverantörerna som använder överprövningsinstitutet för att öka chansen att tilldelas kontrakt med stort värde eller som tillhör en överprövningskultur kan med en preklusionsfrist förhindras i avsevärd mening. Den vanligaste grunden för överprövning utgörs av *utvärderingen av anbud* där *brist i förfrågningsunderlaget* angetts som skäl.²³⁵ En tidig prövning av fel eller brister i ett förfrågningsunderlag skulle förhindra dessa leverantörer från att få upphandlingarna att göras om. Utvärderingen av anbud kommer med största sannolikhet alltid att vara en grund för överprövning då upphandlande myndigheter gör fel och att fel kan komma att upptäckas först vid kontraktstilldelningen. Det är därför överprövningsinstitutet finns.

Mot bakgrund av att överprövningen endast i tre fall av tio bifalls verkar förhållandet att endast den leverantör som får rätt vid överprövning och därmed kan få sina processkostnader ersatta inte hindra att upphandlingar överprövas. En preklusionsfrist skulle aktualisera en tidig juridisk kostnad för kontroll av de beslut som preklusionsfristen förhåller sig till. I förhållande till en senare processkostnad bör denna kostnad vara mindre. En överprövning av en upphandling tar i snitt 68 timmar för både den

²³² A.a. s. 56.

²³³ A.a. s. 51 ff.

²³⁴ Konkurrensverket 2014:8. 55 f.

²³⁵ A.a. s. 42.

upphandlande myndigheten och leverantören.²³⁶ En kontroll av förfrågningsunderlaget tar mindre tid än så. Motverkar preklusionsfristen de opportunistiska leverantörerna borde den juridiska kostnaden eller processkostnaden i förhållande till de andra leverantörerna enbart aktualiseras tidigare i upphandlingsprocessen än vad det gör enligt gällande rätt. Väljer leverantören att ansöka om överprövning inom preklusionsfristen realiserar processkostnaden. Det samma gäller om leverantören senare väljer att överpröva tilldelningsbeslutet. För den upphandlande myndigheten riskerar processkostnaden alltid att realiseras. En preklusionsfrists största verkan är ett den minimerar behovet av att göra om en upphandling vilket är följden av att fel som kunnat påtalas tidigt påtalas sent i upphandlingsprocessen. Den samhällsekonomiska effekten på ett upphandlingsförfarande borde därför öka med en preklusionsfrist. Den risk som dels tvingar leverantörerna att ta höjd i sina anbud med följd att priserna ökar, dels gör att visa leverantörer avstår från att lämna anbud minskar därför också med en preklusionsfrist. Upphandlingsförfarandet borde bli snabbare och inte stoppas upp i samma mån som en nuvarande överprövning resulterar i. Genom att tidigt få provat påstådda felaktigheter riskerar en upphandling att inte bli lika utdragen som vid en senare prövning. En preklusionsfrist hindrar inte att leverantörerna enbart påtalar ett upptäckt fel för myndigheten och således behöver någon processkostnad inte uppstå.

6.5 Påtalandeplikt

En skyldighet att påtala fel tidigt minskar inte upphandlings- eller anbudskostnaderna. Med en påtalandeplikt skulle den juridiska kostnaden, precis som med en preklusionsfrist, aktualiseras tidigare i upphandlingsprocessen. Påtalandeplikten minskar alla de risker som en preklusionsfrist gör. På samma sätt som en preklusionsfrist minskar risken för att upphandlingen behöver göras om minskar en påtalandefrist risken i samma mån. Eftersom en påtalandeplikt tvingar leverantörerna att meddela fel tidigt i upphandlingsprocessen, för att senare kunna få felet provat, får regeln i princip samma effekt som en preklusionsfrist. Skillnaden mot en preklusionsfrist är att påtalandeplikten kan minska risken för processkostnaderna ännu mer. Genom att leverantören måste påtala ett fel tidigt möjliggör förfarandet att myndigheten ges möjlighet att rätta felet innan en överprövningsprocess. Risken för processkostnader minskar alltså ännu mer i förhållande till gällande rätt än vad en preklusionsfrist gör. På samma sätt borde upphandlingsprocessen snabbas upp ännu mer och effektiviseras i de fall där ett påstått fel aldrig behöver prövas av domstol med en regel om påtalandeplikt.

²³⁶ SOU 2013:12, s. 267.

6.6 Rättsekonomisk analys

Sammanfattningsvis kan gällande rätt konstateras sakna incitament för att parterna fullt ut ska minska sina transaktionskostnader. För de upphandlande myndigheterna saknas incitament att effektivt ta tillvara skattemedlen på så vis att dessa maximerar upphandlingen utefter sitt behov i stället för att försöka undvika att upphandlingen överprövas. Gällande rätt medför att de upphandlande myndigheterna blir riskaversiva och inte handlar efter det val som skulle maximera den samhällsekonomiska effekten av en upphandling. För leverantörerna saknas incitament för att aktivt delta i upphandlingsprocessen. Gällande rätt möjliggör ett opportunistiskt beteende där leverantörerna kan invänta tilldelningsbeslutet innan dessa ansöker om överprövning. Tilldelas leverantören inte kontraktet ansöker denna således om överprövning för att antingen öka chansen att tilldelas kontraktet när upphandlingen görs om alternativt rättas, eller drar nytta av att upphandlingen överprövas på annat sätt.

En regel om preklusionsfrist skulle göra överprövningsreglerna mer operativa och signalera att leverantörerna måste ta ett större ansvar för att påtala brister och fel i ett tidigt stadium av en upphandling. Ett sådant stadgande skulle minska incitamentet för överprövning och effekten av en överprövning då leverantören inte längre kan vänta på tilldelningsbeslutet innan den ansöker om överprövning. Leverantörerna skulle tvingas ta ett större ansvar för att upphandlingen sker korrekt och inte kunna utnyttja brister för att öka chansen att tilldelas kontraktet. En preklusionsfrist skulle omfördela kostnaderna för transaktionen. Den juridiska kostnaden för leverantörerna skulle realiseras tidigare i upphandlingsprocessen samtidigt som en processkostnad också riskera att uppstå. Förskjutningen av denna kostnad skulle å andra sidan medverka till att de upphandlande myndigheternas upphandlingskostnad skulle effektiviseras ur ett samhällsekonomiskt perspektiv då risken att behöva göra om upphandlingen minskar med en preklusionsfrist. Mot bakgrund av de offentliga kontraktens omfattning och leverantörernas vilja att realisera processkostnader för att tilldelas ett kontrakt kan leverantörernas värdering av kontraktet antas vara väldigt hög. En förskjutning av den juridiska kostnaden skulle inte ändra denna värdering. Nyttan med att tilldelas upphandlingskontraktet minskar därför inte med en preklusionsfrist. Genom en preklusionsfrist skulle den upphandlande myndigheten få det bättre genom större nytta av det som upphandlas, då upphandlingen kan utformas utifrån behovet samtidigt som upphandlingsprocessen samhällsekonomiskt effektiviseras, medan leverantörerna inte får det sämre.

För båda alternativen, dels en regel om preklusionsfrist, dels en regel om påtalandeplikt är den tydligaste förskjutningen av en kostnad den juridiska kostnaden. Oavsett regel ställer en sådan bestämmelse krav på juridiskt kunnande gällande upphandlingslagstiftningen. Det kommer krävas av leverantörerna att dessa antingen har en anställd upphandlingsjurist alternativt tar in denna kunskap utanför företaget.

För förslaget om en påtalandeplikt gäller samma resonemang som för en preklusionsfrist. Ur ett effektivitetsperspektiv skulle båda parternas nytta bli densamma som med en preklusionsfrist. Incitamentet för att få en upphandling överprövad tas bort då den upphandlande myndigheten ges möjlighet att rätta förekommande fel. Även med en påtalandeplikt ökar leverantörens ansvar för att upphandlingar sker på rätt sätt. Transaktionskostnaderna omfördelas i princip på samma sätt som med en preklusionsfrist medan risken för processkostnader minskar i förhållande till densamma. Den samhällsekonomiska effekten av en upphandling ökar även med en påtalandeplikt genom att den höjd i anbuden som följer av osäkerheten en överprövning ger minskar. Det kan därför konstateras att både en regel om preklusionsfrist och en regel om påtalandeplikt hade varit mer effektiv och därför önskvärd i förhållande till gällande rätt ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Förslaget om en påtalandeplikt skulle antagligen vara mer samhällsekonomiskt effektivt än en preklusionsfrist då risken för domstolsprövning minskar ännu mer. Därför borde påtalandeplikten ur ekonomiskt hänseende genomföras i den nationella rätten.

7 Analys och slutsatser

7.1 Inledning

Inledningsvis uppställdes fyra olika frågor gällande processrättslig preklusion i mål om offentlig upphandling. Efter den utredning som sedan framställts kommer frågeställningarna nu att slutligen besvaras i detta sammanfattande kapitel. Frågeställningarna kommer till att besvaras under separata avsnitt och kapitlet avslutas med en avslutande kommentar.

7.2 Processrättslig preklusion i mål om offentlig upphandling

7.2.1 Överprövning

Den första frågan handlar om huruvida en leverantörs talan vid överprövning av upphandling kan bli föremål för någon preklusionsfrist.

Det första konstaterandet som kan göras är att upphandling enligt LOU uppställer en preklusionsbestämmelse i form av en avtalsspärr. Spärren tar sikte på den upphandlande myndigheten och ska förhindra myndigheterna från att ingå avtal innan leverantörerna har fått chans att ansöka om överprövning. Bestämmelsen hindrar således inte den beskrivna problematiken som uppsatsen syftar på med sena överprövningar. Sättet för när överprövning av upphandlingar sker, enligt den nuvarande upphandlingslagstiftningen, beskrivs som ett problem med kostsamma konsekvenser dels för de upphandlande myndigheterna, dels för leverantörerna. Förutom den ekonomiska dimensionen av problemet leder sena överprövningar till en svårighet att uppfylla tillhandahållandet av varor och tjänster till medborgarna. Denna följdproblematik leder i sin tur till ytterligare kostnader för att säkerställa de upphandlande myndigheternas skyldighet. Även om problemet är materiellt juridiskt handlar problematiken i slutändan om kostnader.

I de EU-rättsliga domstolsavgörandena har det arbetats fram en rad ställningstaganden som kan ses i ljuset av problemet. EU-domstolen har tydligt klargjort att det förhållande där leverantörerna under hela upphandlingsprocessen kan överpröva upphandlingen äventyrar den effektiva och snabba prövning som rättsmedelsdirektivet stadgar.²³⁷ Vidare har domstolen uttalat att effektivitets- och skyndsamhetsmålen i direktivet inte är uppfyllda när överprövning av tidiga fel görs sent i

²³⁷ Avsnitt 4.3.1.

upphandlingsprocessen.²³⁸ Likväl är det precis detta förhållande som den svenska lagstiftaren tillåter i och med utformningen på överprövningsinstitutet i de nationella upphandlingsreglerna.

Ett problem med frågan om en preklusionsfrist är förhållandet mellan EU-rätten och den nationella rätten. För frågan kan även förhållandet mellan de olika EU-rättsliga instituten framstå som problematiskt. Upphandlingsutredningens uttalanden är svårtydda. Några ingående reflexioner över förhållandet mellan EU-rätten och den nationella rätten skedde aldrig. De förhållanden som EU-domstolen har lyft i sina avgöranden togs aldrig i beaktande. Den juridiska analysen i förarbetena till gällande rätt är därför bristfällig. Överprövningsutredningens slutsatser, som går stick i stäv med upphandlingsutredningens, är ett annat argument för att underlaget till gällande rätt är felaktigt. Även om Överprövningsutredningen i sitt betänkande också gör en vändning i sitt resonemang kan slutsatserna ändå delvis godtas i förhållande till EU-rättens genomförande av direktiv. Förhållandet mellan nationell rätt och den bakomliggande EU-rätten beaktas i viss mån genom utredningens förslag om en mellanväg. Enligt ordalydelsen av EU-domstolens uttalanden kan en leverantör med en regel om påtalandeplikt inte under hela upphandlingsprocessen överpröva fel. Förhållandet mellan nationell rätt och EU-rätt skulle därför kunna harmoniseras. Förslaget tar sikte på det EU-domstolen uttalar i *Universale-Bau* men missar det ännu tydligare klargörandet i *Grossmann Air*. Prövning ska enligt avgörandet ske enligt de effektivitets- och skyndsamhetsmål som uppställs i rättsmedelsdirektivet. En underlåtelse att överpröva ett tidigt fel skadar därför tillämpningen av direktivet. Problemet med ett genomförande av rättsmedelsdirektivet blir därför ännu mer mångfacetterat. EU-domstolen uttalar i och med avgörandet en skyldighet att aktivt delta i upphandlingsprocessen för leverantörerna som en följd av den rättighet som utgörs av att få beslut prövade effektivt och skyndsamt. Genomförandet måste därför dels säkerställa leverantörens rätt till prövning, dels säkerställa att prövningen är effektiv och skyndsamt där leverantörens delaktighet är en förutsättning för detta. Överprövningsutredningens förslag brister därför genom att inte tillhandahålla en skyndsamt prövning av beslut. Förslaget förutsätter ett aktivt deltagande för leverantören, medan orsaken till deltagandet bortses från. Genom att inte beakta den samlade bilden av tolkningen av rättsmedelsdirektivet som EU-domstolen tillhandahåller överensstämmer förslaget inte heller med direktivets mål. Problemet med genomförandet av rättsmedelsdirektivet är att praxis och tolkningen av direktivet uppställer tydligare riktlinjer, med en preklusionsfrist som förebild, än vad direktivet stadgar. Det är därför problematiskt att regeln om en preklusionsfrist är en bestämmelse som inte är obligatorisk att genomföra i de nationella upphandlingsreglerna. Det föreligger således en diskrepans mellan direktivet och tolkningen av densamma. Problemet är ur ett EU-rättslig perspektiv egentligen inte ett problem då det är upp till medlemsstaterna att implementera och genomföra direktiv nationellt.

²³⁸ Avsnitt 4.3.3.

Problematiken kan först uppstå nationellt och har blivit tydlig i de förarbeten som föreligger en svensk preklusionsfrist.

Eftersom den svenska lagstiftningen tillåter överprövning under hela upphandlingsprocessen kan någon preklusionsfrist således inte inskränka en leverantörs talan i mål om offentlig upphandling. Detta konstaterande väcker frågan om hur långt EU-rättens genomslag sträcker sig. Någon tillämpning av en preklusionsfrist baserat på EU-rättsliga bestämmelser finns det inte något stöd för. Direktiv ska implementeras nationellt och rättsregler måste vara tydliga och förutsebara. Enligt EU-domstolen ska direktivet genomföras rättssäkert. I praktiken betyder det en implementering av en preklusionsregel som klart och tydligt anger de frister leverantörerna måste förhålla sig till som ett minimum. EU-rättens genomslag bygger i detta fall på ett nationellt genomförande och en preklusionsregel kan således inte tillämpas genom en direktivkonform tolkning.

Avslutningsvis kan det konstateras att varken gällande rätt eller det förslag om en påtalandeplikt som föreligger inte överensstämmer med det resultat som rättsmedelsdirektivet syftar på. Ytterst kan en underlåtelse att genomföra ett direktiv leda till en fördragsbrottstalan av kommissionen inför EU-domstolen.

7.2.2 Effektiva rättsmedel

Den andra frågan handlar om hur gällande rätt för frågan om en preklusionsfrist förhåller sig till rätten till effektiva rättsmedel.

Rätt till effektiva rättsmedel följer av rättsmedelsdirektivet och grundar sig således på en rättighet till följd av EU-rätten. Förutom direktivets bestämmelser aktualiseras rättsskyddsprincipen. Innebörden av effektiva rättsmedel är att de upphandlande myndigheternas beslut ska kunna bli föremål för en prövning. Prövningen ska ske snabbt och effektivt och ska säkerställa ett skydd för leverantörerna i de nationella upphandlingsbestämmelserna. Utgångspunkten för bedömningen av ett beslut är dess verkan. Varje åtgärd som faller in under upphandlingsprocessen kan därför bli föremål för en överprövning. Huruvida beslutet är en kvalificerad del av upphandlingen eller inte spelar ingen roll.

Frågan hade kunnat besvaras genom en materiell genomgång av leverantörs talerätt. Uppsatsens syfte tar sikte på frågan om en preklusionsfrist och kommer därför att besvaras utifrån denna frågeställning. Eftersom gällande rätt möjliggör prövning av ett beslut under hela upphandlingsprocessen kan leverantörens rätt till effektiva rättsmedel inte anses uppfyllt i förhållande till rättsmedelsdirektivet. Problemet som svaret utgår från ligger i att gällande rätt inte överensstämmer med vad EU-domstolen har uttalat om tolkningen av rättsmedelsdirektivet. Samma problem som framgår för

frågan om en preklusionsfrist ligger således även till grund för besvarandet av frågan om effektiva rättsmedel.

I förhållande till rättsskyddsprincipen blir besvarandet av frågan besvärligare men utgången densamma. Eftersom rättsmedelsdirektivet i större omfattning reglerar överprövning, än i förhållande till principen om effektiva rättsmedel, skulle ett fullt genomslag av direktivet samspela med rätten till effektiva rättsmedel även enligt rättsskyddsprincipen. Det effektiva och icke-diskriminerande sätt som medlemsstaterna måste säkerställa för att rättigheter ska kunna tillvaratas ska göras i överensstämmelse med de EU-rättsliga bestämmelser som föranleder rättigheten. Överprövningsreglerna måste därför enligt rättsskyddsprincipen stämma överens med de EU-rättsliga bestämmelser som föranleder dessa. Brister den harmoniseringen kan rättsskyddsprincipen inte anses uppfyllt. Eftersom rättsmedelsdirektivet ingående reglerar överprövningsinstitutet bygger en uppfyllelse av rättsskyddsprincipen också på samma långtgående reglering. Konstaterandet att gällande rätt inte harmonierar med direktivet resulterar i att rätten till effektiva rättsmedel därför inte heller kan anses vara uppfyllt enligt rättsskyddsprincipen.

Konstaterandet att rätten till effektiva rättsmedel inte är uppfyllt är ett argument för att kritisera utformningen av överprövningsreglerna eller i förhållande till hur gällande rätt bör utformas.

7.3 Den ekonomiska aspekten av en preklusionsfrist

7.3.1 Transaktionskostnader för en preklusionsfrist

Den tredje frågan handlar om hur transaktionskostnaderna ser ut i förhållande till en regel om preklusionsfrist.

Utredningens utgångspunkt är utformningen på gällande rätt och problemet med att upphandlingar under hela upphandlingsprocessen kan överprövas. Gällande rätt i förhållande till transaktionskostnaderna för att genomföra en upphandling kan konstateras uppvisa ett upphandlingsförfarande med problem. Grundproblematiken leder först och främst till att de upphandlande myndigheterna inte på ett effektivt sätt tar tillvara på skattemedlen. Detta konstaterande borde rimligtvis redan ha föranlett en ändring av överprövningsregleringen. Syftet med regleringen spelar ingen roll så länge de materiella bestämmelserna inte ger utrymme för vad som ryms inom den goda affären. De faktaunderlag som den rättekonomiska utredningen bygger på finns tillgängligt och det borde ur ett medborgarperspektiv finnas ett intresse av att användningen av skattemedlen optimeras. Det är även förvånande att problemet inte i större utsträckning har återgetts i den

juridiska debatten. Det går även att ifrågasätta utformningen på överprövningslagstiftningen utifrån de risker den föranleder. Transaktionskostnaderna som följer av gällande rätt är först och främst upphandlingskostnaden och anbudskostnaden. Dessa kostnader utgör inget problem utan får anses vara den minimumkostnad som en tilldelning av ett upphandlat kontrakt leder till. Upphandlingskostnaderna och anbudskostnaderna riskerar däremot med gällande rätt att öka. En sen prövning av tidiga fel i en upphandling kan leda till att dessa kostnader ökar eller till och med fördubblas. På det vis som gällande rätt är utformat tas ingen hänsyn till detta. Även de processkostnader som följer av att en upphandling överprövas borde rimligen kunna hänföra sig till sådana kostnader som kan krävas för en korrekt tilldelning av ett kontrakt. På grund av de risker nuvarande utformning leder till ökar även priserna i de anbud som lämnas vid en upphandling. Den totala kostnaden för den upphandlande myndigheten ökar således i samma mån. Rent praktisk realiserar avsaknaden av en preklusionsfrist kostnader först vid ett beslut om rättelse eller beslut att upphandlingen ska göras om. De andra riskerna realiserar däremot kostnader som inte är lika tydliga. Exempelvis borde en konkurrensminskning i form av färre anbud också leda till ökade priser.

En renodlad preklusionsfrist skulle i förhållande till gällande rätt minska riskerna och de kostnader som är en följd av dessa. Styrkan hos en preklusionsfrist är därför den riskminimering som följer av en sådan bestämmelse. Med minskad risk för att behöva göra om en upphandling följer att incitamentet att utforma upphandlingen efter den upphandlande myndighetens behov ökar. Ur ett samhällsekonomiskt effektivitetsperspektiv kan därför upphandlingskostnaden minska med en regel om preklusionsfrist. Anbudskostnaden kvarstår. Med en preklusionsfrist skulle däremot en juridisk kostnad aktualiseras för leverantörerna. Den kontroll som krävs av förfrågningsunderlaget hade inte kunnat vänta tills det att tilldelningsbeslutet är taget med en preklusionsfrist. Därför skulle leverantörernas kostnad att delta i en upphandling öka i förhållande till gällande rätt.

Den slutliga effekten av en preklusionsfrist kan antas vara att det skulle leda till en kostnadsökning för leverantörerna då dessa förutsätt vara mer aktiva i upphandlingsprocessen. De risker som leder till kostnader för båda parter skulle å andra sidan minska. Denna kostnadsminskning får förutsättas komma även leverantörerna till godo. Ur effektivitetssynpunkt skulle en regel om preklusionsfrist i förhållande till gällande rätt leda till att de upphandlande myndigheterna får det bättre, medan leverantörerna får det lite sämre. Den samhällsekonomiska effektivitetsökningen skulle däremot vara så pass stor att det ur ett rättesekonomiskt perspektiv ändå skulle vara bättre med en preklusionsfrist.

7.3.2 Transaktionskostnader för en påtalandeplikt

Den fjärde frågan handlar om Överprövningsutredningens förslag om en påtalandeplikt och om hur en sådan regel påverkar transaktionskostnaderna.

Förslaget om en påtalandeplikt måste likt en regel om preklusionsfrist jämföras i förhållande mot gällande rätt för att utröna dess effekt gentemot problemet med sena överprövningar. En påtalandeplikt skulle precis som en preklusionsfrist verka riskminimerande. Således skulle ett införande leda till samhällsekonomisk effektivitet. De upphandlande myndigheternas möjlighet att rätta ett fel tidigt utan någon domstolsprövning minskar risken för att upphandlingen behöver göras om markant. Alla de kostnader som föranleds av denna risk kan således minskas med en påtalandeplikt. Även de risker som följer av att upphandlingar överprövas minskas.

Upphandlingskostnaden och anbuds-kostnaden förändras inte och får som utgångspunkt accepteras enligt samma resonemang som för en regel om preklusionsfrist. En påtalandeplikt skulle förskjuta kostnaderna i förhållande till gällande rätt. Den juridiska kostnaden uppkommer för leverantörerna och ställer krav på delaktighet vid en upphandling. Eftersom en påtalandeplikt bygger på en möjlighet för de upphandlande myndigheterna att rätta ett fel innan en domstolsprövning minskar risken för processkostnader. Vid en jämförelse med en regel om preklusionsfrist är där en tydligare förskjutning av processkostnaderna till en juridisk kostnad.

7.4 Avslutande kommentarer

Som konstaterats överensstämmer gällande rätt för frågan om en preklusionsfrist inte med den bakomliggande EU-rätten. Det har även framgått att förslaget om en påtalandeplikt reser frågor kring huruvida en sådan regel är lösningen på denna brist. Det är därför av vikt att ytterligare kommentera det förslag om en påtalandeplikt som föreligger.

Överprövningsutredningens förslag brister i den prövning som uppställs i rättsmedelsdirektivet. Mot bakgrund av direktivs genomförande kan denna brist läkas, men förutsätter att regeln stadgar en faktisk prövning. Resultatet kommer annars att bli att även kommande lagstiftning inte harmoniseras med rättsmedelsdirektivet. Bristen kommer att förflyttas från att ha utgjorts av en möjlighet att överpröva en upphandling under hela upphandlingsprocessen, till att utgöras av en brist i möjligheten att få ett beslut prövat. Det är därför oundvikligt att jämföra förslaget om en påtalandeplikt med en regel om preklusionsfrist som förutsätter en prövning.

Förslaget om en påtalandeplikt kan ur en rättsekonomisk aspekt vara önskvärd. Den samhällsekonomiska effekten av en påtalandeplikt skulle

vara större än i förhållande till gällande rätt. Den ekonomiska effekten av en påtalandeplikt är rimligtvis större än den ekonomiska effekt som följer av en regel om preklusionsfrist. Den ekonomiska effekten av en preklusionsfrist är däremot i förhållande till gällande rätt fortfarande större. I en jämförelse mellan de två alternativen kan slutsatsen dras att båda reglerna resulterar i en större samhällsekonomisk effekt än vad gällande rätt gör.

Oavsett om förslaget om en påtalandeplikt lyckas utformas i enlighet med EU-rätten är det mot bakgrund av EU-domstolens uttalande lite som att uppfinna hjulet igen. Med domstolens uttalanden i frågan om en preklusionsfrist föreligger det redan riktlinjer för ett förslag som dels harmonierar med rättsmedelsdirektivet, dels säkerställer rätten till effektiva rättsmedel genom ett införande av en processuell preklusionsfrist. Fördelen med en preklusionsfrist skulle vara att överprövningsreglerna blir mer operativa och tydligt markerar leverantörernas delaktighet i upphandlingsprocessen. En preklusionsfrist skulle processrättsligt tydliggöra skyldigheten som föranleder leverantörens rätt till prövning. Leverantörernas skyldighet att delta i upphandlingarna med mer än att enbart lämna anbud och en rättighet att få överpröva upphandlingen är även i överensstämmelse med vad EU-domstolen har uttalat. Således föreligger inget hinder för ett krav på aktiva leverantörer. I förhållande till den bild som den rättsekonomiska utredningen ger för handen skulle en riktning på överprövningsreglerna med större krav på leverantörerna resultera i en mera samhällsekonomisk effekt.

Ett införande av en preklusionsfrist ställer å andra sidan högre krav på juridiskt kunnande. En förutsättning för att kunna ta tillvara på sin rätt, genom att ansöka om överprövning inom preklusionsfristen, är att leverantörerna har den kompetens som krävs för att kunna kontrollera exempelvis ett förfrågningsunderlag. En förskjutning av upphandlingsreglerna i riktning mot mer juridik i upphandlingsprocess skulle således vara följderna av ett införande av en preklusionsfrist. Avvägningen mellan den juridiska aspekten och den ekonomiska aspekten blir på detta vis tydlig. Förhållandet måste således också vägas in vid en bedömning av en förändring av överprövningsbestämmelserna. Mer juridik i upphandlingsprocessen för leverantörerna, som en följd av säkerställandet av deras rättighet att få en effektiv och skyndsam prövning, är däremot rimligtvis ett nödvändigt ”ont” mot bakgrund av EU-rätten.

En annan aspekt, som uppsatsen endast kort har berört, är domstolens handläggningstid. En förutsättning för att en preklusionsregel ska kunna få maximalt positiv effekt är att domstolarnas handläggningstid är rimliga i förhållande till regeln. En lång handläggningstid förtar effekten av en snabb och skyndsam prövning. Således kräver ett införande av en preklusionsfrist även att handläggningstiderna utreds mer. Överprövningsutredningen har i sitt betänkande lagt fram ett förslag om handläggningstider för förvaltningsrätterna. En tidsfrist om 90 dagar från ansökan om överprövning, inom vilken domstolen måste avgöra målet, skulle enligt utredningen effektivisera upphandlingsprocessen. Nuvarande

handläggningstider är oftast kortare än 90 dagar, men skulle enligt förslaget dels ge en övre gräns för att avgöra mål om offentlig upphandling, dels skapa incitament att förbättra handläggningsrutinerna. Huruvida en tidsfrist om 90 dagar är tillräcklig för att harmonisera med den bakomliggande EU-rätten eller är tillräckligt samhällsekonomiskt effektiv går utanför uppsatsens syfte och frågeställningar. Frågan om domstolens handläggningstid kan således behöva utredas ytterligare.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Propositioner

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

Statens offentliga utredningar

SOU 2006:28. Nya upphandlingsregler 2.

SOU 2013:12. Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling.

SOU 2015:12. Överprövning av upphandlingsmål m.m.

Kommittédirektiv

Dir. 2005:39. Tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen 2004 (2004:04).

Dir. 2013:105. Ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar.

Annat tryck

Konkurrensverket, Uppdragsforskning 2009:4, *Effektivare offentlig upphandling – problem och åtgärder ur ett rättsekonomiskt perspektiv*. (cit: Konkurrensverket 2009:4)

Konkurrensverket, Rapport 2013:5, *Överprövningar av offentliga upphandlingar – Siffror och fakta*. (cit: Konkurrensverket 2013:5)

Konkurrensverket, Rapport 2014:1, *Siffror och fakta om offentlig upphandling – Statistik om upphandlingar som genomförts under 2013*. (cit: Konkurrensverket 2014:1)

Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2014:8, *Överprövning av offentliga upphandlingar – En intervjustudie om skillnader mellan LOU och LUF*. (cit: Konkurrensverket 2014:8)

Elektroniska källor

Svenskt Näringsliv, Remissyttrande, Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) (2/1 2016):
http://www.svensktnaringsliv.se/material/remissvar/remissvar-50-2015pdf_617394.html/BINARY/Remissvar%2050-2015.pdf

Konkurrensverket, Yttrande, Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) (2/1 2016):

http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/15-221_overprovningensutredningens-betankande.pdf

Kalmar kommun, Yttrande över SOU 2015:12: Överprövning av upphandlingsmål m.m. (2/1 2016):
http://www.kalmar.se/Kalmar%20kommun/Demokrati/Politik/KS/HandlingarKS/2015KS/KS150602/Handlingar/22_Overprovning_upphandling.pdf

Sveriges advokatsamfund, yttrande över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (2/1 2016):
https://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Remissvar/513606_20150612112736.pdf

Konkurrensverket, Rådet för forskningsfrågor (2/1 2016):
<http://www.konkurrensverket.se/forskning/radet-for-forskningsfragor/>

SKL Kommentus, Blir det ett stopp för överprövningar nu? (2/1 2016):
<https://www.skllkommentus.se/inkopscentral/nyheter/blir-det-ett-stopp-for-overprovningar-nu/>

Upphandlingsmyndigheten, uppgifter (2/1 2016):
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/uppgifter/>

Sylvan, Mathias, Välkommen EU-dom om överprövningar. (2/1 2016):
<http://upphandling24.se/valkommen-eu-dom-om-overprovningar/>
(cit: Sylvan, M, Välkommen EU-dom om överprövningar, Upphandling24)

Olsson, Erik, Får vi börja nu? Om att använda ny lag för att tolka gammal – analys. (2/1 2016): <http://www.jpinfo.net.se/JP-UpphandlingsNet/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv/Nyhetsvisningssida/?docid=2578140&search=&portalid=>
(cit: Olsson, E, Får vi börja nu? Om att använda ny lag för att tolka gammal – analys, jpinfo.net)

Wennergren, Bertil, von Essen, Ulrik, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar, version den 1 september 2015, sjätte upplagan med tillägg och ändringar (2/1 2016), zeteo.wolterskluwer.se
(cit: Wennergren & von Essen, Zeteo, kommentaren till FPL)

Andersson, Rosén, Helena, Mühlenbock, Eva.Maj, Willquist, Henrik, Piper, Catharina, Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, version den 30 juni 2014, andra upplagan (2/1 2016), zeteo.wolterskluwer.se
(cit: Andersson, m.fl. Zeteo, kommentar till LOU)

Litteratur

Andersson, Torbjörn, Dahlberg, Mattias, Reichel, Jane, Samulsson, Joel, *Juridikens termer*, tionde upplagan, 2015, Liber.

(cit: Andersson, m.fl.)

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel, Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, Jure.

(cit: Asplund, m.fl.)

Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling: på rätt sätt och till rätt pris*, första upplagan, 2011, Studentlitteratur.

(cit: Bergman, m.fl.)

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Vogel, Hans-Heinrich, Warnling-Nerep, Wiweka, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, trettonde upplagan, 2014, Norstedts juridik.

(cit: Bernitz, m.fl.)

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, femte upplagan, 2014, Norstedts juridik.

(cit: Bernitz & Kjellgren)

Cooter, Robert, Ulen, Thomas, *Law & Economics*, sjätte upplagan, 2012, Addison-Wesley.

(cit: Cooter & Ulen)

Dahlman, Christian, Glader, Marcus, Reidhav, David, *Rättsekonomi: en introduktion*, andra upplagan, 2005, Studentlitteratur.

(cit: Dahlman, m.fl.)

Driesen, Davis M, *The Economic Dynamics of Law*, 2012, Cambridge University Press.

(cit: Driesen)

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod. I: Juridisk metodlära* (Korling, Fredric och Zamboni, Mauro red.), första upplagan, 2013, Studentlitteratur, s. 21-46.

(cit: Kleineman, J)

Posner, Richard A, *Economic analysis of law*, 1972, Little Brown and Company.

(cit: Posner)

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod. I: I: Juridisk metodlära* (Korling, Fredric och Zamboni, Mauro red.), första upplagan, 2013, Studentlitteratur, s. 109-140.

(cit: Reichel, J)

Skogh, Göran, Lane, Jan-Erik, *Äganderätten i Sverige – En lärobok i rättsekonomi*, andra upplagan, 2000, SNS Förlag.

(cit: Skogh & Lane)

Tidskrifter

Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 1-10.

(cit: Jareborg, SvJT 2004)

Olsen, Lena, Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004, s. 105-145.

(cit: Olsen, SvJT 2004)

Engström, Johanna, Toskansk olivolja får svenska domstolar på glid – EG-rättens betydelse för några förvaltningsprocessrättsliga spørsmål, ERT 2005:1, s. 138-155.

(cit: Engström, ERT 2005:1)

Piper, Catharina, Näslund, Johanna, Vikten av att ha kunskap om EU-direktiven redan nu, Offentliga Affärer 5, 2015.

(cit: Piper & Näslund, Offentliga Affärer 2015)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål 26/62 van Gend & Loos, Domstolens dom av den 5 februari 1963. N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen. ECLI:EU:C:1963:1.

Mål 6/64 Costa mot E.N.E.L, Domstolens dom av den 15 juli 1964. Flaminio Costa mot E.N.E.L. ECLI:EU:C:1964:66.

Mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft. Domstolens dom av den 17 december 1970. Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel. ECLI:EU:C:1970:114.

Mål 33/76 Rewe, Domstolens dom av den 16 december 1976. Rewe-Zentralfinanz eG, Rewe_Zentral AG mot Landwirtschaftskammer für das Saarland. ECLI:EU:C:1976:188.

Mål 106/77 Simmenthal. Domstolens dom av den 9 mars 1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal S.p.A. ECLI:EU:C:1978:49.

Mål 14/83 von Colson, Domstolens dom av den 10 april 1984. Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen. ECLI:EU:C:1984:153.

Mål 222/84 Johnston, Domstolens dom av den 15 maj 1986. Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary. ECLI:EU:C:1986:206.

Mål 222/86 Heylens m.fl., Domstolens dom av den 15 oktober 1987. Union nationale des entraineurs et cadres techniques professionnels du football mot Georges Heylens, Jacques Dewailly, Jacques Amyot och Roger Deschodt. ECLI:EU:C:1987:442.

Mål C-97/91 Borelli, Domstolens dom (femte avdelningen) av den 3 december 1992. Oleificio Borelli SpA mot Kommissionen. ECLI:EU:C:1992:491.

Mål C-261/95 Palmisani, Domstolens dom (femte avdelningen) den 10 juli 1997. Rosalba Palmisani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). ECLI:EU:C:1997:351.

Mål C-76/97 Tögel, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 24 september 1998. Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse. ECLI:EU:C:1998:432.

Mål C-131/97 Carbonari m.fl., Domstolens dom (femte avdelningen) den 25 februari 1999. Annalisa Carbonari m.fl. mot Università degli Studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica, Ministero del Tesoro. ECLI:EU:C:1999:98.

Mål C-81/98 Alcatel m.fl., Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 28 oktober 1999. Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. ECLI:EU:C:1999:534.

Mål C-324/98 Teleaustria, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 7 december 2000. Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG i närvaro av Herold Business Data AG. ECLI:EU:C:2000:669.

Mål C-92/00 Hospital Ingenieure, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 18 juni 2002. Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien. ECLI:EU:C:2002:379.

Mål C-50/00 Unión de Pequeños Agricultores mot Rådet, Domstolens dom den 25 juli 2002. Unión de Pequeños Agricultores mot Europeiska unionens råd. ECLI:EU:C:2002:462.

Mål C-470/99 Universale-Bau m.fl., Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 12 december 2002. Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Söhne Bauges.mBH Salzburg, 2. ÖSTU-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH. ECLI:EU:C:2002:746.

Mål C-327/00 Santex, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 27 februari 2003. 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-467/01 Eribrand, Domstolens dom (första avdelningen) den 19 juni 2003. Ministero delle Finanze mot Eribrand SpA. ECLI:EU:C:2003:364.

Mål C-230/02 Grossmann Air, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 12 februari 2004. Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republiken Österrike. ECLI:EU:C:2004:93.

Mål C-26/03 Stadt Halle, Domstolens dom (första avdelningen) den 11 januari 2005. Stadt Halle, RPL Recycling Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. ECLI:EU:C:2005:5.

Mål C-300/04 Eman och Sevinger, Domstolens dom (stora avdelningen) den 12 september 2006. M.G. Eman och O.B. Sevinger mot College van burgemeester en wethouders van Den Haag. ECLI:EU:C:2006:545.

Mål C-241/06 Lämmerzahl, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 11 oktober 2007. Lämmerzahl GmbH mot Freie Hansestadt Bremen.
ECLI:EU:C:2007:597.

Mål C-456/08 Kommissionen mot Irland, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 28 januari 2010. Europeiska kommissionen mot Irland.
ECLI:EU:C:2010:46.

Mål C-599/10 SAG, Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 29 mars 2012. SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europé a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA mot Úrad pre verejné obstarávanie och Národná dial'ničná spoločnosť a.s.
ECLI:EU:C:2012:191.

Mål C-538/13 eVigilo Ltd, Domstolens dom (femte avdelningen) den 12 mars 2015. eVigilo mot Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, med stöd av NT Service UAB, HNIT-Baltic UAB. ECLI:EU:C:2015:166.

Högsta domstolen

NJA 2013 s. 762.

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 1997 ref. 65.

RÅ 2002 ref. 50.

RÅ 2005 ref. 10.

RÅ 2005 ref. 62.

RÅ 2009 ref. 69.

HFD 2013 ref. 53.

HFD, mål nr 6331-14, dom 2015-10-01.

Kammarrätterna

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2910-08, dom 2008-06-18.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3105-11, 3107-11, beslut 2011-09-30.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1250-14, dom 2014-11-12.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2856-14, dom 2015-10-21.

Förvaltningsrätterna

Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 4149-10, dom 2010-10-07.

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 39731-10, dom 2010-11-05.

Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 12140-11, dom 2011-12-08.
Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 6849-12, dom 2012-09-11.
Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 9064-14, dom 2014-08-18.
Förvaltningsrätten i Härnösand, mål nr 517-15, dom 2015-06-24.