



Publikation

Preklusion möjlig enligt LOU?

21 oktober, 2021

Förvaltningsrätten i Falun har i en dom den 16 april 2021 avslagit en ansökan om överprövning avseende ett ramavtal för måleriarbeten med hänsyn till så kallad preklusion. Med en direktivkonform tolkning av rättsmedelsdirektivet och med stöd i EU-domstolens rättspraxis kom förvaltningsrätten fram till att sökanden frånfallit sin rätt till invändning mot upphandlingsdokumentens utformning eftersom sökanden hade lämnat anbud och anpassat sig efter upphandlingsdokumentet i fråga, och då inte lidit någon skada. Kammarrätten i Sundsvall har nu upphävt förvaltningsrättens dom och återförvisat målet till förvaltningsrätten för ny prövning. (Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1157-21).

Med preklusion avses en tidsfrist för ansökan om överprövning för de inledande momenten i en upphandling. I upphandlingssammanhang får förstås att när tidsfristen försuttits, så finns inte längre möjlighet för parterna att åberopa eventuella brister som grund för en senare överprövning.

I praktiken betyder alltså preklusion för en leverantör att denne går miste om möjligheten att föra in nya omständigheter i ett överprövningsmål efter en viss tid.

I det aktuella målet hade leverantören, som rangordnats som trea i ramavtalet, i förvaltningsrätten gjort gällande att upphandlingsdokumentens utformning begränsat leverantörens möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eftersom minuspriser inte varit tillåtna i upphandlingen. Leverantören ansåg därför att förvaltningsrätten skulle ingripa mot upphandlingen.

Preklusion i upphandling Kilpatrick Townsend

Förvaltningsrätten ansåg dock att bolaget fick anses ha frånfallit sin rätt till invändning mot upphandlingsdokumentet eftersom leverantören lämnat ett anbud som varit anpassat till upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten kom alltså fram till att möjligheten till invändningar mot upphandlingsdokumentet hade prekluderats med anledning av leverantörens agerande. För sin bedömning hämtade förvaltningsrätten i domskälen stöd i EU:s rättsmedelsdirektiv, EU-domstolens rättspraxis samt en utredning (SOU 2015:12), som i sitt betänkande som föreslog att en leverantör skulle åläggas att inom viss tid påtala ett

upphandlingsfel. Förvaltningsrätten fäste särskilt vikt vid betydelsen av effektivitet, skyndsamhet och leverantörens ansvar i en upphandling – och att det påstådda upphandlingsfelet var känt för leverantören redan vid anbudets lämnande.

Leverantören överklagade domen till Kammarrätten i Sundsvall, som fann skäl att ta upp överklagandet till omedelbart avgörande. Kammarrätten konstaterade att någon preklusionsfrist inte hade införts i de svenska upphandlingsreglerna och att det framgår av förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 155 ff).

I avsaknad av en explicit regel om preklusion ansåg kammarrätten att förvaltningsrätten inte haft möjlighet att avslå bolagets ansökan om överprövning med hänvisning endast till att bolaget angripit upphandlingsdokumenten i ett för sent skede och därmed inte lidit eller riskerar att lida skada. Med hänsyn till att förvaltningsrätten på grund härav inte prövat invändningarna i det konkurrensuppsökande skedet, fann kammarrätten att målet skulle återförvisas till förvaltningsrätten.

Det kan således konstateras att kammarrätten ansåg att förvaltningsrätten gjorde en för långtgående tolkning av det bakomliggande rättsmedelsdirektivet och EU-domstolens rättspraxis när den utan stöd i en uttrycklig rättsregel kom fram till att bolagets invändningar mot upphandlingsdokumenten var prekluderade.

Rättsläget ger idag stöd för att en leverantör kan angripa upphandlingsfel i det konkurrensuppsökande skedet (t.ex. fel i upphandlingsdokumenten) oavsett om den lämnat anbud eller inte. Det finns inga begränsningar häremot i LOU t.ex. i form av tidsfrister.

I praktiken innebär förvaltningsrättens dom en inskränkning av leverantörens rätt att få sin talan om upphandlingsfel i upphandlingsdokumenten prövad i sak. En begränsning av rättigheter kräver stöd i lag, vilket saknas med avseende härpå. Enligt vår mening vilade den nu upphävda domen, som kammarrätten också kom fram till, på för långtgående tolkningar och ett allt för bräckligt stöd i EU-domstolens rättspraxis. Nämnda minimidirektiv och förhandsavgöranden ger i stället enligt vår mening stöd för möjligheten för medlemsstaterna att införa särskilda preklusionsregler. Detta har Sverige – hittills – inte gjort.

Värt att notera är att Finansdepartementet den 29 december 2020 remitterade ett utkast till lagrådsremiss för ändring i upphandlingsreglerna. Den 3 juni 2021 lämnade regeringen över remissen till Lagrådet. Bland regeringens förslag till ny lagstiftning fanns bl.a. införande av preklusionsfrister. Regeringen har sedermera den 16 september 2021 beslutat om propositionen "Ett förenklat upphandlingsregelverk" där det föreslås vissa ändringar i upphandlingsreglerna för att förenkla upphandlingar under tröskelvärdet. Om allt går som planerat kan det bli ny lagstiftning redan den 1 februari 2022. Regeringen väntas också efter årsskiftet besluta om en ytterligare proposition gällande överprövningsreglerna, där de i lagrådsremissen föreslagna reglerna om preklusion vid överprövning sannolikt kommer att behandlas närmare.

De nya preklusionsregler som föreslogs i lagrådsremissen avsåg dock att ange en viss tidsfrist för möjligheten för leverantören att föra in omständigheter i målet (bl.a. två veckor i förvaltningsrätten). Även om dessa uttryckliga regler skulle bli verklighet skulle förvaltningsrätten således inte av de skäl som anfördes i domen ha möjlighet att vägra en prövning i sak av upphandlingsfel i det konkurrensuppsökande skedet, såvida omständigheterna i målet anförts inom tidsfristen ifråga.