

---

# OM OMSÄTTNING

Erik Olsson\*

---

## 1. INLEDNING

När jag är ute och föreläser om de nya upphandlingsdirektiven finns det en regel som alltid väcker särskilt intresse, i synnerhet bland lite mindre företag, nämligen regeln om maximalt omsättningskrav. Regeln som framgår av artikel 58.3 i upphandlingsdirektiv 2014/24 anger att en myndighet som kräver att leverantören ska ha en viss minsta årlig omsättning inte får ställa upp ett sådant krav som överstiger ett belopp som är två gånger så högt som det uppskattade kontraktsvärdet om det inte finns särskilda skäl med hänsyn till upphandlingsobjektets art för ett högre belopp.

Som framgår av beaktandesats 83 är denna begränsning i möjligheten att uppställa ett omsättningskrav motiverat av hänsyn till små och medelstora företags möjlighet att delta i offentlig upphandling.

Vid första påseendet kan bestämmelsen synas vara tydlig och lättillämpad och det kan konstateras att ingen remissinstans inkom med några särskilda anmärkningar avseende bestämmelsens innebörd. Vid en närmare granskning kan emellertid konstateras att bestämmelsen inte svarar på en praktiskt väldigt betydelsefull fråga, nämligen hur omsättningskravet ska bestämmas vid kontrakt eller ramavtal som löper under mer än ett år.

## 2. ORDALYDELSEN

Bestämmelsens ordalydelse ger vid handen att den minsta årliga omsättningen som huvudregel får bestämmas till ett belopp som motsvarar två gånger det uppskattade kontraktsvärdet.

Som framgår av artikel 5 i direktiv 2014/24 ska beräkningen av det uppskattade värdet av en upphandling grundas på det totala beloppet exklusive mervärdesskatt som ska betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning, inbegripet varje form av eventuell optionsrätt och de eventuella

---

\* Erik Olsson, Advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

klausuler om förlängning av kontrakten som uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten. Denna bestämmelse har, vad avser exempelvis upphandling av ramavtal som löper över flera år, tolkats så att det är det totala värdet under hela ramavtalets löptid som ska utgöra upphandlingens beräknade värde.

En sådan tolkning ger emellertid en något besynnerligt resultat vad gäller just bedömningen av krav på minsta omsättning. Om vi exempelvis tänker oss ett ramavtal som löper över fyra år skulle en sådan tolkning i realiteten innebära att det var möjligt för upphandlande myndigheter att ställa ett omsättningskrav på upp till åtta gånger det årliga kontraktsvärdet.

### 3. SYFTESANALYS

Det enda som framgår av beaktandesatserna till direktivet rörande syfte bakom begränsningen av eventuella omsättningskrav är att omsättningskrav ofta utgör ett omotiverat hinder för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling samt att omsättningskrav inte ska få uppställas annars än när de står i proportion till kontraktsföremålet. I bestämmelsen framgår att högsta omsättning vid förnyad konkurrensutsättning på ett ramavtal ska bestämmas efter värdet av de kontrakt som enligt förfrågan ska fullgöras samtidigt men bestämmelsen synes inte ta hänsyn till vad som gäller för uppdrag som löper över längre tid än ett år.

Begränsningen till två gånger kontraktsföremålet kan uppfattas som en form av förhandsbesked vad avser vad som normalt ska anses utgöra ett proportionerligt omsättningskrav. Att man inför en särskild regel minimiregel kan därför anses ha två syften. Dels att skapa en rättssäkerhet för myndigheter i det att de ska kunna få visshet i vad som (under alla omständigheter) utgör ett proportionerligt omsättningskrav, på så sätt att den myndighet som ställer upp ett omsättningskrav som understiger två gånger kontraktsvärdet inte ska riskera att få detta underkänt av domstol. Dels att påverka myndigheter att inte, annat än när det är påkallat av särskilda skäl, uppställa ett högre omsättningskrav än så och därmed öppna upp för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling.

Dessvärre medför det förhållande att unionslagstiftaren inte verkar ha reflekterat över att kontrakt och ramavtal kan löpa över längre tid än ett år att bestämmelsen inte uppnår den klagörande effekt som den är avsedd att ha.

Sue Arrowsmith har i den senaste utgåvan av *The law of public and Utilities procurement* uppmärksammat denna oklarhet och synes göra gällande att bestämmelsen ska tolkas så att regeln om högsta möjliga omsättning ska beräknas utifrån det totala värdet under ett ramavtals hela löptid men att ett sålunda beräknat omsättningskrav ändå kan komma att anses oproportionerligt vid en

prövning i det enskilda fallet.<sup>1</sup> En sådan lösning är emellertid inte särskilt tillfredställande eftersom det skapar just en sådan osäkerhet för den upphandlande myndigheten som bestämmelsen är tänkt att undanröja.

Samtidigt måste konstateras att ett omsättningskrav beräknat på ett ramavtals hela löptid (oaktat hur lång tid detta är) mycket väl kan te sig oproportionerligt och komma i konflikt med den överordnade regeln om att krav ska stå i rimlig proportion till kontraktsföremålet och därmed möjliggöra för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.

#### 4. FÖRESLAGEN TOLKNING

För att uppnå de syften som regeln om maximalt omsättningskrav har, dvs. att skapa en rättssäkerhet för upphandlande myndigheter samtidigt som man möjliggör för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling vill jag förespråka att omsättningskravet beräknas utifrån det uppskattade *årliga* kontraktsvärdet vid ramavtal och kontrakt som löper över flera än ett år.

Med en sådan tolkning medges myndigheterna en rättssäkerhet såtillvida att ett sålunda beräknat omsättningskrav aldrig ska kunna anses oproportionerligt. Man skapar med andra ord en ”safe-harbour” för myndigheters uppställande av omsättningskrav.

Det kan naturligtvis, såsom Sue Arrowsmith också påpekar, finnas situationer där ramavtal som löper över flera års tid kan innebära investeringar som medför att ett omsättningskrav motsvarande två gånger det årliga kontraktsvärdet inte är tillräckligt för att uppnå den leveranstrygghet som myndigheten behöver. Sådana situationer borde emellertid kunna hanteras inom ramen för möjligheten att uppställa högre omsättningskrav vid särskilda skäl med hänsyn till upphandlingsobjektets art.

Denna tolkning har också den fördelen att den förhindrar att myndigheten regelmässigt vid ramavtal som löper över flera år, uppställer omsättningskrav som vida överstiger den årliga omsättning på kontraktet. På så sätt främjas små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling utan att myndigheter som verkligen behöver ett högre omsättningskrav fräntas möjligheten att motivera ett sådant med hänvisning till särskilda skäl.

Det är naturligtvis olyckligt att även denna typ av enkla bestämmelser vilka syftar till att skapa en tydlighet i upphandlingslagstiftningen visar sig vara ofullständiga och öppnar upp för tolkningssvårigheter. Dessvärre synes denna typ av oklarhet snarare vara regel än undantag i upphandlingsdirektivet och vi tvingas återigen konstatera att inte heller den svenska lagstiftaren har lyckats hantera dessa otydligheter vid genomförandet av upphandlingsdirektiven.

<sup>1</sup> Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement – regulation in the EU and UK*, tredje upplagan, s. 1193–1194.

