
ÄNDAMÅLSENLIG RESTRIKTIVITET – ETT VÄLKOMMET FÖRTYDLIGANDE VID TILLÄMPNINGEN AV UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA UNDANTAG

Erik Olsson, Olle Lindberg & Albin Svensson*

1. INLEDNING

Nästan tre decennier med direktivstyrda upphandlingsregler passerade innan vi fick ett svenskt förhandsavgörande från EU-domstolen på upphandlingsrättens område. Det är svårt att anklaga svenska domstolar för att hänga på låset till rue du Fort Niedergrünwald i Luxembourg, men nu står vi inför vad vi hoppas är ett trendbrott – på ”bara” tre år har Högsta förvaltningsdomstolen begärt förhandsavgörande i inte ett, utan två svenska upphandlingsmål. Den senaste domen kom den 3 februari 2022 i ett mål som rör frågan om överlåtelse av ett kontrakt till följd av leverantörens insolvens.

I den här krönikan kommer vi däremot inte att uppehålla oss vid frågan som prövades i EU-domstolens nya dom i mål C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*.¹ Vi kommer istället att uteslutande ägna oss åt EU-domstolens uttalande i punkt 30:

”Artikel 72.1 d ii) i direktiv 2014/24 och därmed även begreppet insolvens ska tolkas restriktivt, eftersom det i den artikeln, såsom framgår av punkterna 20 och

* Erik Olsson, advokat och delägare, Olle Lindberg, advokat och senior associate, och Albin Svensson, associate, samtliga vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

¹ För formens skull bör vi i vart fall nämna att målet rör tolkningen av artikel 72.1 d ii) i direktiv 2014/24/EU, dvs. bestämmelsen som möjliggör överlåtelse av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal från en leverantör till en annan till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens. Frågan i målet var om denna bestämmelse, vilken utgör ett undantag från huvudregeln om att leverantörsbyten i upphandlade kontrakt och ramavtal ska föregås av ett annonserat förfarande, kunde tillämpas även i fall då det inte skett någon verksamhetsövergång annat än på så sätt att de skyldigheter och rättigheter som följer av det aktuella avtalet överlätits.

21 ovan, föreskrivs ett undantag. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 62 i sitt förslag till avgörande får denna tolkning dock inte medföra att detta undantag förlorar sin ändamålsenliga verkan. Detta skulle vara fallet om begreppet insolvens endast avsåg de fall där den ursprungliga leverantörens verksamhet där det aktuella ramavtalet ingår, åtminstone delvis övertogs av den nya leverantören och om detta begrepp inte förstods i sin sedvanliga, mer vidsträckta betydelse.” (vår understrykning)

Uttalandet utgör ett länge efterlängtat förtydligande om hur den så kallade restriktivhetsprincipen vid tolkning av undantag från upphandlingsdirektivens tillämpningsområde rätteligen ska förstås.

2. RESTRIKTIVITETSPRINCIPENS FRAMVÄXT

Första gången EU-domstolen uttalade att undantaget från upphandlande myndigheters skyldighet att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt, var i mål 199/85, *kommissionen mot Italien*.² Målet avsåg tillämpningen av 1971 års upphandlingsdirektivs bestämmelser om undantag från direktivets annonserade förfaranden i fall av synnerlig brådska. EU-domstolen uttalade följande.

”Those provisions, which authorize derogations from the rules intended to ensure the effectiveness of the rights conferred by the Treaty in the field of public works contracts, must be interpreted strictly and the burden of proving the actual existence of exceptional circumstances justifying a derogation lies on the person seeking to rely on those circumstances.” (punkt 14 i domen)

Allt sedan detta avgörande har EU-domstolen upprepat budskapet att undantag från upphandlingsdirektivets annonserade förfaranden ska tolkas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som bär bevisbördan för att det föreligger förutsättningar för att tillämpa ett undantag. Vidare har undantaget successivt getts en allt mer generell tillämpning:

- I mål C-57/94, *kommissionen mot Italien*, tillämpades restriktivhetsprincipen för första gången på undantaget för tekniska skäl.³
- I mål C-26/03, *Stadt Halle*, uttalade domstolen att det finns en skyldighet för varje upphandlande myndighet att tillämpa upphandlingsdirektiven när

² Att restriktivhetsprincipen gäller för återopande av synnerlig brådska som skäl för undantag från upphandlingsdirektivets annonserade förfaranden har sedermera upprepat i C-318/94, *kommissionen mot Tyskland*, EU:C:1996:149, punkterna 13–14.

³ Mål C-57/94, *kommissionen mot Italien*, EU:C:1995:150 punkt 23. Restriktivhetsprincipen har sedermera använts vid tekniska skäl i de förenade målen C-20/01 och 28/01, *kommissionen mot Tyskland*, EU:C:2003:220, punkt 58, mål C-385/02, EU:C:2004:522, *kommissionen mot Italien*, punkt 19–20 och mål C-394/02, EU:C:2005:336, *kommissionen mot Grekland*, punkt 33.

förutsättningarna för detta är uppfyllda och att varje undantag från denna skyldighet ska tolkas strikt.⁴

- I mål C-458/03, *Parking Brixen*, tillämpade EU-domstolen restriktivetsprincipen även utanför det direktivstyrda området. I målet hade en upphandlande myndighet åberopat Teckal-undantaget (för så kallad *in house*-tilldelning) för att motivera en direkttilldelning av en tjänstekoncession. EU-domstolen fastslog att även om tjänstekoncessioner endast regleras av fördragets bestämmelser om fri rörlighet, ska möjligheten för upphandlande myndigheter att undanta *in house*-tilldelningar från upphandlingskyldighet tolkas strikt.⁵
- I mål C-413/17, *Roche Lietuva*, använde EU-domstolen för första gången restriktivetsprincipen på en annan fråga än undantagen från annonseringsskyldigheten för en viss anskaffning. Målet rörde istället de direktivbestämmelser som, i vissa undantagsfall, tillåter upphandlande myndigheter att i den tekniska beskrivningen i en upphandling hänvisa till exempelvis ett specifikt varumärke eller en tillverkningsmetod som är unik för en viss leverantör. Avgörandet synes således vidga restriktivetsprincipens tillämpningsområde från undantag från annonseringsskyldigheten till undantag rent generellt.

Den svenska lagstiftaren uppfattade tidigt restriktivetsprincipen som en princip med ett mycket brett tillämpningsområde och som träffade varje undantag i LOU. I förarbetena till LOU har den svenska lagstiftaren, med hänvisning till EU-domstolens praxis, gett restriktivetsprincipen tillämpning på undantagen för särskilda tjänster, som bland annat omfattar undantaget för hyresavtal och annan rätt till fastighet. Lagstiftaren har vidare ansett att restriktivetsprincipen ska gälla för undantaget för Sveriges väsentliga säkerhetsintressen, förvaltning av statsskulden, ambulanstjänster och samverkan mellan upphandlande myndigheter.⁶

Den svenska lagstiftaren har alltså uttalat att restriktivetsprincipen ska tillämpas på även sådana undantag som EU-domstolen (vid tillfället för lagstiftarens uttalande) inte har tagit ställning till. Vi menar därför att den svenska lagstiftaren utvidgat restriktivetsprincipens tillämpningsområde till fler undantagssituationer än vad EU-domstolen gett uttryck för eller som annars följer av upphandlingsdirektiven.

Även Högsta förvaltningsdomstolen har hänvisat till restriktivetsprincipen i ett antal avgöranden:

⁴ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, EU:C:2005:5, punkterna 44–46. Motsvarande generella uttalanden har EU-domstolen gjort i mål C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*, EU:C:2014:303, punkt 22–23; och mål C-553/15, EU:C:2016:935, *Undis Servizi*, punkt 29.

⁵ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, EU:C:2005:605, punkt 63.

⁶ Prop. 2015/16:195 s. 381, 396, 415 och 419. Se även prop. 2006/07:128, s. 291.

- I RÅ 2005 ref. 10 angav Högsta förvaltningsdomstolen att undantaget för förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till att leverantören har ensamrätt att utföra de aktuella tjänsterna ska tillämpas restriktivt.
- I RÅ 2008 ref. 79 ålade Högsta förvaltningsdomstolen den upphandlande myndigheten bevisbördan för att förutsättningar förelåg för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till konstnärliga skäl.
- I HFD 2017 ref. 66 och i HFD 2019 ref. 65 tillämpade Högsta förvaltningsdomstolen restriktivitetsprincipen avseende undantaget vid påstådd synnerlig brådska.

Sammantaget kan det sägas att den rättsfigur som vi kallar restriktivitetsprincipen har fått ett stort genomslag i EU-domstolens praxis, men ett ännu större genomslag i den svenska upphandlingsrätten. Det har dock förekommit röster som varnat för en allt för långtgående och vidsträckt tillämpning av restriktivitetsprincipen.

3. KRITIK MOT EN ALLTFÖR LÅNGTGÅENDE TILLÄMPNING AV RESTRIKTIVITETSPRINCIPEN

Den kritik som framförts mot en alltför långtgående tillämpning av restriktivitetsprincipen har framförallt kommit från generaladvokater vid EU-domstolen.

I sitt förslag till förhandsavgörande i *Helmut Müller* anger generaladvokat Mengozzi följande.

”Som bekant är det riktigt att domstolen i sin rättspraxis på vissa områden uttryckligen har gjort en ’funktionell’ tolkning av bestämmelserna i gemenskapsrätten. På området för offentlig upphandling har så skett med avseende på begreppen upphandlande myndighet och offentligrättsligt organ. Det ska dock i det avseendet först och främst påpekas att vid dessa tillfällen användes den funktionella tolkningen för att klargöra innebörden av ett specifikt begrepp, och inte för att allmänt definiera tillämpningsområdet för hela regelverket för offentlig upphandling. I de ovannämnda målen hade dessutom tillämpningen av en funktionell tolkning huvudsakligen till syfte att förhindra att enorma luckor uppstod som skulle ge omfattande utrymme för missbruk: jag syftar exempelvis på det mål där ett offentligrättsligt organs typiska verksamhet övertogs efter bildandet av ett bolag, utan att bolagsordningen ändrades, eller på det mål där den offentliga finansieringen (av i det fallet ett programföretag) skedde genom att påföra alla som innehade en radio- eller tv-mottagare en avgift, i stället för genom en direkt utbetalning av offentliga medel.

Enligt min mening står det således klart att direktivets tillämpningsområde i stället ska fastställas med hänvisning till, i första hand, de objektiva villkor som anges i själva direktivet. Det betyder naturligtvis inte att den som gör tolkningen måste undvika varje resonemang av ’funktionellt’ slag. I själva verket är det uppenbart att

de mål som eftersträvas med direktivet utgör en av de viktigaste utgångspunkterna vid tolkningen: dessa kan dock inte utgöra den enda jämförelseparametern och de kan inte bortse från lagstiftarens avsikt att definiera bestämmelsernas tillämpningsområde.”⁷

Mengozzis inställning kan sammanfattas som att en restriktiv tolkning framförallt ska användas för att stävja missbruk av direktivens undantag, men inte för att bortse från lagstiftarens avsikt att definiera gränserna för direktivens tillämpningsområde. Ett annat sätt att uttrycka det är att om lagstiftaren definierat en viss tjänst som undantagen från upphandlingsdirektiven, så ska en restriktiv tolkning inte leda till att den undantagna tjänsten ändå omfattas av direktivens tillämpningsområde.

Även generaladvokat Campos Sánchez-Bordona har fört resonemang om att restriktivitetsprincipen inte bör utsträckas till så kallade definitionsundantag, dvs. undantag som avser direktivets tillämpningsområde, snarare än rätten att under vissa omständigheter använda ett icke-annonserat förfarande.

”Det bör påpekas att undantaget av dessa mekanismer för samarbete mellan upphandlande myndigheter från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 inte bygger på den binära logiken regel/undantag, utan på en annan syn på den spelplan där det direktivet är tillämpligt.

Syftet med att det samarbete mellan offentliga myndigheter som avses i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ’inte ska omfattas av’ [fotnot borttagen, vår anm.] tillämpningsområdet för direktivet, är att markera gränserna för direktivet, vars övriga regler helt enkelt inte är tillämpliga på sådant samarbete. Det är därför som jag inte anser att de uttalanden som domstolen har gjort i de tidigare domarna rörande det (restriktiva) tolkningskriterium som gäller för undantag, till skillnad från huvudregeln, i sig automatiskt kan användas för att tolka detta undantag.”⁸

Slutligen anförde generaladvokat Saugmandsgaard Øe i sitt förslag till avgörande i mål C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, följande avseende hur insolvensbegreppet i det aktuella undantaget ska förstås.

”Eftersom det rör sig om ett undantag från huvudregeln om att upphandlingsförfarande ska genomföras, ska den omtvistade bestämmelsen visserligen tolkas restriktivt vad gäller begreppet insolvens. Denna tolkning får dock inte frånta undantaget dess ändamålsenliga verkan. Detta vore emellertid fallet om begreppet insolvens skulle vara begränsat till att avse situationer i vilka det berörda företags rörelse åtminstone delvis kan drivas vidare och inte skulle förstås i sin sedvanliga vidare mening. Härvid ska det betonas att begreppet ’insolvens’ används på ett generellt

⁷ Generaladvokat Paolo Mengozzis förslag till avgörande i mål C-451/08, *Helmut Muller*, EU:C:2009:710, punkterna 38–39.

⁸ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona förslag till avgörande i mål C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, EU:C:2020:47, punkterna 37–38.

sätt och enligt min mening kan täcka alla de insolvenssituationer som nämns i artikel 57.4 b i direktiv 2014/24.”⁹

Det är intressant att Saugmandsgaard Øe använder sig av en språklig analys grundad i insolvensbegreppets ”sedvanliga mening”. Detta är en viktig påminnelse om att olika begrepps juridiska innebörd inte bör avlägsna sig allt för långt från vad dessa begrepp har för innebörd enligt normalt språkbruk. Vad Bertil Bengtsson en gång varnade om avseende den juridiska definitionen av gåva äger tillämplighet för alla juridiska begrepp som också har en mer allmän användning.

”Skulle man kalla för gåva vad varken affärsmän eller folk i allmänhet skulle vilja ge en sådan beteckning, finns det risk för att allmänheten skulle bli än mera skeptisk mot rättsordningens visdom än nu är fallet.”¹⁰

I Sverige har kritik mot restriktivtetsprincipen framförts av bland annat *Wendelsson* och *Sällfors* i Upphandlingsrättslig tidskrift och av undertecknade i denna tidskrift.¹¹ Den huvudsakliga poängen i denna kritik är samma som den som framförts av ovan nämnda generaladvokater: det måste förmodas att lagstiftaren har haft en avsikt med de undantag som lagstiftaren formulerat vad avser direktivens tillämpningsområde. Utifrån detta synsätt bör en tolkning av dessa undantag vara ändamålsenlig, snarare än restriktiv, och utgå från det förmodade eller angivna syftet med det aktuella undantaget.¹² Om restriktivtetsprincipen tillämpas fullt ut på alla undantag så kommer detta leda till att upphandlingsdirektivet får ett bredare tillämpningsområde än vad lagstiftaren faktiskt hade tänkt sig.

4. EN MER RESTRIKTIVT TILLÄMPAD RESTRIKTIVITET

I *Advania Sverige och Kammarkollegiet* presenterar EU-domstolen en lösning på den beskrivna problematiken. Lösningen är lika elegant som den är enkel.

⁹ Generaladvokat Henrik Saugmandsgaard Øes förslag till avgörande i mål C-461/20, *Advania Sverige och Kammarkollegiet*, EU:C:2021:729, punkt 62.

¹⁰ Bertil Bengtsson, *Om gåvobegreppet i civilrätten*, SvJT 1962 s. 696–697.

¹¹ Se Daniel Wendelsson och Kristoffer Sällfors, *Undantagen från upphandlingskyldigheten*, UrT 2021 nr 2; Erik Olsson och Johan Falk, *Allt är inte upphandling som glimmar*, ERT, Häfte nr 3, 2017, s. 590–593; Erik Olsson och Olle Lindberg, *Att vara eller inte vara – är det verkligen frågan? Om befintlighetsbegreppet i LOU:s hyresundantag*, ERT, häfte nr 3, 2015, s. 681–683.

¹² För utveckling av detta resonemang, se bilaga 3 till SOU 2019:56 Idéburen välfärd, *Promemoria av advokaten Erik Olsson och biträdande juristen Johan Falk*.

I punkt 30 i domen upprätthåller EU-domstolen sina tidigare uttalanden om att alla undantag ska tillämpas restriktivt, men tar samtidigt fasta på grunden i den kritik som beskrivits ovan, nämligen att *en restriktiv tolkning inte får medföra att undantaget förlorar sin ändamålsenliga verkan*. I nästföljande mening i samma punkt tillämpar EU-domstolen denna ändamålsenliga restriktivitet på det aktuella undantaget och finner att det aktuella undantaget ska ges en *vidsträckt betydelse*. Genom att ställa sig frågan vad ett undantag faktiskt syftar till att uppnå, resulterar EU-domstolens restriktiva tolkning i att det aktuella undantaget ska ges en vidsträckt tillämpning.

Vi hoppas att också svenska domstolar, och den svenska lagstiftaren, anammar denna form av ändamålsanalys, snarare än att slentrianmässigt hänvisa till att alla undantag ska tillämpas restriktivt.

