

# Årskrönika för SOI 2020

---

Allt sedan starten 2015 har vi på Kahn Pedersen försökt föra fram och utveckla särskilt svåra frågor inom våra specialistområden, bland annat genom att några gånger per år ge ut rapporter i denna skriftserie.

Vår målsättning om att behandla rättsfrågor på djupet leder inte sällan till att ett enskilt nummer av skriftserien kan bli förhållandevis omfattande och 2020 års första nummer, *Juridisk informationssäkerhet – att samordna arbetet enligt säkerhetskylslagen, NIS-lagen, dataskyddsförordningen och annan lagstiftning om informationssäkerhet* är inget undantag med sina dryga 100 sidor.

När vi på Kahn Pedersen blev ombedda av SOI:s årskonferens att på 45 minuter summera allt viktigt som hänt i praxisväg sedan 2019 års konferens insåg vi snabbt att vi knappast kunde använda samma akademiska angreppssätt som kommit att bli vårt signum i skriftserien.

Istället fick det bli en lite annorlunda utgåva av skriftserien. Nio rättsliga reflektioner, en per medarbetare i vår upphandlingsgrupp, från det gångna året. Något att hålla i handen medan man går runt på SOI:s årskonferens eller när man lyssnar på vår föreläsning på samma tema. Och den som vill gå djupare kan ju alltid leta upp en av våra många författare i vimlet på årskonferensen.

Som vanligt tillhandahålls alla nummer av skriftserien kostnadsfritt på vår webbplats under en Creative Commons Erkännande-Inga Bearbetningar 4.0 Internationell Licens, vilket möjliggör mångfaldigande och spridning av materialet förutsatt att inga ändringar görs och att källan anges.

Ämnet för denna rapport, som har nummer 2020:2, är årskrönika för SOI.

---

1. KRISTIAN PEDERSEN OM ONORMALT LÅGA ANBUD .....	4
2. LISA LINDEBERG SANDAHL OM SKADESTÅND .....	7
3. VIKTOR ROBERTSON OM IOP .....	10
4. KAROLINA KJELLBERG OM SKA-KRAV .....	14
5. ERIK OLSSON OM RAMAVTAL .....	16
6. ALBIN SVENSSON OM RÄTTSMEDEL .....	20
7. SOFIA NORDBERG OM DIREKTUPPHANDLING .....	24
8. OLLE LINDBERG OM KONKURRENSVERKETS STÄLLNINGSTAGANDEN .....	27
9. MAGNUS EHN OM GOLVPRISER .....	29
Om Advokatfirman Kahn Pedersen .....	32



# 1. Kristian Pedersen om onormalt låga anbud

Sedan några år tillbaka är det under vissa förutsättningar en skyldighet, och inte bara en möjlighet, för en upphandlande myndighet eller enhet att förkasta anbud som är onormalt låga.<sup>1</sup> Denna förändring har lett till en markant ökning av antalet mål där den vinnande anbudsgivarens prissättning ifrågasätts. Kännetecknande för måltypen är att det oftast inte är den upphandlande myndigheten eller enheten, utan en konkurrerande leverantör, som väcker frågan om onormalt lågt anbud. Om man ska sammanfatta det senaste årets kammarrättspraxis kan det dock konstateras att det inte varit särskilt enkelt för leverantörer att nå framgång med denna typ av talan.

I praktiken måste den som gör gällande att ett anbud ska förkastas visa dels att anbudet är onormalt lågt, dels att leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Årets fyra kammarrättsdomar på området kanske bäst kan summeras så här:

Ett anbud som var 12–34 % lägre än övriga inkomna anbud ansågs inte vara så (onormalt) lågt att den upphandlande myndigheten var skyldig att begära in en förklaring.<sup>2</sup>

En leverantör som tar emot statligt stöd är bara skyldig att visa att

---

1 Se 16 kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") respektive 15 kap. 7 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF").

2 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4418-18.

stödet är förenligt med EU:s statsstödsbestämmelser om myndigheten först bedömt att leverantörens anbudspris är onormalt lågt.<sup>3</sup>

Även om det ankommer på en myndighet eller enhet att identifiera onormalt låga anbud har myndigheten relativt stor frihet att avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud.<sup>4</sup>

Den leverantör som ansökt om överprövning har bevisbördan för att det ifrågasatta anbudet varit onormalt lågt och det krävs en relativt stark bevisning för att visa detta.<sup>5</sup>

Ett anbud som var 36 % lägre än andra anbud ansågs inte onormalt lågt när leverantören tidigare, till ett ännu lägre pris, levererat en liknande tjänst till den upphandlande myndigheten.<sup>6</sup>

En förklaring av ett lågt anbudspris kan exempelvis röra leverantörens kundkännedom, samordningsvinster med andra kontrakt, vilja att ta marknadsandelar samt utnyttjande av överkapacitet och andra stor-driftsfördelar.<sup>7</sup>

Det samlade intrycket är att det finns ett stort utrymme för anbudsgivare att lämna anbud som avviker från vad som kan antas vara ett normalt marknadspris eller som är påtagligt lägre än övriga anbudsgivares priser. Bara för att ett pris ligger påtagligt lägre än konkurrenternas innebär inte det att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att begära en förklaring. I de fall en förklaring har begärts in finns det dessutom ofta goda förutsättningar för anbudsgivaren att lämna en godtagbar förklaring.

Det förefaller rimligt att det inte ska vara helt enkelt för en upphandlande myndighet eller enhet att förkasta ett anbud för att dess pris är för lågt satt. Ett sådant förkastande innebär i praktiken ett påstå-ende om att leverantören avser att begå avtalsbrott och är inget man bör ta lättvindigt. I realiteten innebär dock detta att den praktiska betydelsen av bestämmelserna om onormalt lågt anbud ofta inte blir särskilt stor och att ett av upphandlande myndigheters eller enheters främsta medel mot oseriösa leverantörer istället är uteslutningsgrunderna i 13 kap.

Slutligen är det svårt att prata om onormalt lågt anbud utan att nämna Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2019 ref. 39. Målet avsåg visserligen inte en prövning om ett visst anbudspris varit onormalt lågt, men har ändå en tydlig koppling till frågeställningen. Målet rörde en ramavtalsupphandling av yrkeskläder och skor som genomfördes av SKL Kommentus Inköpscentral ("SKI"). Upphandlingen omfattade ett specificerat sortiment och ett övrigt sortiment. Produkterna

---

3 Ibid.

4 Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2993-18.

5 Ibid.

6 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3929-19.

7 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4418-18 och mål nr 2796-19.

i det specificerade sortimentet skulle anges som nettopriser, medan det för det övriga sortimentet inte skulle avtalas några priser. Istället skulle anbudsgivarna ange en viss rabatt för hela det övriga sortimentet och därefter skulle produkterna köpas för vid var tid gällande ordinarie pris med avdrag för den avtalade rabatten.

I upphandlingen var det ett obligatoriskt krav att anbudsgivarna skulle ange sina bruttopriser för produkterna i det övriga sortimentet. Bruttopriserna skulle vara anbudsgivarnas verkliga priser, dvs. ordinarie priser, och fick inte vara särskilt framtagna för upphandlingen. SKI misstänkte att en anbudsgivares bruttopriser för det övriga sortimentet var särskilt framtagna för upphandlingen och begärde därför en förklaring av hur bolaget uppfyllde det obligatoriska kravet. SKI ansåg inte att förklaringen var tillfredsställande och förkastade därför bolaget. Frågan i målet blev om detta förkastande inte egentligen var ett förkastande på grund av onormalt lågt anbud och därför borde ha föregåtts av att anbudsgivaren skulle få tillfälle att förklara sig enligt det kontradiktoriska förfarande som lagen föreskriver.

Högsta förvaltningsdomstolen angav att syftet med bestämmelserna om att kunna förkasta onormalt låga anbud är att förebygga att upphandlande myndigheter ingår avtal med leverantörer då det finns en risk att leveransen inte utförs enligt avtalet. Syftet med det kontradiktoriska förfarandet är att skydda en anbudsgivare från myndighetens godtycke vid bedömningen av om anbudet är onormalt lågt. Det stod därför enligt domstolens uppfattning klart att bestämmelserna om onormalt låga anbud endast avsåg sådana priser som ska utgöra avtalsvillkor. Eftersom prisuppgifterna för det övriga sortimentet skulle lämnas för att uppfylla ett obligatoriskt krav, men inte utgöra avtalsvillkor, hade SKI därmed inte skyldighet att tillämpa det kontradiktoriska förfarande som gäller vid misstankar om onormalt låga anbud.

Prejudikatsvärdet av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande är kanske inte jättestort, eftersom priser som efterfrågas i upphandlingar normalt också ska tillämpas under avtalstiden. Den ordning som användes i SKI:s upphandling förekommer framförallt i upphandlingar av kläder, möbler och livsmedel där det ordinarie sortimentet kan komma att förändras under avtalstiden.



## 2. Lisa Lindeberg Sandahl om skadestånd

Bara några dagar innan 2019 inleddes hade Högsta domstolen i sitt avgörande NJA 2018 s. 1127 "FMV Upphandling" till synes väsentligen minskat utrymmet för leverantörer att få skadestånd för nedlagda överprövningskostnader. Det som efter Fidelia upplevdes som en uppenbar skadeståndstalan varje gång en leverantör nått framgång i en överprövningsprocess reducerades till en möjlighet att eventuellt få skadestånd i vad som får beskrivas som en ovanlig situation.<sup>8</sup>

I FMV Upphandling uttalades att överprövningskostnader visserligen kan utgöra en ersättningsgill skada, men att omständigheterna i Fidelia var speciella.<sup>9</sup> Domstolen angav att en leverantör, Spinator, för att få överprövningskostnaderna ersatta som skadestånd, inte endast måste vinna framgång i överprövningsprocessen, utan också måste förlora möjligheten att tilldelas kontraktet som en följd av omständigheter leverantören själv inte kan lastas för. Spinator vann visserligen framgång i överprövningsprocessen då det beslutades att upphandlingen skulle göras om, men i den nya upphandlingen lämnades inget anbud av Spinator, utan istället av ett av Spinator helägt dotterbolag. Domstolen konstaterade därför dels att Spinator dragit nytta av de tidigare kostnaderna, dels att skadan avvärijts genom överprövningsprocessen då Spinator fått möjlighet att lämna anbud i den nya upphandlingen. Att moderbolaget inte lämnat något anbud var således en omständighet

---

<sup>8</sup> Den så kallade Fidelia-domen, NJA 2013 s. 762, var den första dom där Högsta domstolen tillerkände en leverantör skadestånd för den kostnad leverantören haft för att lämna anbud och ansöka om överprövning av en upphandling.

<sup>9</sup> Se NJA 2018 s. 1127, p. 29.

hänförlig till bolaget självt och uteslöt därmed möjligheterna till skadestånd för överprövningskostnaderna.

Domstolen konstaterade därutöver i FMV Upphandling-målet att rätten till skadestånd för överprövningskostnader enligt gällande lagstiftning endast blir aktuell i specifika fall och att det inte kan utläsas från varken EU-rätt eller nationell rätt att en leverantör mer generellt ska tillerkännas ersättning för sina kostnader för att få ett upphandlingsfel rättat.<sup>10</sup>

Trots att Högsta domstolen beskriver ett ovanligt scenario har underinstanserna vid två tillfällen under 2019 dömt ut skadestånd för leverantörers överprövningskostnader.<sup>11</sup>

I ett avgörande från Svea hovrätt hade Stockholms läns landsting ("Landstinget") annonserat en upphandling av kollektivtrafik i skärgården, vilken senare avbröts. För att upprätthålla trafiken ingick därför Landstinget en serie tillfälliga avtal med de befintliga utförarna, däribland Ressel Rederi ("Rederiet"). En ny upphandling genomfördes under 2015, där Rederiet rangordnades på andra plats. Rederiet överprövade upphandlingen, vilket ledde till att kammarrätten under hösten 2016 beslutade att den skulle göras om i vissa delar. Under våren 2016 hade dock Landstinget direkttilldelat avtal till vinnaren i upphandlingen. Rederiet ansökte därför om ogiltigförklaring av avtalet hos Förvaltningsrätten i Stockholm. Domstolen ansåg att det visserligen fanns grund för att ogiltigförklara avtalet, men att det ändå skulle få bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset av att ha trafiken igång. För Rederiet innebar beslutet att man fått rätt i sakfrågan angående avtalets giltighet, men att man trots detta inte fick möjlighet att tilldelas kontraktet. Rederiet väckte därför talan mot Landstinget vid Stockholms tingsrätt och yrkade skadestånd, inklusive ersättning för överprövningskostnader, med anledning av den otillåtna direktupphandlingen.

Angående Rederiets yrkande om överprövningskostnader konstaterade hovrätten i första hand att de omständigheter som lett till den otillåtna direktupphandlingen endast var hänförliga till Landstinget. Det hade visserligen varit absolut nödvändigt för Landstinget att tilldela kontraktet, men hovrätten ansåg att den tidspress som lett till direkttilldelningen endast berodde på Landstingets bristande framförhållning och planering. Det var följaktligen inte omständigheter som Rederiet kunde lastas för som lett till dess förlorade möjligheter att tilldelas kontraktet.

Vidare fann hovrätten att Rederiet faktiskt hade vunnit framgång i förvaltningsrätten trots att avtalet fått bestå och att Rederiet således fått avslag på sin talan. Hovrätten menade att Rederiet vunnit framgång i den huvudsakliga frågan eftersom förvaltningsrätten ansett att det fanns skäl för att ogiltigförklara avtalet. Trots framgången i

---

<sup>10</sup> Ibid p. 32.

<sup>11</sup> Svea hovrätt, mål nr 7651-18 samt Solna tingsrätt, mål nr 7350-18.



förvaltningsrätten fick Rederiet, till följd av omständigheter man inte kunde klandras för, inte möjlighet att tilldelas kontraktet. Hovrätten fann därför att Rederiets rättegångskostnader i överprövningsprocessen varit onyttiga för Rederiet, och därmed var ersättningsgilla.

I Solna tingsrätts dom tar domstolen tydlig vägledning från Fidelia och FMV Upphandling i bedömningen. Målen presenteras i kontrast till varandra, och bedömningen baseras därefter på omständigheternas likheter med dessa två domar.<sup>12</sup> Tingsrätten fann att de ändamålsskäl som framfördes av Högsta domstolen i Fidelia även kan vara tillämpliga i andra mål, särskilt när lagstiftaren inte varit tydlig i frågan. Domstolen kom därför till slutsatsen att leverantören ska kunna tillerkännas ersättning för rättegångskostnader när det finns skyddsvärda ändamålsskäl för skadeståndsskyldighet. I målet konstaterade tingsrätten slutligen att Fidelia-domen innebär att en leverantör kan ha en principiell rätt till skadestånd som inte hindras av den allmänna förvaltningsrättsliga principen om att rättegångskostnader inte ersätts.

I båda avgörandena anas att ändamålsskäl för att skydda överprövningsinstitutets syfte väger förhållandevis tungt, särskilt i brist på vidare vägledning kring hur Fidelia ska tolkas. Solna tingsrätt uttalar vidare att det bör finnas utrymme för domstolarna att bestämma LOU:s skadeståndsregels närmare innebörd i avseenden där lagstiftaren varit otydlig, men att ändamålsskäl talar för skadeståndsskyldighet. Detta uttalande kan närmast uppfattas som en efterlysning av vidare vägledning från Högsta domstolen.

---

<sup>12</sup> Se särskilt den sektion i tingsrättens dom som benämns "Likheter med Fidelia- och Spintor-fallen".



### 3. Viktor Robertson om IOP

Det går knappast att prata om ideella organisationers deltagande i offentlig upphandling utan att också prata om Högsta förvaltningsdomstolens rykande färskas dom angående Alingsås kommuns avtal med Bräcke diakoni.<sup>13</sup> Målet rör ett så kallat idéburet offentligt partnerskap, IOP, vilket innebär att kommunen och Bräcke diakoni utan föregående upphandling har ingått avtal om att samverka kring driften av ett vård- och omsorgsboende.

Konkurrensverket ansåg dock att samverkansavtalet utgjorde ett kontrakt med ekonomiska villkor som borde ha upphandlats enligt LOU. Konkurrensverket drog därför kommunen inför domstol och begärde fem miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift. I en dom, som var så lång att den innehöll en innehållsförteckning, gav förvaltningsrätten Konkurrensverket rätt och bestämde att kommunen skulle betala upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrättens dom överklagades till kammarrätten, som gick på Konkurrensverkets linje, och för ungefär två veckor sedan kom Högsta förvaltningsdomstolens avgörande.

Innan jag går in på Högsta förvaltningsdomstolens dom behöver dock frågan ställas som alla undrar över, vad är ett IOP – egentligen? Som tur är har detta utretts så sent som i december i fjol genom utredningen om idéburen välfärd.<sup>14</sup> Genom en ovanlig pedagogisk ansats bidrog utredningen dessutom med en kortare vägledning i vilken IOP förklaras. Vägledningen innehåller även en schematisk översikt av hur

---

<sup>13</sup> Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 11 mars 2020 i mål 3165-19.

<sup>14</sup> SOU 2019:56.

en upphandlande myndighet kan tänka vid bedömningen av om ett IOP är aktuellt och lagligt i det enskilda fallet.<sup>15</sup> IOP for dummies, med andra ord.

Till att börja med måste tre olika kriterier vara uppfyllda för att en viss samverkan ska vara ett IOP. Det ska röra sig om ett samarbete mellan offentliga aktörer och idéburna aktörer inom välfärden, samarbetet ska syfta till att uppnå ett gemensamt allmännyttigt ändamål och båda parter ska bidra med sina egna resurser. Men vad är då en idéburen aktör? Om begreppet hårdras och tolkas enligt sin ordalydelse kan det hävdas att alla privata aktörer, ideella som kommersiella, är idéburna på ett eller annat sätt, där de kommersiella aktörerna ofta har som bärande idé att utveckla och erbjuda en så bra produkt eller tjänst som möjligt i syfte att maximera företagets intäkter. Vid en närmare granskning av begreppet framgår dock att det inte är kommersiella idéer som avses i diskussionen om idéburna aktörer. Tvärtom syftar begreppet på verksamheter som *inte* drivs av rent kommersiella hänsyn. Eftersom det idag kan vara svårt att veta vad en idéburen aktör är, föreslår utredningen att begreppet ska definieras i lag och att idéburna aktörer i framtiden ska kunna registrera sig, och på så sätt få ett slags kvitto på att de uppfyller lagens krav.

För att kunna använda ett IOP räcker det dock inte med att konstatera att kriterierna för ett IOP är uppfyllda. Det avtal som tecknas i samband med ett IOP får inte utgöra ett offentligt kontrakt som därmed ska upphandlas enligt LOU, eller annan upphandlingslagstiftning. Vad kännetecknar då ett offentligt kontrakt? Framförallt tre olika aspekter, nämligen (1) ett kontrakt (2) som medför rättsligt ömsesidigt bindande skyldigheter, (3) vars fullgörande kan åberopas i domstol. Även om det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet inte är oproblematiskt kan det kort sammanfattas med att kontraktet ska innebära att den upphandlande myndigheten är skyldig att betala ersättning, i någon form, och att leverantören i motsvarande mån ska vara skyldig att utföra den prestation som kontraktet avser. Om någon part inte gör det den ska, kan den andra parten ta frågan till domstol. Som en jämförelse kan nämnas en ren bidragssituation där myndigheten ger pengar till en idéburen aktör, utan krav på motprestation. I ett sådant fall är kontraktsbegreppet inte uppfyllt.<sup>16</sup>

Kommuner och regioner kan däremot inte stanna där, de måste dessutom pröva om samarbetet är förenligt med den kommunala kompetensen, annars är det som regel inte möjligt för en kommun eller region att bidra till samarbetet.

Därefter är väl allting klart, och ett IOP kan ingås? Dessvärre inte. Eftersom ett IOP inte bör utgöra ett offentligt kontrakt innebär samarbetet istället att myndigheten på något sätt bidrar till den idéburna

---

<sup>15</sup> Se Idéburet offentligt partnerskap – vägledning, Stödmaterial till betänkande av Utredningen om Idéburna aktörer i välfärden.

<sup>16</sup> Se närmare om kontraktsbegreppet i det rättsliga utlåtande som mina kollegor Erik Olsson och Johan Falk upprättat åt utredningen och som finns som bilaga 3 till utredningen.

aktörens verksamhet, alltså ger aktören någon form av stöd. På grund av detta måste myndigheten även pröva om partnerskapet är förenligt med EU:s statsstödsregler. Inom ramen för denna bedömning behöver den upphandlande myndigheten bl.a. ta ställning till om det rör sig om en icke-ekonomisk verksamhet, om handeln mellan medlemsstaterna påverkas av partnerskapet, om det rör sig om en s.k. SGEI-tjänst och om det går att använda något av undantagen i den s.k. GBER-förordningen. Enkelt eller hur? Som tur är har författarna av ovan nämnda vägledning gjort sitt bästa för att ge en bild av det schematiska angreppssätt som en myndighet kan använda för att svara på frågan om ett IOP går att använda.

Som angetts ovan bygger vägledningens schematiska bedömning på förutsättningen att det IOP som ingås inte utgör ett kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Om det gör det aktualiseras nämligen LOU, varpå Alingsås-målet återigen blir relevant att beakta.

I samband med att kammarrätten meddelade sin dom hade dock frågan om Alingsås kommun ingått avtalet med Bräcke diakoni i strid med LOU kunnat ta slut, särskilt med tanke på att chansen att få prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen är så låg som en (1) procent, och därför i det närmaste obefintlig. Till sin hjälp hade Alingsås kommun dock bland annat Sveriges kommuner och regioner (SKR) som i ett brev till Högsta förvaltningsdomstolen bad domstolen att pröva frågan eftersom organisationen ansåg att den var av "fundamental betydelse".

Om Högsta förvaltningsdomstolen faktiskt lät sig påverkas av brevet får vi nog aldrig reda på. Den 1 oktober 2019 meddelade dock domstolen prövningstillstånd och nu har domen i målet äntligen kommit.

Vad kom då Högsta förvaltningsdomstolen fram till? Jo, i likhet med både förvaltningsrätten och kammarrätten ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att Konkurrensverket hade rätt i bedömningen att avtalet mellan Alingsås kommun och Bräcke diakoni inte var undantaget upphandlingsplikt och därför borde ha annonserats. I domen redogjorde Högsta förvaltningsdomstolen först för vad som kännetecknar en tjänst enligt EUF-fördraget och vad som utgör s.k. icke-ekonomiska tjänster av allmänintresse.

Därefter beskrev Högsta förvaltningsdomstolen vad som krävs för att ett avtal ska utgöra ett offentligt kontrakt och därmed omfattas av upphandlingslagstiftningen.

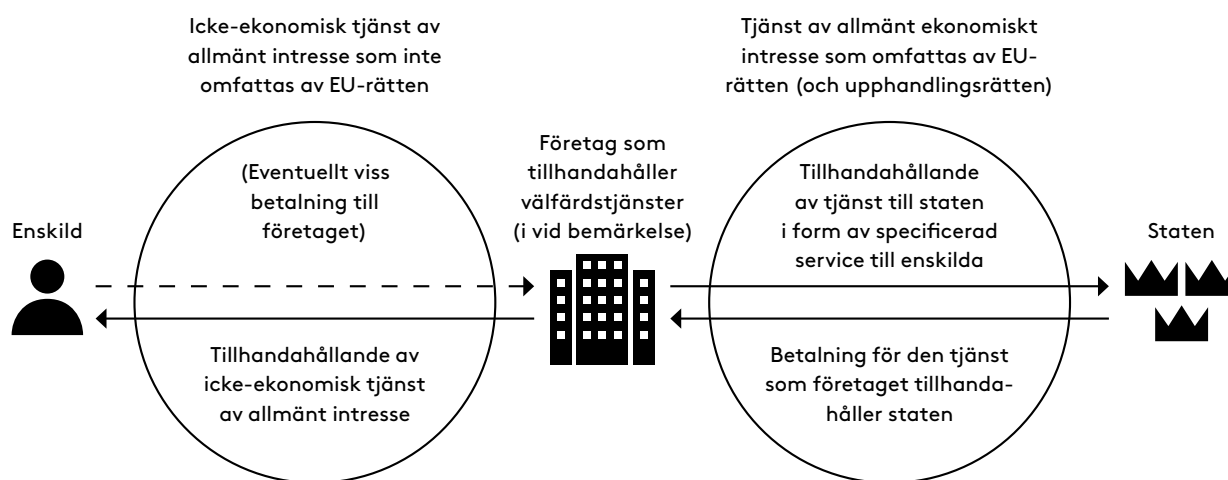
Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade sedan att avtalet mellan Alingsås kommun och Bräcke diakoni uppfyller samtliga kriterier för att vara ett offentligt kontrakt, bl.a. eftersom Bräcke diakoni genom avtalet tillhandahåller tjänster åt Alingsås kommun mot ersättning.

Slutligen prövade Högsta förvaltningsdomstolen om avtalet var undantaget från upphandlingslikt eller inte, bl.a. genom att pröva om den tjänst som Bräcke diakoni utför var av allmänt ekonomisk intresse eller inte. Inledningsvis konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att det

inte fanns några undantag i LOU från att upphandla de tjänster som Bräcke diakoni utför enligt avtalet. Dessutom konstaterade domstolen att det finns en marknad för denna typ av tjänster i Sverige och att Alingsås kommun tidigare upphandlat tjänsterna på den öppna marknaden. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg även att eftersom Bräcke diakoni tillhandahåller tjänster på marknaden är stiftelsen att anse som en leverantör varpå avtalet är ett tjänstekontrakt enligt LOU, även om det betecknades som ett IOP.

Enligt min mening kan Högsta förvaltningsdomstolens bedömning av om en tjänst är ekonomisk eller inte sammanfattas på så sätt att prövningen ska utgå från frågan om det kontrakt som tecknas med den leverantör som ska bedriva tjänsten, t.ex. utbildning, i sig är ekonomiskt till sin natur. Fokus bör alltså inte ligga på den sluttjänst som levereras till användarna av tjänsten, de som får utbildningen, utan den tjänst som den enskilde leverantören erbjuder staten eller kommunen, genom att utföra utbildningen. Med detta synsätt är tjänsten att utföra utbildningen som absolut huvudregel ekonomisk, eftersom det finns en marknad för den.<sup>17</sup>

Nedan figur illustrerar ovan nämnda skillnad i perspektiv:



Så, är IOP som fenomen nu dött? Nej, knappast, men en myndighet som funderar på att ingå ett sådant samarbete behöver nog studera den vägledning som ges i ovan nämnda utredning eftersom det numer står klart att ett avtal som uppfyller kriterierna för ett offentligt kontrakt inte kan ingås direkt med en enskild leverantör, oavsett om det benämns som ett IOP eller inte. Förhoppningsvis innebär Högsta förvaltningsdomstolens dom inte heller att idéburna aktörer slutar erbjuda sina tjänster till kommuner och regioner utan att parterna istället sätter sig ner och diskuterar hur de på bästa sätt kan vidareutveckla IOP som koncept. Det, om något, vore enligt min mening en god idé.

<sup>17</sup> Se för en utveckling av detta resonemang Erik Olsson och Johan Falk, *Där politiken går in, går juridiken ut. En reflektion kring vinstbegränsningens förenlighet med upphandlingsrätten*, Europarättslig tidskrift, nr 4, 2017.



## 4. Karolina Kjellberg om ska-krav

Vissa saker förändras inte. En sådan sak är ska-kravspraxis. Så länge det funnits överprövning så har det också funnits överprövning avseende ska-krav och så länge det funnits överprövning av ska-krav så har det också funnits meningsskiljaktigheter om hur strängt ska-krav ska tolkas.

Man hade kanske kunnat tro att Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i HFD 2016 ref. 37 I och II skulle ha avslutat denna diskussion en gång för alla. Principen i dessa avgöranden kunde inte vara mer tydlig: när en upphandlande myndighet eller enhet beslutat sig för att ställa vissa obligatoriska krav ska potentiella leverantörer kunna känna sig säkra på att dessa krav också upprätthålls under hela förarbetet. Myndigheterna eller enheterna måste därför redan under förberedelserna av upphandlingen se till att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som är nödvändigt. När en myndighet eller enhet bedömt att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas med i anbudet ska potentiella anbudsgivare kunna utgå från att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna uppfylla det avstår från att inge anbud. Det spelar ingen roll om myndigheten i efterhand inser att kravet kanske inte var särskilt nödvändigt trots allt.

Enligt min uppfattning fick HFD 2016 ref. 37 I och II också visst genomslag på så sätt att underrätternas bedömningar generellt blev något mer strikta och att även mindre avvikelser från de obligatoriska kraven ledde till bedömningen att anbudet skulle förkastas. Framförallt försvann under en period avgöranden av den typ som förekommit tidigare där domstolen accepterade mindre avvikelser från ska-kraven

med hänvisning till att det, med anledning av avvikelsernas obetydlighet, vore oproportionerligt att förkasta anbudet.<sup>18</sup>

Under juni 2019 meddelade dock Kammarrätten i Sundsvall en dom som verkar avvika från den strikta bedömning som följer av HFD 2016 ref. 37.<sup>19</sup> Upphandlingen gällde vissa säkerhetstekniska installationer under ett vägbygge. Ett av de obligatoriska kraven var att anbud och samtliga handlingar (med vissa särskilt angivna undantag) som inges med anbud skulle vara på svenska. En leverantör ansökte om överprövning och gjorde gällande att det vinnande anbudet borde förkastas då det bland annat innehöll en kvalitetsplan på norska. Den upphandlande myndigheten invände bland annat att norska är enkelt att förstå och att den kvalitetsplan som innehöll norska inte ens efterfrågats i upphandlingen och därför inte borde tillmätas någon betydelse.

I sin prövning konstaterade kammarrätten att den vinnande anbudsgivarens kvalitetsplan stred mot språkravet eftersom den var upprättad på norska. Att planen inte efterfrågats i upphandlingen saknade betydelse, utan den fick ändå anses utgöra en del av anbudet.<sup>20</sup> När det gällde frågan om anbudet skulle förkastas på denna grund angav kammarrätten dock att proportionalitetsprincipen skulle tillämpas. En uppgift som medför diskvalificering måste vara relevant för upphandlingen och inte vara av oväsentlig betydelse. Eftersom en kvalitetsplan inte hade krävts i upphandlingen vore det enligt kammarrättens mening oproportionerligt att förkasta anbudet. Kammarrätten ansåg alltså att anbudet skulle godtas trots den brist som förelåg i förhållande till det obligatoriska språkravet.

En kammarrättsdom gör ju ingen sommar men det kan konstateras att kammarrätten synes öppna en liten möjlighet till att förena skravsavvikelser med en proportionalitetsbedömning, åtminstone vad avser dokument som inte efterfrågats av den upphandlande myndigheten eller enheten. Det ska bli spännande att följa om detta synsätt sprider sig till de andra kammarrätterna.

Den stora trenden för det senaste året är dock att krav måste vara tydliga för att kunna föranleda förkastande. På ett sätt kan detta sägas vara den andra sidan av samma mynt, som kräver förkastande även vid mindre avvikelser från ska-krav. Praxis kan sammanfattas på följande sätt. Avvikelser från ett tydligt men obetydligt krav ska leda till förkastande. Ett otydligt krav ska inte leda till förkastande även om det är betydelsefullt.<sup>21</sup> Med tanke på hur långtgående konsekvenser ett förkastande får för den enskilda leverantören är detta krav på tydlighet rimligt. En förkastad leverantör ska förstå varför den har blivit förkastad, även om det i och för sig kan vara en till synes obetydlig detalj som leder till förkastandet.

---

18 Se exempelvis Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2051-19 och mål nr 1507-16. Jfr även Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1672-17.

19 Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2502-19.

20 Jfr även Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7483-13.

21 Kammarrätten i Jönköping, mål nr 705-19, mål nr 1172-18 och 2214-18 samt Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5090-18, 7961-18 och 8227-18 är alla exempel på denna princip.



## 5. Erik Olsson om ramavtal

Årets mest namnkunniga avgörande är tveklöst den så kallade Coop-service-domen.<sup>22</sup> Avgörandet som kom lagom till jul 2018 är redan en av de mest kommenterade upphandlingsdomarna någonsin.

Både Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten har skrivit expertutlåtanden och inköpscentraler har fått gå ut med pressreleaser och offentliga ställningstaganden.<sup>23</sup>

All denna analys till trots summeras knäckfrågan kanske bäst i punkt 64 i själva domen.

*”Öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av ramavtalet – vilka principer bland annat anges i artikel 2 i direktiv 2004/18 – skulle åsidosättas om den upphandlande myndighet som från början var part i ramavtalet inte angav den totala kvantitet som det avtalet avsåg.”*

Coop-service-domen innebär alltså en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att ange den totala kvantitet (av varor eller tjänster) som kan komma att avropas från ett ramavtal. Med andra ord, en takvolym, ett maxtak.

Anledningen till att detta föranlett så mycket diskussion är naturligtvis

---

<sup>22</sup> EU-domstolens avgörande i mål C-216/17, Coopservice.

<sup>23</sup> Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1, Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice och Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3, Takvolym i ramavtal.



att det, hittills, inte har varit särskilt vanligt att ramavtal anger en maximal volym. För vad som kan avropas anges ibland volymuppskattningar, men nästan aldrig några maxvolym. Särskilt problematiskt är det för inköpscentraler, med nationell räckvidd och väldigt många avropande myndigheter och enheter, att fastställa maxvolymen till en rimlig nivå. Det kan naturligtvis vara lockande att ta i lite extra för att skaffa sig en viss marginal. Som Konkurrensverket påpekar kan dock ett allt för högt maxtak i sig utgöra en överträdelse av transparensprincipen.<sup>24</sup>

Lite mer i skymundan men nog så intressant har det så kallade Irgita-målet hamnat.<sup>25</sup> Punkt 63 i domen innehåller följande kontroversiella formulering.

*"I förevarande fall ankommer det särskilt på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den upphandlande myndigheten, genom att ingå den interna transaktion som är aktuell i det nationella målet, vars innehåll överlappar det offentliga kontrakt som genomförs av Irgita, i egenskap av den som tilldelats kontraktet, har åsidosatt sina avtalsenliga skyldigheter enligt detta kontrakt, samt principen om öppenhet, om det visar sig att den upphandlande myndigheten inte har definierat sina behov tillräckligt klart, bland annat genom att inte säkerställa att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet får tillhandahålla en minsta mängd tjänster, eller om nämnda transaktion utgör en väsentlig ändring av den allmänna systematiken i det kontrakt som ingåtts med Irgita." (Min understrykning)*

Innebär denna formulering att det, förutom ett krav på maxvolym för ramavtal, även finns ett krav på minimivolym? Det mest uppriktiga svaret på denna fråga är kanske att säga att den är för tidigt väckt och att vi behöver ytterligare vägledning från EU-domstolen. Formuleringen är vad den är, men det var många speciella omständigheter i Irgita-målet som möjligen kan ha bidragit till domstolens uttalande och det är därför fullt möjligt att uttalandet inte ska ses som någon allmän princip utan som en bedömning i det enskilda fallet.

Så, hur har då svenska domstolar reagerat på Coopservice? Det hela kan kanske summeras så här.

Förvaltningsrätten i Malmö anser att Coopservice innebär ett krav på att ange antingen takvolym eller ett maximalt belopp. Domstolen tycker emellertid inte att det finns någon skyldighet att i avtalet ange vad som händer om denna volym överskrids.<sup>26</sup>

Förvaltningsrätten i Härnösand anser å sin sida att en upplysning om den totala årskostnaden för tidigare år ger tillräcklig information för

---

24 Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1, Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen – EU-domstolens avgörande i mål C-216/17 Coopservice, s. 9.

25 EU-domstolens avgörande i mål C285/18, Irgita.

26 Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 11894-19.

att uppfylla transparensprincipens krav.<sup>27</sup> Detsamma har Förvaltningsrätten i Stockholm ansett i vissa mål.<sup>28</sup> I andra mål har Förvaltningsrätten i Stockholm istället funnit att en uppgift om upphandlingens beräknade totala värde inte är tillräckligt tydlig då det inte samtidigt framgår att detta är en takvolym utan tvärtom att omfattningen av tjänsterna kan öka och minska<sup>29</sup> och att en upphandlande myndighet bryter mot transparensprincipen när den inte preciserat den totala kvantitet som kan komma att bli aktuell.<sup>30</sup> Fast det gäller ju så klart inte i de mål förvaltningsrätten istället tyckt att den inte ens behöver ta ställning till om en sådan skyldighet finns eftersom leverantören ändå inte kunnat visa skada.<sup>31</sup> Förutom i de mål där förvaltningsrätten istället först funnit att en skyldighet att redovisa takvolym finns, för att därefter finna att leverantören inte har kunnat visa sin skada.<sup>32</sup> Slutligen borde nämnas att samma förvaltningsrätt i andra mål ansett att redan den förlorade möjligheten för den sökande leverantören att delta i framtida upphandlingar som hade behövt genomföras om det funnits en takvolym är tillräcklig för att visa skada.<sup>33</sup>

Annorlunda är det med Förvaltningsrätten i Luleå som i ett mål anser att en mängdförteckning inte är tillräckligt för att uppfylla Coopservice krav när myndigheten samtidigt reserverat sig på flera sätt och förklarat att ramavtalets omfattning inte ska bestämmas. Förvaltningsrätten anser i det målet det vara självklart att ett pris är beroende av volym och att sökanden därmed uppfyllt skaderekvisitet redan genom ett påstående om att man inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud på grund av felet.<sup>34</sup> Den som läst det målet kan emellertid ha svårt att känna igen sig i följande resonemang från samma förvaltningsrätt:

*"Oavsett hur man ser på den upphandlande myndighetens skyldighet enligt Coopservice så går det i aktuellt fall inte att komma ifrån att [sökanden] är det bolag som innehaft tidigare ramavtal [...] och att underlaget för aktuell upphandling är i princip detsamma. Enligt tidigare avtal ska leverantören lämna statistikuppgifter vid anmodan avseende ex. kvantiteter och inköpsbelopp totalt, per tjänst och beställande enhet. [Sökanden], om någon, måste därför rimligen ha en uppfattning om vad som avropas, ungefärligt värde och kvantitet.*

*Även om den information som [upphandlande myndighet] har lämnat i aktuell upphandling möjligen är lite tunn bedömer alltså förvaltningsrätten att [sökanden] inte har lidit eller riskerat lida skada på grund av detta."*<sup>35</sup>

---

27 Förvaltningsrätten i Härnösand, mål nr 3067-19 och 3198--3205-19.

28 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 5651-19 och 5652-19.

29 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 22174-19.

30 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 4509-19.

31 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 12825-19 m.fl.

32 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 4509-19 och 20446-19.

33 Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 3248-19 och 22174-19.

34 Förvaltningsrätten i Luleå, mål nr 1286-19.

35 Förvaltningsrätten i Luleå, mål nr 639-19.

Och sedan finns ju alltid Förvaltningsrätten i Jönköping som menat att en kommuns uppgift om avtalets värde, även om det är en uppskattning och att avtal, i vart fall i civilrättslig mening är giltigt även efter det att detta värde uppnås, är tillräcklig.<sup>36</sup>

Sammantaget framstår det som rättvist att beskriva förvaltningsrätternas inställning som spretig och då kan konstateras att avgörandena så här långt endast avser Coopservice och att Irgita inte ens har prövats ännu. I skrivande stund har Coopservice-frågan ännu inte nått kammarrätterna men när så väl sker ligger det i farans riktning att även dessa kommer att få svårt att nå en samsyn. Ett prövnings-tillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen och måhända till och med ett hänskjutande till EU-domstolen vore kanske på sin plats? Eller så avvaktar vi och hoppas att det mål som den danska Klagenævnet for Udbud har hänskjutit till EU-domstolen i frågan ger oss den klarhet vi behöver.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Förvaltningsrätten i Jönköping, mål nr 2617-2619-19.

<sup>37</sup> Se EU-domstolens avgörande i mål C-23/20, Simonsen & Weel, pågående.



## 6. Albin Svensson om rättsmedel

Lagom till julen 2019 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen två domar, HFD 2019 ref. 65 och HFD 2019 ref. 58, som båda berörde förvaltningsprocesslagen (1971:291, "FPL") och förutsättningarna för att få sin sak prövad i domstol, om än ur två helt olika perspektiv.

HFD 2019 ref. 65 tog förvisso sikte på tre olika frågor, men som särskilt intresserad av processuellt praktiska frågor var det framför allt en fråga som fångade min uppmärksamhet. Domstolen prövade nämligen frågan om upphandlande myndigheter och enheter har rätt att överklaga en dom där förvaltningsrätten funnit att det inte varit tillåtet att direktupphandla med hänvisning till synnerlig brådska, men samtidigt funnit att avtalet ska få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Annorlunda uttryckt, Högsta förvaltningsdomstolen besvarade frågan om en upphandlande myndighet eller enhet i en sådan situation har klagorätt.

Det kan framstå som att en upphandlande myndighet eller enhet har vunnit framgång i en sådan situation, eftersom domstolen avslår yrkandet om att det direktupphandlade avtalet ska förklaras vara ogiltigt. Detta är dock inte hela sanningen. En sådan dom innebär nämligen att Konkurrensverket måste ansöka om upphandlingsskadeavgift mot myndigheten eller enheten, varför den kan ha ett intresse av att kunna överklaga även en sådan dom. Kammarrätten fann därför i den underliggande domen att upphandlande myndigheter vars avtal fått bestå hade rätt att överklaga förvaltningsrättens dom.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3295-18 m.fl.

Högsta förvaltningsdomstolen har sedan tidigare uttalat att en upphandlande myndighet eller enhet inte har rätt att överklaga ett domstolsavgörande som innebär att ett avtal får bestå, när det endast följer av domstolens motivering, de s.k. domskälen, att avtalet ska bestå.<sup>39</sup> I HFD 2019 ref. 65 konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att den aktuella situationen skiljer sig från tidigare avgöranden på så vis att det även i själva domslutet, dvs. där domstolen besvarar den fråga som ligger till grund för avgörandet, angetts att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Frågan som då uppstår är vilken betydelse detta uttalande i domslutet har för en upphandlande myndighets eller enhets klagorätt.

I ett mål om överprövning av avtals giltighet är saken, dvs. vad målet ytterst handlar om, huruvida ett avtal ska ogiltigförklaras. När en förvaltningsrätt då förordnar om att ett avtal ska få bestå på grund av tvingande hänsyn, innebär det samtidigt att domstolen avslår det yrkande som ligger till grund för hela processen (att avtalet ska ogiltigförklaras).

Högsta förvaltningsdomstolen finner därför att en upphandlande myndighets eller enhets klagorätt inte påverkas av att förvaltningsrätten anger att det förvisso finns förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet men låter det bestå, oaktat var i avgörandet domstolen uttalar detta. Ett sådant beslut har helt enkelt, menar domstolen, inte gått myndigheten emot på det sätt som avses i 33 § FPL.

Konsekvensen av HFD 2019 ref. 65 är att en myndighet eller enhet inte kan överklaga en förvaltningsrätts beslut om att en direktupphandling varit otillåten ifall rätten samtidigt finner att avtalet ska få bestå på grund av tvingande hänsyn. I sammanhanget är det relevant att nämna HFD 2014 ref. 49, där Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att det i den efterföljande processen om upphandlingskadeavgift inte ska ske någon överprövning av förvaltningsrättens avgörande, dvs. det beslut som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan.

Detta innebär i sin tur att när Konkurrensverket ansöker om upphandlingskadeavgift, så ska förvaltningsrättens dom läggas till grund för prövningen av avgiften. I målet om upphandlingskadeavgift ska det däremot inte göras någon bedömning av huruvida förvaltningsrättens avgörande var korrekt i frågan om direktupphandlingen var otillåten.

Det finns förvisso en möjlighet för myndigheten eller enheten att göra gällande att omständigheterna kring den överträdelse som läggs till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingskadeavgift varit sådana att avgiften ska sättas ned eller helt efterges. Myndigheten eller enheten kan också hävda att det är fråga om ett ringa fall och att någon avgift därför inte ska utgå. I praktiken torde det ofta vara så att de argument som den upphandlande myndigheten eller enheten velat anföra i ett överklagande av förvaltningsrättens dom,

---

39 HFD 2017 ref. 45 och HFD 2017 not. 22.

istället får framföras under den därpå följande avgiftsprocessen och därmed beaktas inom ramen för överträdelsens sanktionsvärde. Det går dock att fråga sig om inte alla inblandade hade föredragit att tillerkänna myndigheten eller enheten klagorätt, istället för att dela upp vad som egentligen hade kunnat behandlas inom ramen för en och samma process i två separata processer.

Med detta lämnar vi dock klagorätten. Under det senaste året är det nämligen inte endast upphandlande myndigheter och enheter som hamnat i kläm, utan också vissa leverantörer. Både en, två och tre leverantörer har hamnat i situationer där de antingen ansökt eller haft anledning att ansöka om återställande av försutten tid enligt 37 c § FPL. Återställande av försutten tid är ett s.k. extraordinärt rättsmedel, som innebär att

*"[o]m tiden för överklagande eller en därmed jämförbar åtgärd har försuttits på grund av omständighet som utgör giltig ursäkt, får tiden återställas".*

Bestämmelsen tar i första hand sikte på situationer där klagofristen för ett överklagbart beslut har gått ut. Återställande av försutten tid kan dock, som framgår av lagtexten, även komma i fråga för en med överklagande jämförbar åtgärd. Frågan är dock, vad är "en med överklagande jämförbar" åtgärd?

I HFD 2019 ref. 58 prövade Högsta förvaltningsdomstolen en lite annorlunda situation. En leverantör hade nämligen fått följande besked per e-post från den upphandlande myndigheten

*"vi tycker [...] att det är rimligt att ni får ett par dagar på er att begrundat ytterligare, då det tog tid att få ut [den begärda] informationen. Mot bakgrund av det inträffade tillämpar vi därför förlängd avtalsspärr [från den 5 juli t.o.m. 9 juli 2018]".*

Efter detta besked ansökte leverantören den 9 juli 2018 om överprövning. Förvaltningsrätten avvisade dock ansökan såsom för sent inkommen, med hänvisning till att e-postmeddelandet inte kunde ses som ett nytt tilldelningsbeslut och att avtalsspärren därmed inte kunde anses ha förlängts. Detta kom sedermera att hamna för prövning i Högsta förvaltningsdomstolen.

Redan i RÅ 2007 not. 31 prövade Högsta förvaltningsdomstolen frågan om den upphandlingsrättsliga tiodagarsfristen kan återställas, och konstaterade då att

*"[e]nligt 37 c § FPL får tiden för överklagande eller därmed jämförbar åtgärd under vissa förutsättningar återställas. [Tiodagarsfristen], inom vilken en ansökan om [överprövning] kan prövas av allmän förvaltningsdomstol, är inte av beskaffenhet att kunna återställas".*

Denna prövning gjordes dock utifrån 2007 års LOU. Enligt dåvarande LOU var tiodagarsfristen ingen absolut frist för leverantörerna, utan

var snarare en förbudsregel för den upphandlande myndigheten eller enheten. En upphandlande myndighet eller enhet fick, i likhet med nuvarande LOU, inte teckna avtal förrän tio dagar gått från tilldelningsbeslutet. Däremot kunde leverantörer fortsatt ansöka om överprövning efter utgången av de tio dagarna, förutsatt att myndigheten eller enheten inte tecknat något avtal. Klagofristen kunde därför, i teorin, vara oändlig.

Denna praxis har upprätthållits av kammarrätter också efter det att tiodagarsfristen kommit att bli en absolut klagofrist för leverantörer, dock utan någon närmre motivering om varför bedömningen fortsatt ska vara densamma.

Åter till HFD 2019 ref. 58. Högsta förvaltningsdomstolen fann, föga förvånande, att en avtalsspärr inte kunde förlängas genom ett e-postmeddelande till en enskild leverantör. Domstolen ansåg visserligen att det är möjligt för en upphandlande myndighet eller enhet att förlänga spärrperioden. En sådan förlängning får dock bara ske genom att myndigheten skickar ut en ny underrättelse enligt 12 kap. 12 § LOU till samtliga anbudsgivare, innan den pågående spärrperioden löpt ut. Vad gäller den information som ska framgå av den nya underrättelsen är det tillräckligt att den kompletterar den tidigare underrättelsen med uppgift om den nya spärrperioden.

Till mitt stora förtret innebar Högsta förvaltningsdomstolens bedömning att frågan om tiodagarsfristen enligt LOU är av sådan beskaffenhet att den kan återställas aldrig ställdes på sin spets.<sup>40</sup> Möjligtvis innebär HFD 2019 ref. 58, tillsammans med det senaste årets två ämnesrelaterade avgöranden från kammarrätterna,<sup>41</sup> att frågan om återställande av upphandlingsrättsligt försutten tid vaknar till liv, kanske lagom till julen 2020.

---

<sup>40</sup> Angående återställande i upphandlingsmål, se även Erik Olsson, Karolina Kjellberg och undertecknad i *Ordningen återställd? – om frister och den enskildes rätt till en effektiv och likvärdig (över)prövning*, Europarättslig tidskrift, nr. 4 2019.

<sup>41</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3403-19 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 80-20.



## 7. Sofia Nordberg om direktupphandling

Som Albin nämnde i föregående avsnitt berör HFD 2019 ref. 65, förutom frågan om talerätt för den upphandlande myndigheten eller enheten, även två andra rättsfrågor. Den första frågan är om värdet av alla ingångna avtal ska räknas samman när ett antal upphandlande myndigheter eller enheter gjort en samordnad upphandling. Den andra frågan är vad som utgör synnerlig brådska i en så kallad täckningsköpssituation, dvs. då en upphandlande myndighet eller enhet anser sig behöva göra en direktupphandling för att täcka sitt behov av en viss tjänst under den tid som en överprövningsprocess pågår.

Bakgrunden till målet var i korthet följande. Under 2016 genomförde ett antal upphandlande myndigheter en samordnad upphandling av ramavtal för fast och mobil telefoni. Myndigheternas befintliga ramavtal med Telenor skulle löpa ut den 15 oktober 2017. Telia tilldelades ramavtalet i upphandlingen, varefter Telenor ansökte om överprövning. Under tiden som överprövningsprocessen pågick direktupphandlade myndigheterna de aktuella telefonitjänsterna genom att ingå avtal med Telia om kommunikationstjänster, de s.k. Teliaavtalen. Utöver Teliaavtalen ingick 56 av 72 upphandlande myndigheter dessutom avtal med Telenor om fortsatt tillhandahållande av de aktuella telefonitjänsterna, de s.k. Telenoravtalen. Telenor ansökte därefter om överprövning av samtliga Teliaavtalens giltighet.

I sin bedömning konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen inledningsvis att anskaffningen skett genom en tillfällig gemensam upphandling. Anledningen var att det av handlingarna i målet hade framgått att Teliaavtalen och Telenoravtalen utgjorde delar i ett och samma



avtalspaket och att avtalspaketet hade förhandlats fram för samtliga upphandlande myndigheters räkning gemensamt. Det faktum att respektive upphandlande myndighet ingått ett separat avtal påverkade inte denna bedömning. Högsta förvaltningsdomstolen fann därför att värdet av samtliga avtal skulle räknas samman vilket innebär att gränsen för direktupphandling på grund av lågt värde hade överskridits.

Vad sedan gällde frågan om det förelåg sådan synnerlig brådska att ingå avtalen som kan motivera en direktupphandling resonerade Högsta förvaltningsdomstolen enligt följande. Det är anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet, som ska vara absolut nödvändig för att undantagsbestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU ska kunna tillämpas. Detta innebär dock inte att avtalets innehåll saknar betydelse för bedömningen. Av EU-rättslig praxis framgår nämligen att direktupphandling på grund av synnerlig brådska inte får användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort.<sup>42</sup> Om det av avtalsvillkoren inte klart framgår att det handlar om att tillgodose ett trängande behov som uppstått eller snart uppstår, utan det vid en tolkning av avtalsvillkoren istället framstår som att anskaffningen syftar till att kringgå annonseringsreglerna, kan anskaffningen inte anses vara absolut nödvändig. Högsta förvaltningsdomstolen menade att anskaffningen av telefonitjänster avsåg att tillgodose ett trängande behov av att upprätthålla viktiga samhällsfunktioner när det befintliga ramavtalet löpte ut. Det primära syftet med Teliaavtalen var att tillgodose myndigheternas behov fram till dess att den pågående ramavtalsupphandlingen kunde avslutas.

Teliaavtalen innebär ett byte av leverantör och myndigheternas abonnemang skulle därmed överföras från den befintliga leverantören Telenor till Telia. En portering av abonnemang tar tid att genomföra och syftet med Telenoravtalen var således att säkerställa en obruten leverans av telefonitjänster fram till dess att Telia kunde börja leverera telefonitjänster. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg inte att förekomsten av Telenoravtalen påverkade frågan om det var absolut nödvändigt att ingå Teliaavtalen.

Vad gäller frågan om det förelåg synnerlig brådska för myndigheterna att ingå Teliaavtalen menade domstolen att myndigheterna dels saknade möjligheter att med stöd av det befintliga ramavtalet säkerställa fortsatt leverans av telefonitjänster, dels inte hade tid att genomföra en upphandling genom ett annonserat förfarande. Det förelåg därför synnerlig brådska för myndigheterna att ingå de tillfälliga avtalen med Telia.

Den annonserade upphandlingen av telefonitjänster påbörjades i juni 2016 och det befintliga ramavtalet med Telenor upphörde inte att gälla förrän den 15 oktober 2017. Den brådska som uppstod i oktober 2017

---

<sup>42</sup> Se Kommissionen mot Spanien, mål C-328/92, punkt 18.

berodde enligt Högsta förvaltningsdomstolen på en för myndigheterna oförutsedd omständighet, nämligen den utdragna överprövningsprocessen. Det saknades därför grund att ogiltigförklara avtalen.

I många avseenden ger Högsta förvaltningsdomstolens avgörande uttryck för vad som närmast kan beskrivas som sunt förnuft. Till denna kategori hör Högsta förvaltningsdomstolens konstaterande att telefonitjänster är nödvändiga för kommuner och att en kommun knappast kan klandras för att en upphandling, på grund av överprövningar, inte har kunnat avslutas 16 månader efter den påbörjats. Detta trots att Högsta förvaltningsdomstolen, något förvånande, utgått från tidpunkten för när den annonserade upphandlingen påbörjades och inte tidpunkten för tilldelningsdelningsbeslutet vid bedömningen av om den synnerliga brådskan berodde på den upphandlande myndigheten.<sup>43</sup> Inte desto mindre är dessa viktiga ställningstaganden och sätter en grundnivå mot vilka andra liknande situationer kan mätas.

Mer intressant är Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden om att även om det är kontraktsföremålet som ska avgöra om något är absolut nödvändigt så får avtalsvillkoren inte vara ämnade att lösa ett trängande behov på obestämd tid. Jag uppfattar dessa uttalanden som att avtalsvillkoren i ett täckningsköp ska vara sådana att de begränsar sig till att lösa myndighetens behov endast till dess att den ordinarie upphandlingen kunnat avslutas.<sup>44</sup> Högsta förvaltningsdomstolen ger sig emellertid inte in i någon detaljbedömning av avtalsvillkoren och man får intrycket av att en upphandlande myndighet har relativt stort utrymme att utforma avtalsvillkoren så länge avtalets övergripande syfte är att täcka ett temporärt behov.

---

<sup>43</sup> Det framgår av sakomständigheterna att befintligt avtal löpte ut 11 månader efter det att tilldelningsbeslut meddelats.

<sup>44</sup> Möjligen har detta redan kunnat utläsas ur HFD 2014 ref. 49 där Högsta förvaltningsdomstolen i ett mål rörande upphandlingsskadeavgift synes ge uttryck för att direktupphandlingsavtal vid täckningsköp bör tidsbegränsas så att de endast ska gälla till dess att en annonserad upphandling kunnat avslutas.



## 8. Olle Lindberg om Konkurrensverkets ställningstaganden

I mitten av december 2019 publicerade Konkurrensverkets sitt senaste ställningstagande, 2019:2 "Betydelsen av den upphandlande myndighetens urval – Vem får välja i ett valfrihetssystem?".

I ställningstagandet kommer Konkurrensverket fram till slutsatsen att valet att tillämpa turordning eller närhetsprincipen som ickevalsalternativ i ett valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) i praktiken är ett urval bland anbudsgivarna. Detta urval medför upphandlingsplikt enligt LOU, och de tilldelningar som sker genom turordningslistan eller närhetsprincipen ses därmed som otillåtna direktupphandlingar. Ställningstagandet får långtgående konsekvenser eftersom det innebär att en stor andel av de valfrihetssystem som idag finns i Sverige medför otillåtna direktupphandlingar.

Frågan är dock om de avgöranden från EU-domstolen som Konkurrensverket lägger till grund för sitt ställningstagande, Falk Pharma och Tirkkonen, verkligen ska ges en så långtgående tolkning.<sup>45</sup>

Vad Konkurrensverket synes ta fasta på är att myndigheten, då den väljer ett system för icke-val såsom turordning eller närhetsprincipen, också gör ett urval av leverantör. Detta beslut skulle då vara att jämställa med ett sådant beslut om vilket som utgör det ekonomiskt

---

<sup>45</sup> EU-domstolens avgöranden i mål C-410/14 Falk Pharma och mål C-9/17 Tirkkonen.

mest fördelaktiga anbudet som medför att fråga är om upphandling enligt LOU.

Enligt min mening finns det emellertid en helt avgörande skillnad mellan inrättande av ett ickevalsalternativ, genom turordning eller närhetsprincip, och ett beslut om vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, nämligen att myndigheten inte gör någon jämförelse mellan inkomna anbud.

Om vi tänker oss ett valfrihetssystem där tre leverantörer ingår skulle exempelvis ett turordningssystem för ickevalsalternativet innebära att dessa tre leverantörer fick var tredje sådan brukare som inte gör något eget aktivt val. Den upphandlande myndighet som inrättar ett sådant system gör inget val mellan leverantörerna utan konstaterar endast att deltagande leverantörer kommer, i tur och ordning, att "tilldelas" brukare som inte gör något val. Det är således inte fråga om att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i en jämförelse mellan anbud utan tvärtom om att inrätta ett system där myndigheten inte gör någon sådan jämförelse.

Motsvarande argument kan anföras rörande närhetsprincipen. Den upphandlande myndigheten fastställer visserligen en definition av hur avstånd ska mätas men det är förhållandet mellan brukarens hemvist och leverantörens lokaler som avgör var en brukare ska få sitt ickevalsalternativ. Återigen fattar myndigheten inte något beslut i det enskilda fallet och jämför inte heller anbuden, utan fördelningen av ickevalspersoner sker konkurrensneutralt.

Att en myndighet i någon mån fastställer vilka kriterier som ska gälla för att en leverantör ska kunna få ett kontrakt är enligt min mening inte i sig tillräckligt för att kravet på selektivitet ska vara uppfyllt. Alla auktorisationssystem har ju olika krav som myndigheten ställt upp och som måste vara uppfyllda för att leverantören ska få delta i systemet. Vad som ska till är istället att myndigheten fattar beslut om vilken leverantör som ska tilldelas ett visst kontrakt, på ett sätt som medför risk för särbehandling för någon leverantör. Så sker vanligen inte vid konkurrensneutralt utformade ickevalsalternativ enligt turordning eller närhetsprincipen.

Såvitt jag känner till har det ännu inte förekommit att någon leverantör ansökt om överprövning av hur en upphandlande myndighet inrättat sitt ickevalsalternativ. Det ska bli spännande att se om 2020 blir året då Konkurrensverket testar sin teori om hur Falk Pharma och Tirkonen ska tolkas genom en talan om upphandlingsskadeavgift.



## 9. Magnus Ehn om golvpriser

I kölvattnet av den så kallade golvprisdomen (HFD 2018 ref. 50) har det uppstått en ny kategori av upphandlingsmål som behandlar frågan om i vilken mån myndigheter får begränsa leverantörernas möjlighet att konkurrera med pris. Själva kärnan i frågeställningen är följande uttalande från Högsta förvaltningsdomstolen.

*"En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Det är därför i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att ange ett golvpris."*

Den första frågan som väcktes var om detta uttalande, förutom att det förbjöd automatiskt förkastande av anbud under en viss nivå, även gjorde det otillåtet att använda utvärderingsmodeller som innebär att offererade priser under en viss nivå inte premieras. Kammarrätten i Göteborg har i ett mål besvarat denna fråga jakande:

*"Även om fast lägsta pris som i detta fall inte innebär att ett anbud med ett lägre anbudspris skulle ha uteslutits från utvärdering får den*

*aktuella utvärderingsmodellen anses hindra leverantörer från att konkurrera med ett lägre pris. Enligt praxis strider detta mot likabehandlingsprincipen och kan komma att resultera i att upphandlingen ska göras om (jfr HFD 2018 ref. 50)."*<sup>46</sup>

Som framgår tolkar kammarrätten Högsta förvaltningsdomstolens uttalande som att en upphandlande myndighet inte får begränsa leverantörernas möjligheter att konkurrera med ett lågt pris.

Samma kammarrätt gjorde nästan exakt ett år senare samma typ av bedömning i ett annat, likartat, mål.<sup>47</sup> I denna senare dom tog kammarrätten ställning till en utvärderingsmodell som innebar att anbudsgivare som lämnat priser under en viss nivå automatiskt fick sina priser uppräknade till den angivna lägstanivån i samband med anbudsutvärderingen. Med andra ord fick anbudsgivarna inga konkurrensmässiga fördelar av att lägga sig på en lägre nivå än det "prisgolv" som myndigheten satt upp. Däremot fick de inte sina anbud förkastade. I domen konstaterade kammarrätten följande:

*"Regionen har använt sig av golvpris i upphandlingen på så sätt att anbudspriser lägre än detta pris räknas upp till den angivna nivån. Det skiljer sig därmed från situationen där golvpris utgör ett kvalificeringskrav och anbud med lägre priser förkastas. En sådan upphandlingsmodell har Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2018 ref. 50 ansett strida mot likabehandlingsprincipen. Kammarrätten delar förvaltningsrättens bedömning att även en utvärderingsmodell i vilken anbudspriserna räknas upp till en viss nivå får anses hindra leverantörerna att konkurrera med ett lägre pris och att en sådan modell därmed strider mot likabehandlingsprincipen."*

Även i denna situation ansågs alltså leverantören vara i sin fulla rätt att få konkurrera med ett pris som var lägre än det som myndigheten hade bestämt. Den upphandlande myndigheten var således förhindrad att använda även denna typ av utvärderingsmodell.

Enligt min uppfattning kan kammarrättens resonemang sammanfattas enligt följande: om priset är en av de faktorer som ska utvärderas i en upphandling ska anbudsgivarna inte förhindras att lämna ett så lågt pris som möjligt. En leverantör som har förmåga att erbjuda den aktuella varan eller tjänsten till ett attraktivt pris ska fullt ut kunna åtnjuta de fördelar detta innebär i förhållande till de anbudsgivare som lämnat högre priser. Om ett pris framstår som onormalt lågt ska dock bestämmelserna om onormalt låga anbud tillämpas.

En annan variant är så kallade kombinationsutvärderingar där det anges att priset för en position ska förhålla sig på ett visst sätt till priset för en annan. En sådan utvärderingsmodell prövades också av

---

<sup>46</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2666-18.

<sup>47</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3025-19.

Kammarrätten i Göteborg.<sup>48</sup> Av förvaltningsrättens underliggande dom framgick att kravet var utformat på följande sätt:

*"Av upphandlingsunderlaget framgår att anbudsgivare ska lämna à-pris avseende alla kostnader för komplett arbete inklusive erforderligt material, etablering, transport, ev. omhändertagande av material med tippavgift, hantering av miljöfarliga ämnen samt central administration (Totalpris) samt lämna materialpris för reglering av vissa underhållsåtgärder och vid arbeten bl.a. med trafikskador (Materialpris). Vidare framgår att materialpriset inte får överskrida totalpriset."*<sup>49</sup>

Det rörde sig med andra ord om ett takpris för materialkostnaderna som sattes i relation till totalpriset. Den klagande leverantören menade dock att eftersom takpriset för materialkostnaden satts i relation till totalpriset innebar det att det samtidigt bestämts ett golvpris för totalkostnaden. Detta höll kammarrätten med om, som konstaterade:

*"Genom att takpriset för material i den aktuella upphandlingen är satt i relation till totalpriset innebär kravet indirekt ett golvpris för totalkostnaden. Kravet innebär alltså i praktiken ett golvpris för totalkostnaden, även om kravet är relativt. Ett sådant krav är enligt kammarrättens mening inte förenligt med upphandlingslagstiftningen."*

Så här långt har HFD 2018 ref. 50 i kammarrättspraxis således utvecklats till ett förhållandevis långtgående förbud mot begränsningar av anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera med låga anbudspriser. Så sent som i december 2019 meddelade emellertid Högsta förvaltningsdomstolen prövningstillstånd angående en dom från Kammarrätten i Stockholm.<sup>50</sup> Den fråga som Högsta förvaltningsdomstolen ska ta ställning till är:

*"om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud där à-pris för ett större mängdintervall är högre än à-pris för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete inte kommer att antas."*<sup>51</sup>

Frågan är om Högsta förvaltningsdomstolen meddelat detta prövningstillstånd för att bekräfta den väg kammarrätterna synes ha slagit in på eller om den istället vill justera eller rent av begränsa vidden av sitt tidigare uttalande. Kanske får vi anledning att komma tillbaka till denna fråga lagom till nästa års SOI-konferens?

---

48 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4551-18.

49 Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 5134-18.

50 Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5613-19.

51 Högsta förvaltningsdomstolens beslut, mål nr 6102-19.

---

## Om Advokatfirman Kahn Pedersen

Kahn Pedersen är en advokatbyrå helt inriktad på specialiserad affärsjuridik. Vi åtar oss uppdrag enbart inom våra två verksamhetsområden Digital och Public. Se [www.kahnpedersen.se](http://www.kahnpedersen.se) för mera information om vår verksamhet.

Författarna till denna rapport är:

**Kristian Pedersen**, advokat, partner.

**Erik Olsson**, advokat, partner.

**Magnus Ehn**, senior specialist.

**Olle Lindberg**, senior associate.

**Viktor Robertson**, associate.

**Sofia Nordberg**, associate.

**Karolina Kjellberg**, associate.

**Albin Svensson**, associate.

**Lisa Lindeberg Sandahl**, associate.

---



[www.kahnpedersen.se](http://www.kahnpedersen.se)

ISBN 978-91-983215-9-3