

Blendow Lexnova Expertkommentar - Offentlig upphandling, februari 2018

Avbrytande av offentlig upphandling - när och hur?

Bakgrund

Andelen avbrutna upphandlingar har länge ökat. Mer än var tionde påbörjad upphandling avbryts idag enligt den senaste statistiken från Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten.^[1] Det finns många anledningar till att upphandlande myndigheter väljer att avbryta en påbörjad upphandling. Att tvinga upphandlande myndigheter att avsluta alla upphandlingar genom tecknande av kontrakt är inte affärsmässigt motiverat eller ett bra sätt att trygga effektiv användning av skattemedel. För att säkerställa konkurrensneutralitet och likabehandling krävs att de upphandlande myndigheterna endast ges möjlighet att avbryta en upphandling om sakligt godtagbara skäl föreligger.^[2] Även om flertalet upphandlande myndigheter aldrig avsiktligt skulle äventyra konkurrensneutraliteten måste dessutom leverantörer ha tillgång till effektiva rättsmedel för att kunna angripa avbrytandebeslut som leverantören anser inte vilar på saklig grund. Vidare krävs att inte vilket skäl som helst accepteras som sakligt godtagbart.

Sakligt godtagbara skäl

Vad som utgör sakligt godtagbara skäl är inte reglerat i lagtext utan framgår av domstolspraxis. Myndigheterna har dock en lagstadgad skyldighet att informera anbudsgivare och anbudssökande om avbrytandebeslutet och skälen för det.^[3] Även om det alltså inte finns någon föreskriven katalog över vilka omständigheter som utgör sakligt godtagbara skäl kan en analys av aktuell domstolspraxis ge en någorlunda nyanserad bild av vad som utgör sakligt godtagbara skäl samt vad som krävs av den upphandlande myndigheten för att visa att sådana skäl föreligger. Listan av skäl kan dock inte bli uttömmande och varje enskild upphandling måste bedömas var för sig.

Bristande konkurrens

Bristande konkurrens utgör enligt fast praxis ett sakligt godtagbart skäl att avbryta en upphandling. Om bara ett anbud kvarstår efter kvalificeringen får upphandlingen avbrytas.^[4] Det är däremot inte obligatoriskt att avbryta upphandlingen i dessa fall. Bristande konkurrens kan enligt praxis också föreligga även om fler än ett anbud kvarstår efter kvalificeringen. Vid bedömningen av vad som är bristande konkurrens får hänsyn tas till ett flertal faktorer då marknaderna för olika varor och tjänster ser olika ut.

Kammarrätten i Göteborg har funnit att sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling av takunderhåll fanns trots att två kvalificerade anbud lämnats. Bara det ena av de två kvalificerade anbuden låg inom myndighetens budget och myndigheten hänvisade också till tidigare upphandlingar avseende samma kontraktsföremål och menade att kontraktsföremålet under normala förhållanden skulle locka fler än två anbudsgivare. Det mest intressanta med detta avgörande är att trots att den aktuella upphandlingen genomfördes genom ett förenklat förfarande redogjorde kammarrätten i domskälen för hur många anbudsgivare som enligt LOU krävs för att tillvarata en effektiv konkurrens vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering

samt konkurrenspräglad dialog. Vid selektivt förfarande får antalet inte vara mindre än fem och för övriga två förfaranden får antalet inte vara mindre än tre.^[5]

Oförutsedda händelser och ändrade förutsättningar

Oförutsedda händelser och ändrade förutsättningar kan utgöra godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. Ett exempel kan vara att myndighetens behov förändras på grund av händelser i omvärlden, nya lagar eller politiska beslut. Den upphandlande myndigheten måste troligen visa såväl att det faktiskt föreligger förändrade förutsättningar som att dessa inte varit möjliga att förutse för den upphandlande myndigheten.^[6]

Brister i upphandlingsdokumenten

Av praxis från EU-domstolen framgår att upphandlande myndigheter får avbryta en upphandling om brister i förfrågningsunderlaget medför att myndigheten inte kan välja det bästa anbudet.^[7] Det skulle till exempel kunna vara fallet om den upphandlande myndigheten utformat förfrågningsunderlaget på ett sätt som medför att det bästa anbudet inte kan antas.^[8]

Brister i upphandlingsdokumenten har utgjort sakligt godtagbara skäl även enligt svensk domstolspraxis. Kammarrätten i Sundsvall fann 2015-11-19 i mål nr [1984-15](#) att den upphandlande myndigheten hade sakligt godtagbara skäl att avbryta en påbörjad ramavtalsupphandling avseende skrivare. Avbrytandebeslutet motiverades i det fallet av att utvärderingsmodellen medförde en möjlighet till strategisk prissättning, att förfrågningsunderlaget var otydligt samt att kvalificeringskraven ändrats via "Frågor & svar".

Huruvida mindre fel och brister i förfrågningsunderlaget kan utgöra sakligt godtagbara skäl är dock inte klarlagt. Mycket talar dock för att det bör krävas en viss nivå på bristen i det konkurrensuppsökande skedet för att sakligt godtagbara skäl ska anses föreligga. Mindre otydligheter torde sällan utgöra ett sakligt godtagbart skäl. Vid en sådan bedömning bör också beaktas att den upphandlande myndigheten inte torde kunna ha fördelar på grund av myndighetens egen försummelse vid upprättandet av upphandlingsdokumenten. Det kan i detta sammanhang också nämnas att en anbudsgivare kan ha berättigade krav på ersättning när en upphandlande myndighet avbryter en upphandling med hänvisning till brister i förfrågningsunderlaget.^[9]

Alltför högt pris

Upphandlingen får avbrytas om myndighetens budget överskrids för att varan, tjänsten eller byggtreprenaden vid anbudsöppningen visade sig bli dyrare än beräknat. Den upphandlande myndigheten måste dock kunna visa att anbudspriserna verkligen överstiger de budgeterade medlen. För att säkerställa att de upphandlingsrättsliga principerna upprätthålls kan det därför vara bra att inom ramen för marknadsanalysen inför upphandlingen studera budgeten samt i förfrågningsunderlaget ange att upphandlingen kan komma att avbrytas om den upphandlande myndighetens budget överskrids.

Även om det i vissa fall kan vara adekvat att räkna fram en närmare budget för det aktuella kontraktsföremålet är detta inget krav. Även vid överskridande av mer generella budgetramar torde sakligt godtagbara skäl kunna föreligga.^[10]

Anbudens giltighetstid har löpt ut

Domstolarnas praxis i förhållande till avbrytandebeslut till följd av att anbudens giltighetstid har löpt ut spretar och är beroende av omständigheterna i varje enskild upphandling. Bedömningen påverkas bland annat av antalet kvalificerade anbud, om tilldelningsbeslut fattats före eller efter giltighetstiden har löpt ut samt anledningen till att anbudens giltighetstid har löpt ut.

Det är inte möjligt att teckna kontrakt med en leverantör vars anbud inte längre är giltigt och i denna situation föreligger sakligt godtagbara skäl.^[11] Praxis är dock inte helt entydig i fråga om hur en förlängning av anbudens giltighetstid ska göras, om leverantören ensidigt har rätt att förlänga anbudets giltighetstid samt huruvida sakligt godtagbara skäl föreligger även om den upphandlande myndigheten inte begär förlängning.^[12]

Den praktiska hanteringen

Den upphandlande myndigheten måste enligt 12 kap. 12 § LOU skriftligen underrätta anbudsgivarna om att upphandlingen avbryts samt ange skälen för beslutet. Det finns all anledning att vara noggrann vid motiveringen av beslutet samt vid dokumentationen av bevis.

Om den upphandlande myndigheten gör bedömningen att det finns flera skäl som utgör sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet, bör samtliga dessa skäl anges och motiveras. Skälen bör också dokumenteras och eventuella bevis sparas. Detta kan undvika onödiga överprövningar. Om beslutet överprövas, är det den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sakligt godtagbara skäl faktiskt föreligger.

Lagen innehåller i och för sig inte något särskilt förbud mot att påbörja en ny upphandling under den tid avbrytandebeslutet kan överprövas eller under pågående överprövningsprocess. Upphandlande myndigheter gör dock i regel klokt i att invänta att tidsfristen har löpt ut innan en ny upphandling påbörjas. Det kan annars innebära praktiska problem om en ny upphandling påbörjas och myndigheten riskerar då att ha två pågående upphandlingar avseende samma kontraktsföremål.

Innan ett avbrytandebeslut fattas finns anledning att undersöka om något annat och kanske bättre alternativ står till buds. Istället för att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens eller på grund av att anbudet överskrider budget kan det till exempel ibland vara möjligt att övergå till ett förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering.^[13] Om omständigheterna är sådana att det är möjligt att övergå till ett sådant förfarande får bedömas i varje enskilt fall.

Under vissa omständigheter kan det finnas anledning att dra tillbaka och ompröva ett tilldelningsbeslut istället för att avbryta upphandlingen. Ett nytt tilldelningsbeslut ger förutsättningar för ny anbudsprövning och betyder inte att upphandlingen har avbrutits eller på annat sätt avslutats.^[14]

Om en upphandling avbryts i ett sent skede och den upphandlande myndigheten avser att annonsera en ny upphandling med samma eller motsvarande kontraktsföremål uppstår inte sällan frågor om anbudet i den avbrutna upphandlingen kan sekretessbeläggas. Den absoluta anbudssekretessen enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, har upphört i och med att den ursprungliga upphandlingen avslutats. Uppgifter i anbud kan dock under sådana omständigheter sekretessbeläggas även efter att upphandlingen är avslutad med hänvisning till skydd för det allmänna ekonomiska intresset enligt 19 kap. 3 § första stycket OSL.

Överprövning och rättsliga effekter

Ett avbrytandebeslut kan enligt 20 kap. 12 § LOU överprövas av förvaltningsrätten. En begäran om överprövning av ett avbrytandebeslut ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har passerat sedan den upphandlande myndigheten med elektroniska medel har skickat underrättelse om beslutet och angett skälen för detta. För det fall underrättelsen om beslutet har skickats på annat sätt än med elektroniska medel ska ansökan ha kommit in till rätten innan 15 dagar har passerat från utskickandet. Om myndigheten inte underrättar samtliga anbudsgivare samtidigt, börjar fristen löpa när den sista anbudsgivaren har underrättats.

Om ingen underrättelse skickas eller om den är bristfällig börjar tidsfristen inte att löpa^[15]. Den upphandlande myndigheten är dock inte skyldig att lämna information om tillgängliga rättsmedel eller upplysa leverantörerna inom vilken tid en ansökan om överprövning av beslutet ska vara inkommen till förvaltningsrätten.^[16] När fristen har löpt ut, kan ett avbrytandebeslut inte längre prövas rättsligt.

Om en domstol finner att ett avbrytandebeslut inte varit sakligt godtagbart, upphävs avbrytandebeslutet och upphandlingen ska återupptas.

Skadelidande leverantörer kan också vara berättigade skadestånd enligt 20 kap. 20 § LOU, om det felaktiga beslutet har inneburit skada för leverantören. Viss ovisshet har funnits i fråga om en skadelidande leverantör kan ha rätt till skadestånd på upphandlingsrättslig grund även om domstolen finner att ett avbrytandebeslut varit sakligt godtagbart. [NJA 2013 s. 762](#) (Fideliadomen) tolkades av många på goda grunder som att ersättning för utebliven vinst på grund av ett förlorat kontrakt inte kunde utgå såvida kontrakt inte tecknats. Domstolen uttalade i det målet att den skadeståndsgrundande handlingen i form av ett kontraktstecknande inte inträffat, varför skadestånd med det positiva kontraktssintresset inte kunde bli aktuellt. Av senare praxis från Högsta domstolen framgår nu att denna tolkning av Fideliadomen varit felaktig. Högsta domstolen har slagit fast att ett avbrytande av upphandling inte läker en upphandlande myndighets skadeståndsskyldighet om avbrytandebeslutet beror på fel som den upphandlande myndigheten begått.^[17]

Upphandlingsmyndigheten har i en färsk rapport kartlagt 1 000 överprövade upphandlingar som annonserades under åren 2015 och 2016. I 47 av de kartlagda målen hade invändningar riktats mot ett avbrytandebeslut. I rapporten redogörs också för utgången i första instans och i 42 av målen kom förvaltningsrätten fram till att avbrytandebeslutet inte skulle upphävas, de resterande fem målen kom aldrig att sakprövas.^[18]

I ett fåtal avgöranden har dock domstolen funnit att avbrytandebeslut ska upphävas och att den upphandlande myndigheten alltså inte förmått visa att sakligt godtagbara skäl funnits. Bland annat har Kammarrätten i Stockholm funnit att förtroendebrist för leverantören hos allmänheten i form av "lokal oro" inte utgjorde ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling avseende drift av vård- och omsorgsboende.^[19]

I ett nyligen meddelat avgörande har också Kammarrätten i Jönköping upphävt ett avbrytandebeslut. Den leverantör som ansökte om överprövning anförde i kammarrätten att den upphandlande myndigheten inte åberopat några bevis till styrkande av myndighetens påståenden att syftet med upphandlingen förfelats och att upphandlingen fördräts på grund av den tidsutdräkt som var en följd av att upphandlingen begärts överprövad. Kammarrätten fann sammantaget att den upphandlande myndigheten inte förmått visa att det var någon annan omständighet än att upphandlingen blivit överprövad som medförde beslutet att avbryta upphandlingen och att detta inte kunde anses utgöra sakligt godtagbara skäl, varför avbrytandebeslutet upphävdes.^[20] Domen har dock ännu inte vunnit laga kraft.

Avslutande kommentar

I de fall överprövning har begärts av ett avbrytandebeslut är det alltså mycket ovanligt att förvaltningsdomstolarna ansett att den upphandlande myndigheten saknat sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet. Oavsett om man är av uppfattningen att det borde krävas mer av de upphandlande myndigheterna för att visa att sakligt godtagbara skäl för avbrytande föreligger eller anser att de upphandlande myndigheterna bör ges än friare tyglar i fråga om att avbryta påbörjade upphandlingar finns ett behov av förtydligande av när sakligt godtagbara skäl föreligger eftersom det utifrån den något spretiga rättspraxis som nu finns är svårt att dra några säkra slutsatser. Såväl upphandlande myndigheter som leverantörer lägger idag ned stora resurser på offentliga upphandlingar som avbryts och därmed inte leder till att kontrakt tecknas. Även om varje offentlig upphandling ska bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet är därför önskvärt med ett klagörande från högre instans, eller kanske till och med från lagstiftaren.

[1] Konkurrensverkets och Upphandlingsmyndighetens rapport - [Statistik om offentlig upphandling 2017](#), s. 64.

[2] Att sakligt godtagbara skäl krävs framgår av bl.a. [RÅ 2008 ref. 35](#) och [RÅ 2009 ref. 43](#).

[3] 12 kap. 12 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU.

[4] Se bl.a. EU-domstolens dom mål [C-27/98](#) samt [RÅ 2008 ref. 35](#).

[5] Kammarrättens i Göteborg dom 2015-11-27 i mål nr 4564-15. Se också Kammarrättens i Sundsvall dom 2017-10-25 i mål nr 1702-17.

[6] Se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom 2013-01-21 i mål nr [4691-12](#).

[7] [C-244/02](#) Hansel.

[8] Se t.ex. Kammarrättens i Sundsvall dom 2014-04-08 i mål nr 471-472-14 och Kammarrättens i Sundsvall dom 2012-03-06 i mål nr [93-12](#) och Kammarrättens i Stockholm dom 2010-11-16 i mål nr [1103-10](#).

[9] Se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, fjärde upplagan, Jure förlag, s. 172-173.

[10] [RÅ 2009 ref. 43](#).

[11] Kammarrättens i Stockholm dom 2007-11-06 i mål nr 4890-07, Kammarrättens i Stockholm dom 2006-07-14 i mål nr 4508-06 samt Kammarrättens i Stockholm dom 2006-05-02 i mål nr 1062-06.

[12] Se bl.a. RÅ 2008 not. 26, Kammarrättens i Göteborg dom 2011-12-09 i mål nr 6132-11, Kammarrättens i Göteborg dom 2012-10-10 i mål nr 7006-12, Kammarrättens i Göteborg dom 2009-12-02 i mål nr 4963-09, Kammarrättens i Göteborg dom 2015-09-15 i mål nr 1408-15, Kammarrättens i Jönköping dom 2010-08-26 i mål nr 942-10 och Kammarrättens i Jönköping dom 2009-03-11 mål nr 3521-08 samt Kammarrättens i Stockholm dom 2011-10-24 i mål nr 3307-11.

[13] Se 6 kap. 6, 12 och 16 §§ LOU.

[14] Se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom 2010-07-19 i mål nr [3503-10](#).

[15] Prop. 2009/10:180 s. 338.

[16] Kammarrättens i Sundsvall dom 2012-05-03 i mål nr 532-12 och 1013-12.

[17] [NJA 2016 s. 369](#).

[18] Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7 - [Kartläggning och analys av mål om överprövning](#), s. 144.

[19] Kammarrättens i Stockholm dom 2013-01-23 i mål nr [4691-12](#).

[20] Kammarrättens i Jönköping dom 2017-12-15 i mål nr [2053-17](#).



Viktoria Edelman

Advokat och delägare vid AG Advokat



Viktor Hård af Segerstad

Biträdande jurist vid AG Advokat