



Värde, volym och proportionalitetsprincipens betydelser för tillgängliga rättsmedel – analys

Analys

EU-domstolen, 2021-06-17 mål nr [C-23/20](#)

I målet *Simonsen & Weel* (C 23/20) utvecklar och förtydligar EU-domstolen sin tidigare dom *Coopservice* (C 216/17) i flera avseenden, inte minst beträffande skyldigheten att ange uppskattad volym och takvolym (eller uppskattat värde och takvärde). Av den nya domen framgår således att det av ett meddelande om upphandling av ett ramavtal ska framgå dels den uppskattade kvantitet eller det uppskattade värde som ramavtalet ska omfatta, dels den största kvantitet eller det högsta värde som kan levereras, samt att ramavtalet inte längre har några verkningar när gränsvärdet har nåtts. Av domen framgår också att det räcker att den sålunda uppskattade och maximala volymen anges "samlat", men att det i och för sig är tillåtet att bryta ned uppgiften i mindre delar. Därtill anger domstolen att brott mot de angivna skyldigheterna inte ska leda till någon rättsföljd – eller i vart fall inte till avtalets ogiltighet – när det framstår som oproportionerligt i förhållande till upphandlingsfelen. JP Infonets expert Jon Kihlman analyserar målet.

FÖRUTSÄTTNINGARNA I MÅLET

Målet gällde en ramavtalsupphandling avseende sondmatningsutrustning, vilken skulle resultera i att en enda anbudsgivare valdes ut som leverantör till Region Nordjylland i Danmark. Härutöver deltog Region Syddanmark i upphandlingen "med option". (Man kan i och för sig sätta i fråga vad som låg i en sådan konstruktion, eftersom även Region Nordjylland rimligtvis hade en kvarvarande möjlighet att välja om den ville acceptera ett lämnat anbud. Under alla förhållanden utnyttjade Region Syddanmark inte sin option).

I meddelandet om upphandlingen – annonsen – angavs inget om det uppskattade värdet av ramavtalet, och inte heller något om dess högsta värde eller den uppskattade eller högsta kvantiteten av de varor som planerades att köpas in. Av domens p. 35 synes emellertid framgå att något slags prognoser ändå lämnades över behoven av sondmatningsutrustning, men att de inte innebar åtaganden att faktiskt köpa enligt prognoserna. Härtill angavs att ramavtalet inte skulle vara exklusivt, utan att möjlighet skulle finnas att köpa från andra än den vinnande leverantören.

Region Nordjylland beslutade att tilldela Nutricia ramavtalet (eller som det står i domen: kontraktet). *Simonsen & Weel* överklagade i tid beslutet till Klagenævnet for Udbud (den danska överklagandenämnden för offentliga upphandlingar) och yrkade att tilldelningsbeslutet skulle upphävas.

Till skillnad från enligt svensk rätt finns i dansk rätt ingen automatisk förlängning av avtalsspärren. Liksom fallet var tidigare enligt svensk rätt, krävdes därför ett särskilt beslut för att avtalsspärren skulle förlängas. Nämnden fattade inget sådant beslut, varför Region Nordjylland kunde sluta – och slöt – ett ramavtal med Nutricia. Trots att yrkandet angav att tilldelningsbeslutet skulle upphävas, torde därför en överprövning i realiteten innebära att det sålunda slutna avtalet förklarades vara ogiltigt, jämför [20 kap. 13–15 §§](#) LOU och LUF.

DOMSLUTET

Domslutet består av tre delar. I den första delen behandlas kravet på uppskattning av volym eller värde och takvolym eller takvärde. Enligt den ska "det i meddelandet om upphandling ... anges uppskattad kvantitet och/eller uppskattat värde och den största kvantitet och/eller det högsta värdet för de varor som ska levereras enligt ett ramavtal och att ramavtalet inte längre har några verkningar när detta gränsvärde har nåtts".

I den andra delen behandlas om de sålunda angivna värdena får anges i klump för hela upphandlingen eller om de behöver anges i mindre delar, såsom för varugrupper eller på artikelnivå (även om domen snarare avsåg en uppdelning mellan regionerna). Enligt den delen av domslutet räcker det "att uppskattad kvantitet och/eller det uppskattade värdet och den största kvantiteten och/eller det högsta värdet av de varor som ska levereras enligt ett ramavtal ... anges samlat i meddelandet om upphandling". Till det lades emellertid "att meddelandet om upphandling kan innehålla de kompletterande krav som den upphandlande myndigheten har beslutat att tillfoga nämnda meddelande". Det är således i och för sig *tillåtet* att den upphandlande myndigheten eller enheten anger motsvarande värden på exempelvis varugrups- eller artikelnivå. Allt annat skulle onekligen ha förvånat.

Den tredje delen av domslutet behandlar rättsmedelsdirektivets ([89/665/EEG](#)) artikel 2d.1.a, enligt vilken ett avtal ska kunna förklaras ogiltigt "om den upphandlande myndigheten [eller enheten] har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning* utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv [2014/24/EU](#) eller [2014/23/EU](#)". Enligt

domslutet är artikel 2d.1.a inte tillämplig – med vilket rimligtvis avses att avtalet inte ska förklaras ogiltigt – ”när ett meddelande om offentlig upphandling har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* även om den uppskattade kvantiteten och/eller det uppskattade värdet av de varor som ska levereras enligt det planerade ramavtalet inte framgår av detta meddelande om upphandling utan av förfrågningsunderlaget och varken meddelandet om upphandling eller nämnda förfrågningsunderlag anger någon största kvantitet och/eller högsta värde för de varor som ska levereras enligt nämnda ramavtal”.

BAKGRUND – COOPSERVICE (C-216/17)

EU-domstolens dom i mål [C-216/17](#) (Coopservice) avsåg, till skillnad från Simonsen & Weel-domen, ett ramavtal som skulle tillämpas av andra än den upphandlande enheten. Domen har skapat åtskilliga tolknings- och tillämpningsproblem. Det beror förmodligen inte minst på att domstolen formulerade om en av de frågor som den hänskjutande domstolen ställde.

Den i domens p. 33 citerade ursprungliga frågan var om det är tillåtet att ingå ett ramavtal där kvantiteten av de tjänster som de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ramavtalet kan beställa, när de senare ingår kontrakt som grundas på ramavtalet, inte är fastställd, eller – om frågan besvarades nekande – om det räckte att kvantiteten fastställdes med hänvisning till de upphandlande myndigheternas ordinarie behov. Frågan var således helt inriktad mot vilka krav som ställs vid upphandlingen av själva ramavtalet: *Måste ramavtalet ange en kvantitet och hur ska den i så fall anges?*

Det är uppenbart att generaladvokatens förslag byggde på den sålunda formulerade frågan. I det angavs således i p. 85, andra strecksatsen, att de behandlade bestämmelserna i direktivet ska tolkas så att de ”utgör hinder för att kvantiteten av de tjänster som den upphandlande myndigheten kan beställa när den senare ingår kontrakt som grundas på detta ramavtal *inte är fastställd, eller inte entydigt kan fastställas, i ramavtalet*”.

Den av domstolen i rubriken före p. 57 omformulerade frågan handlade emellertid i stället om huruvida *de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ett ramavtal* har rätt att underlåta att fastställa kvantiteten av de tjänster som kan beställas *när de ingår efterföljande kontrakt* eller fastställa kvantiteten med hänvisning till sina ordinarie behov. Den sålunda omformulerade frågan är således helt inriktad mot vilka krav som ställs *vid de upphandlingar som genomförs mot bakgrund av ramavtalet, men inte mot upphandlingen av själva ramavtalet*.

Den frågan besvarade EU-domstolen nekande. Domslutet i p. 70 lyder i denna del: “[D]et är uteslutet att *de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ramavtalet* underlåter att ange kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas när de senare ingår kontrakt som grundas på detta ramavtal eller anger nämnda kvantitet med hänvisning till deras ordinarie behov, då de i annat fall skulle åsidosätta öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av nämnda ramavtal.” Eftersom domslutet uttryckligen riktas mot upphandlande myndigheter som *inte har undertecknat ramavtalet*, är det omöjligt att det däri uttryckta kravet avser det ursprungliga ramavtalets innehåll. Upphandlande myndigheter som inte var parter i det ursprungliga ramavtalet när det slöts kan naturligtvis inte i detsamma ange några kvantiteter.

Domslutet säger således ingenting om vad som till äventyrs skulle krävas vid upphandlingen av själva ramavtalet. I det finns följaktligen inget stöd för att uppgifter om volym eller värde ska lämnas redan vid upphandlingen av ramavtalet. Däremot finns i *domskälen* åtskilligt som talar för att ett sådant krav skulle finnas även beträffande upphandlingen av ramavtalet.

Här kan tilläggas att både den omformulerade frågan och domslutet torde förutsätta att de avtal som avses inte är kontrakt, utan är vad som emellanåt benämns ”ramavtal i ramavtal”. I kontrakt – som definitionsmässigt innefattar en leveransskyldighet och en däremot svarande betalningsskyldighet, se [1 kap. 15 § LOU](#) och [1 kap. 14 § LUF](#) – är det sällan ens möjligt att den volym som avses och det pris som uttrycker kontraktets värde inte anges tämligen exakt. En upphandling av kontrakt uppfyller således regelmässigt – och mer eller mindre med nödvändighet – såväl det krav som framgår av domslutets i Simonsen & Weel första punkt som den möjlighet som framgår av dess andra punkt, åtminstone vad avser den kvantitet som omfattas av upphandlingen. Värdet – priset – tillförs däremot i allmänhet först genom anbuden.

UPPSKATTAD OCH MAXIMAL OMFATTNING

I Simonsen & Weel klargörs att skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet att ange både en uppskattad och en maximal omfattning gäller redan vid upphandlingen av ett ursprungligt ramavtal. Av Coopservice-domen framgår emellertid att den maximala omfattning som ska anges inte är något annat än den *högsta uppskattade omfattningen*, se särskilt domens p. 60. Det är således samma beräkning som ska göras enligt [5 kap. 14 § LOU](#) och [5 kap. 13 § LUF](#), men som beträffande dem nog ofta har ansetts sakna betydelse när man väl har konstaterat att upphandlingen överstiger det aktuella tröskelvärdet. En uppgift om den maximala omfattningen får således inte bara tas ur luften, utan ska bygga på en (med vederbörlig omsorg genomförd) uppskattning av vad ramavtalet kan komma att omfatta.

En rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör borde därför utifrån en angiven maximal omfattning kunna sluta sig till att den uppskattade omfattningen ligger i ett intervall strax därunder. Omvänt gäller naturligtvis också att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör utifrån en angiven uppskattad omfattning borde kunna sluta sig till att en maximal omfattning ligger i överkant av den uppskattade. Härtill kommer att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör svårligen kan uppfatta det faktum att en *maximal* omfattning anges på annat sätt än att tilldelningar av kontrakt inte

längre är möjliga när den *maximala* omfattningen har uppnåtts. Kravet i domslutets första punkt i Simonsen & Weel att det ska anges särskilt framstår mot den bakgrunden som onödigt.

De intressen som domslutets första punkt syftar till att tillgodose täcks således egentligen redan av att en maximal omfattning anges, så länge den motsvarar det högsta *uppskattade* värdet. Från en sådan uppgift kan en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör skapa sig en god uppfattning om vad som är en uppskattad omfattning – den ligger i allmänhet en bit under den högsta uppskattade omfattningen – och naturligtvis förstå att inköp utöver den angivna maximala omfattningen inte kommer i fråga. Av en angiven maximal omfattning *framgår* (jämför domslutets p. 3 i Simonsen & Weel) således såväl den uppskattade omfattningen som att kontrakt inte längre kan tilldelas när den maximala omfattningen är uppnådd, även om de senare uppgifterna inte särskilt *anges*.

Behovet av att maximal omfattning anges

Att en maximal omfattning alls ska anges torde bero på att leverantörer måste kunna bedöma dels om de vill lämna anbud, dels hur de ska prissätta sina erbjudanden. En hög maximal omfattning – och än mer en därmed sammanhängande hög förväntad omfattning – torde i allmänhet leda till lägre priser, eftersom det då finns ökat utrymme för ett slags mängdrabatt. En angiven låg omfattning ger inget motsvarande utrymme. Den angivna maximala omfattningen skapar därtill förutsebarhet beträffande ramavtalets fortlevnad.

De skäl som anges i domens p. 63 och – framför allt – p. 64 är däremot inte särskilt övertygande. Den hänsyn till en enskild leverantörs möjlighet att fullgöra sina skyldigheter enligt ramavtalet som de ger uttryck för skulle på ett både enklare och bättre sätt upprätthållas genom att leverantören i sitt anbud tilläts begränsa sitt åtagande till en viss i anbuden angiven omfattning. Det skulle ge utrymme för även mindre leverantörer, genom att de genom en sådan begränsning skulle tillåtas åstadkomma den uppdelning av kontrakt som [4 kap. 13 § LOU](#) och [4 kap. 11 § LUF](#) syftar till.

Möjligheten att ändra ett maximalt belopp

Även domens p. 70 synes utgå från att det är av hänsyn till dem som har vunnit upphandlingen som den maximala omfattningen ska anges. Där anges således att det maximala beloppet kan ändras enligt artikel 33.2 tredje stycket och artikel 72 LOU-direktivet ([2014/24](#)), motsvarande [17 kap. 8–14 §§ LOU](#) och [16 kap. 8–14 §§ LUF](#), och att det kan ske "eftersom en sådan ändring i princip förutsätter enighet, vilket innebär att anbudsgivarens samtycke krävs". I sak innebär det att det angivna maximala beloppet i många fall inte är maximalt, utan att det maximala beloppet i stället är högre – sannolikt ganska mycket högre – än det angivna maximala beloppet.

Riktigare torde vara att kravet att ett maximalt belopp ska anges syftar till att skydda dem som har valt att inte lämna anbud, i första hand på grund av att upphandlingens omfattning har ansetts vara antingen för liten eller för stor. Det skyddet undergrävs i viss mån av möjligheten att i efterhand ändra de förutsättningar som låg till grund för beslutet att inte lämna anbud. Man kan därför sätta i fråga om det alls borde vara tillåtet att ändra maximibeloppet, som ju är en upphandlingsrättslig snarare än avtalsrättslig konstruktion.

NEDBRYTNING AV UPPSKATTAD OCH MAXIMAL OMFATTNING

Det är inte ovanligt att en ramavtalsupphandling avser flera olika artiklar, vilka i och för sig skulle ha kunnat handlas upp separat. Det blir särskilt påtagligt när en leverantör tilläts lämna anbud på bara en del av artiklarna. En upphandling kan till exempel avse "Kemiska produkter", men tillåta att anbud lämnas avseende bara vissa produkter, såsom ammoniak eller saltsyra, eller vissa produktgrupper, såsom vattenreningskemikalier.

Man skulle naturligtvis kunna tänka sig att den upphandlande myndigheten eller enheten var tvungen att ange uppskattad och maximal omfattning för varje sådan produkt eller produktgrupp. Det skulle onekligen underlätta leverantörers beslut att lämna eller inte lämna anbud. Något sådant krav finns emellertid inte.

I stället framgår det klart av domen att det räcker att omfattningen anges "samlad" för hela upphandlingen. Däremot *får* myndigheten eller enheten i och för sig lämna sådana uppgifter. Det finns således inget förbud mot att i en upphandling som den angivna ange dels att den totala maximala omfattningen avseende kemiska produkter är exempelvis 100 000 000 kronor (den uppgiften måste lämnas), dels att komplettera uppgiften genom att ange att av den summan 2 000 000 kronor avser ammoniak, 4 000 000 kronor avser saltsyra, 15 000 000 kronor avser vattenreningskemikalier och så vidare.

Sådana uppgifter medför emellertid en påtaglig risk för att ramavtalet undan för undan – i takt med att den maximala omfattningen uppnås för enskilda artiklar eller produktgrupper – kommer att omfatta färre och färre artiklar. De artiklar för vilka den maximala omfattningen har uppnåtts skulle då – även det undan för undan – behöva handlas upp på nytt. Det skulle lätt bli väldigt omständligt. Inte minst av det skälet gör upphandlande myndigheter och enheter i allmänhet klokt i att ta fasta på domen och bara ange den samlade maximala omfattningen, i exemplet 100 000 000 kronor för kemiska produkter.

RÄTTSMEDEL

När en domstol konstaterar att en upphandlande myndighet eller enhet – eller för den delen någon annan part i en rättegång – i och för sig inte har gjort helt rätt, men ändå anser att avvikelserna från vad som är optimalt är så begränsade att de inte ska utlösa någon rättsföljd, har den i huvudsak två alternativ. Den kan

antingen sänka kraven, så att avvikelserna inte ens utgör något upphandlingsfel, eller den kan konstatera att det visserligen föreligger upphandlingsfel, men att de ändå inte ska utlösa någon rättsföljd. Den förra tekniken tillämpades i till exempel RÅ 2002 ref. 50, där domstolen uttalar att "även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när".

En sådan teknik är emellertid svår att tillämpa när upphandlingsfelet i och för sig är uppenbart. Då återstår bara ett val mellan att tillämpa den föreskrivna rättsföljden eller att inte göra det. Sådan var situationen i Simonsen & Weel.

I LOU-direktivets artikel 49 anges således att ett meddelande om upphandling "ska innehålla de uppgifter som anges i del C i bilaga V". Motsvarande reglering följer enligt svensk rätt av [10 kap. 1](#) och [6 §§ LOU](#), [10 kap. 1](#) och [7 §§ LUF](#) samt [5 §](#) upphandlingsförordningen (2016:1162). Region Nordjylland hade inte angivit erforderliga uppgifter. Det var följaktligen uppenbart att den hade begått upphandlingsfel.

I domens p. 86 angav domstolen emellertid att syftet med ogiltighetssanktionen i rättsmedelsdirektivets artikel 2d.1.a var att stävja "de allvarigaste fallen av överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling, det vill säga fall då ett kontrakt har slutits genom direkttilldelning utan att det har offentliggjorts ett meddelande om upphandling i *Europeiska unionens officiella tidning*". Och annonserat, det hade ju regionen gjort.

Domstolen bedömde därför i p. 87 att det skulle vara oproportionerligt att sträcka ut tillämpningen av ogiltighetsregeln till en situation där en upphandlande myndighet har offentliggjort ett meddelande om upphandling och gjort förfrågningsunderlaget tillgängligt utan att i meddelandet eller förfrågningsunderlaget ange den uppskattade kvantiteten och/eller det uppskattade värdet och den största kvantiteten och/eller det högsta värdet av de varor som ska levereras enligt ramavtalet.

Värt att särskilt notera är att det enligt p. 87 räcker att meddelandet har offentliggjorts, och att det således inte krävs att vare sig det eller andra upphandlingsdokument anger uppskattad eller maximal omfattning. Det skiljer sig delvis från domslutets p. 3, enligt vilken omfattningen ska framgå av i vart fall förfrågningsunderlaget. Domslutet synes emellertid spegla den ställda frågan (se domens p. 44), som angav att en uppskattning av omfattningen framgick av förfrågningsunderlaget. Den generella regel som följer av domen torde således komma till uttryck i p. 87.

Det konstaterade upphandlingsfelet fick därför passera utan påföljd. Av p. 89 synes följa att domstolen har ansett att det räcker att den leverantör som anser sig behöva kompletterande information om uppskattad eller maximal omfattning har en möjlighet att be om sådana kompletteringar.

Andra rättsföljder än ogiltighet

Domen gällde bara ogiltighetspåföljden. För svenskt vidkommande blir den därför intressant bara om den kan ges en mer utsträckt tillämpning, så att dess resonemang träffar även framför allt rättsföljden att en upphandling måste göras om.

På ett principiellt plan innebär domen att en rättsföljd alltid måste stå i proportion till upphandlingsfelet. När rättsföljdens effekter är oproportionerliga, är rättsföljden inte tillåten. Det är egentligen en självklarhet som nog – åtminstone med ett tämligen litet mått av god vilja – följer redan av [4 kap. 1 §](#) LOU och LUF.

Ogiltighetssanktionen är i och för sig ingripande för avtalsparterna; plötsligt har de inte längre en avtalsrelation. Den praktiska konsekvensen av det är emellertid att den upphandlande myndigheten eller enheten måste "göra om och göra rätt". I så måtto är det ingen skillnad mellan en dom som innebär att upphandlingen måste göras om – vilket rimligtvis skulle ha varit frågan om upphandlingen i målet hade varit svensk i stället för dansk – och att ett avtal ska förklaras vara ogiltigt. När den ena påföljden är oproportionerlig är därför rimligtvis även den andra det.

SLUTSATSER

Slutsatsen av domen blir således följande: en upphandlande myndighet eller enhet *måste* i och för sig i antingen annonsen eller förfrågningsunderlaget eller något anslutande dokument ange såväl upphandlingens uppskattade som maximala omfattning. Brott mot skyldigheten är emellertid – åtminstone i allmänhet – så bagatellartade att det vore oproportionerligt att på en sådan grund tvinga myndigheten eller enheten att göra om upphandlingen. Någon annan rättsföljd är för svenskt vidkommande knappast aktuell. Den upphandlande myndigheten eller enheten *behöver därför inte* göra vad den i och för sig *måste* göra!

PRAKTISKA OCH AFFÄRSMÄSSIGA ÖVERVÄGANDEN

Till juridiken kan fogas några praktiska och affärsmässiga kommentarer. Den praktiska är att det sällan ligger i en enskild upphandlande myndighets eller enhets intresse att vara den som driver rättsutvecklingen framåt. Den bör därför i möjligaste mån hålla sig ifrån situationer där en leverantör kan frestas att pröva sin lycka i en överprövning.

Det är sällan särskilt svårt att följa domslutets p. 1 och ange såväl uppskattad som maximal omfattning. Det är då lämpligt att göra det i stället för att fresta leverantörer att pröva lyckan.

Det är många gånger också affärsmässigt korrekt att lämna sådan information. Sunt förnuft säger att en upphandling blir mer attraktiv för leverantörerna om de får någorlunda klara besked om vad de har

anledning att förvänta sig, åtminstone när de kan förvänta sig mycket. Ju mer en leverantör har att vinna på att delta, desto mer kommer den att anstränga sig för att bli vald. Och det mest påtagliga sättet att åstadkomma det är att erbjuda villkor som är mer fördelaktiga än vad konkurrerande anbud är.

Ur ett praktiskt och affärsmässigt perspektiv bör därför upphandlande myndigheten och enheter i de flesta fall bortse från domslutets tredje punkt. De bör i stället agera som om den första punkten säger hela sanningen.

[Jon Kihlman](#)

Advokat, jur.dr

OM DOKUMENTET

Senast uppdaterad

2021-07-01

Utgivare

JP Infonet

[Jon](#)

[Kihlman](#)

Advokat,
jur.dr



Författad av
