

**Delphi**

# Upphandlingsrätten – vad har hänt under 2023 och vad ser vi fram emot 2024?

**Katarina Ibold** / Partner / Advokat, **Gaëlle Bjurström** / Senior Associate / Advokat,  
**Ida Hill** / Associate



## Upphandlingsrätten – vad har hänt under 2023 och vad ser vi fram emot 2024?

**Katarina Ibold** / Partner / Advokat, **Gaëlle Bjurström** / Senior Associate / Advokat, **Ida Hill** / Associate

Det har (i vanlig ordning) hänt en hel del inom upphandlingsrättsområdet de senaste månaderna. Nedan följer ett urval av nyheter och frågeställningar som för oss har präglats 2023. Vi blickar också framåt med ett par spaningar för 2024.

### Nytt i lagstiftningen under 2023

#### *Ny skyldighet att anmäla utländska bidrag i stora upphandlingar*

Den 12 oktober 2023 introducerades en anmälningsskyldighet för anbudsgivare vid upphandlingar med kontraktsvärden överstigande 250 miljoner euro. Enligt de nya reglerna ska anbud i upphandlingar som uppskattas ha ett kontraktsvärde över detta belopp innefatta en anmälan av utländska ekonomiska bidrag, dvs. bidrag som anbudsgivaren erhållit från länder utanför EU. Skyldigheten att lämna uppgifter om bidrag åligger inte enbart anbudsgivare, utan även vissa underleverantörer och leverantörer. För det fall berörda företag under de senaste tre åren inte har erhållit utländska bidrag överstigande 4 miljoner euro, är det i stället tillräckligt att anbudet innehåller en försäkran om detta.

De nya reglerna innebär vidare en skyldighet för den upphandlande organisationen att översända en inkommen anmälan eller försäkran till EU-kommissionen, som därefter ska granska de utländska bidragen i enlighet med de nya bestämmelserna.

### Nytt i rättspraxis

#### *Preklusionsreglerna ställer krav på båda parterna*

Den 1 juli 2022 började ett antal nya regler om överprövning att gälla. Bland annat infördes preklusionsfrister i både förvaltningsrätten och kammarrätten.

Preklusionsfristen i förvaltningsrätten innebär att den som ansöker om en överprövning som utgångspunkt är skyldig att åberopa alla omständigheter till grund för sin talan inom tre veckor från den dag när ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten.

I oktober 2023 klargjorde kammarrätten i Jönköping leverantörers ansvar att åberopa omständigheter i relation till preklusionsfristen, se kammarrätten i Jönköpings dom den 3 oktober 2023 i mål nr 1791-23. I målet hade den leverantör som ansökt om överprövning begärt anstånd

med att komplettera sin ansökan. Anstånd beviljades för en tid överstigande tre veckor, varvid anståndet sträckte sig utanför preklusionsfristen. Leverantörens komplettering kom därför in till förvaltningsrätten först efter preklusionsfristens utgång.

Förvaltningsrätten ansåg att leverantören först genom kompletteringen hade anfört att denne orsakats skada på grund av felaktigheter i upphandlingen och att den omständigheten inte fick beaktas eftersom den hade kommit in för sent. Leverantörens ansökan avslogs därför.

Förvaltningsrättens dom överklagades av leverantören. Kammarrätten fastslog att det inte är tillräckligt att inom preklusionsfristen endast ange att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, utan att det av åberopade omständigheter också ska framgå på vilket sätt. Om leverantören först efter preklusionsfristens utgång närmare konkretiserar sin skada är det således fråga om sådana nya omständigheter som endast får beaktas om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheterna tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det. Kammarrätten framhöll även att leverantören själv bär ansvaret för att omständigheter åberopas i rätt tid.

Vid en sammantagen bedömning av ansökan om överprövning (med beaktande av dess bilagor) fann kammarrätten, i motsats till förvaltningsrätten, att leverantören i sin ansökan hade framfört omständigheter som kunde hänföras till skada. Leverantören ansågs därmed i rätt tid – dvs. inom preklusionsfristen – ha konkretiserat på vilket sätt denne hade lidit skada. Förvaltningsrättens dom upphävdes och målet återförvisades till förvaltningsrätten för ny prövning.

I kammarrätten gäller preklusionsreglerna för båda parterna, inte endast för den sökande. I dom den 15 januari 2024 i mål nr 1693-23 tog Kammarrätten i Sundsvall ingen hänsyn till en ny omständighet som den upphandlande myndigheten först åberopade i kammarrätten. Kammarrätten avslog den upphandlande myndighetens överklagande.

Sammantaget ställer preklusionsreglerna krav på båda parterna att noggrant redogöra för sin talan redan vid processen i förvaltningsrätten.

#### *Aktivitetsplikten börjar avgränsas*

Vi har tidigare redogjort för utvecklingen i rättspraxis sedan Högsta förvaltningsdomstolen (HFD), genom sitt avgörande i HFD 2022 ref. 4 I och II, introducerade ”aktivitetsplikten” för leverantörer under anbudstiden. Aktivitetsplikten innebär att en leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga redan under anbudstiden bör vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt.

Aktivitetsplikten har varit föremål för omfattande prövningar och har tolkats strängt. Det har utkristalliserats ett långtgående ansvar för leverantörer att förhålla sig aktiva under anbudstiden för att inte förlora möjligheten till bifall i ett överprövningsmål. Bland annat har aktivitetsplikten tolkats som att det normalt sett får anses åligga en leverantör att påpeka sådana brister som påverkar en leverantörs möjlighet att delta i en upphandling eller hur leverantören utformar sitt anbud, inklusive brister i transparens eller proportionalitet (se exempelvis Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 juli 2022 i mål nr 4840-22). Ett par kammarrättsavgöranden från hösten 2023 talar dock för att aktivitetsplikten inte kan sträckas så långt.

I dom den 29 september 2023 i mål nr 1304-23 prövade Kammarrätten i Sundsvall en överprövning där sökanden yrkat att en upphandling skulle göras om, bland annat med hänvisning till att utvärderingskriterierna varit otydliga. I målet fann kammarrätten att det av upphandlingsdokumenten kunde utläsas brister avseende utvärderingskriterierna men att det framstod

som svårt för leverantören att redan i samband med anbudsgivningen kunna förutse att utvärderingskriterierna skulle tillämpas på ett godtyckligt sätt. Med beaktande därav ansåg domstolen att leverantören riskerade att lida skada och att upphandlingen därmed skulle göras om, trots att leverantören inte påtalat bristerna under anbudstiden.

I dom den 6 december 2023 i mål nr 1059-23 fastslog Kammarrätten i Jönköping att det saknades skäl för sökanden att ställa ytterligare frågor rörande ett i upphandlingsdokumenten tydligt angivet referenskrav för att senare kunna ha framgång i en överprövning av upphandlingen på den grund att kravet var oproportionerligt. Eftersom kravet var oproportionerligt och hade medfört en tydlig konkurrensbegränsade effekt beslutade kammarrätten att den överprövade upphandlingen skulle göras om.

Det sista om aktivitetsplikten är dock inte sagt, och vi ser fram emot ytterligare praxis i ämnet.

***Domstolarna är fortfarande (för?) restriktiva med att begära in handlingar som enligt den upphandlande organisationen omfattas av sekretess***

När en anbudsgivare ansöker om överprövning av en upphandling, är det anbudsgivaren som ska visa att upphandlingen har genomförts i strid med upphandlingsreglerna. För att kunna göra det behöver anbudsgivaren inte sällan begära ut övriga anbudsgivares anbud från den upphandlande organisationen. Om den upphandlande organisationen, vid sin sekretessprövning, kommer fram till att uppgifterna helt eller delvis ska sekretessbeläggas (vilket synes ske i allt större utsträckning) kan sökanden förvägras att ta del av dokument som innehåller nödvändigt bevismaterial, och på så sätt berövas möjlighet att tillvarata sina rättigheter.

Sedan EU-domstolens mål C-450/06<sup>1</sup>, Varec, HFD 2015 ref. 55 och HFD 2018 ref. 28 är det klarlagt att, när en sökande försökt ta del av information den önskar använda som bevisning men utan framgång,

1. EU-domstolens dom av den 14 februari 2008 i mål C-450/06, Varec SA mot État belge och Diehl Ramscheid GmbH & Co.

och sökanden lagt fram klara omständigheter som visar informationens betydelse, så ska domstolen ta ställning till om inhämtande av materialet krävs för en effektiv prövning av upphandlingen. Domstolen kan underlåta att kommunicera det inhämtade materialet med sökanden och får själv, vid sin granskning av materialet, endast beakta vad sökanden anfört.

Den sökande har även möjlighet att yrka att domstolen ska fatta beslut om editionsföreläggande. Edition innebär, till skillnad från när domstolen själv granskar materialet inom ramen för sin utredningsskyldighet, att sökanden direkt får ta del av materialet. Som utgångspunkt gäller vid begäran om edition att rätten får besluta att en allmän handling ska tillhandahållas förutsatt att handlingen kan antas ha betydelse som bevis. För handlingar som genom att tillhandahållas skulle kunna avslöja en yrkeshemlighet krävs dock att det föreligger synnerlig anledning för utlämnandet.

Vår erfarenhet av det gångna året visar att det ställs fortsatt mycket höga krav för att domstolen ska hämta in handlingar som den upphandlande organisationen har sekretessbelagt. Därutöver spretar rättspraxis vad gäller förhållandet mellan edition och domstolens utredningsskyldighet. Vi anser därför att det skulle vara önskvärt med ytterligare praxis från Högsta förvaltningsdomstolen.

***Information i ett upphandlingsverktyg kan utgöra del av upphandlingsdokumentet***

Kammarrätten i Jönköping slog den 20 november 2023 i mål nr 1968-23 fast att information i ett upphandlingsverktyg kan utgöra en del av upphandlingsdokumentet. Detta gäller enligt domstolen även för tekniskt genererade meddelanden i ett elektroniskt upphandlingsverktyg.

I den aktuella upphandlingen hade anbud lämnats via ett elektroniskt upphandlingsverktyg i vilket det funnits ett fält för ifyllande av totalt utvärderingspris. När en anbudsgivare försökt fylla i ett negativt utvärderingspris hade verktyget genererat felmeddelandet ”Negativa siffror är inte tillåtna”.

Kammarrätten ansåg att denna information utgjorde ett tydligt obligatoriskt krav i upphandlingen som anbudsgivare hade haft att rätta sig efter vid utformningen av sina anbud. Den vinnande anbudsgivaren hade, trots kravet, lämnat ett negativt utvärderingspris i en separat bilaga. Kammarrätten fann att den upphandlande myndigheten hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte förkasta anbudet.

Avgörandet visar hur viktigt det är för upphandlande organisationer att väl känna till de verktyg som de använder vid sina upphandlingar.

***Det är tillåtet att förbjuda negativa delpriser***

Frågor om golv- och takpriser och närliggande frågor är fortsatt ett hett ämne inom upphandlingsrätten. I HFD 2023 ref. 7 fastslog Högsta förvaltningsdomstolen att det är tillåtet att ställa ett obligatoriskt krav som förbjuder negativa delpriser i anbud.

I målet hade den upphandlande myndigheten ställt som krav att inget delpris fick understiga noll kronor. En av anbudsgivarna i upphandlingen hade trots det lämnat ett negativt delpris, varför anbudet förkastades av myndigheten. Anbudsgivaren i fråga ansökte om överprövning, men Högsta förvaltningsdomstolen fann att det aktuella priskravet – som bland annat syftade till att förhindra strategisk prissättning – inte stred mot likabehandlingsprincipen. Priskravet ansågs inte heller strida mot bestämmelserna om onormalt låga anbud, eftersom ett negativt pris de facto innebär att leverantören betalar för att utföra arbetena.

Avgörandet är enligt oss välkommet och ger ett användbart verktyg till upphandlande organisationer som önskar motverka strategisk prissättning.

**Nyheter och spaningar för 2024**

***Ökade befogenheter för Konkurrensverket***

Från och med den 1 januari 2024 får Konkurrensverket, som första instans, fatta beslut

om upphandlingsskadeavgift.<sup>2</sup> Detta gäller dock enbart för upphandlingar som påbörjats den 1 januari 2024 eller senare. För upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2024 gäller som tidigare att Konkurrensverket behöver ansöka i domstol om att den upphandlande organisationen ska åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket har i skrivande stund ännu inte nyttjat sin möjlighet att som första instans besluta om upphandlingsskadeavgift, men beräknas kunna göra det till sommaren.<sup>3</sup>

I övrigt har avgiftens tak höjts från 10 miljoner till 20 miljoner kronor och tidsfristerna har förlängts. Tidigare gällde att Konkurrensverket fick ansöka om upphandlingsskadeavgift inom ett år från det att avtalet slöts. Numera gäller att Konkurrensverket har möjlighet att besluta om upphandlingsskadeavgift inom två år från det att avtalet slöts.

***Nya uppgifter i annonser***

Det är från och med den 25 oktober 2023 obligatoriskt för alla medlemsstater att använda EU:s standardformulär för upphandling – eForms – vid annonsering av offentliga upphandlingar över tröskelvärdena.

Sedan den 1 januari 2024 gäller dessutom att annonser om upphandling ska innehålla fler uppgifter än tidigare. Idag är det bland annat obligatoriskt att i alla annonser om upphandling ange om det ställs krav på hållbarhet eller innovation. Vidare ska alla annonser innehålla uppgift om kontraktets/ramavtalets uppskattade värde. Ytterligare en nyhet är att det numera är obligatoriskt att i efterannonser – både över och under tröskelvärdena – ange vilka leverantörer som lämnat anbud.

***Förslag på obligatorisk hänsyn till samhällsintressen***

Redan under 2021 föreslog regeringen införandet av en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att ta hänsyn till vissa samhällsintressen vid offentlig upphandling. Enligt nu gällande lagstiftning gäller att

2. Lagändringarna gäller inte upphandlingar som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

3. Se konkurrensverkets artikel [här](#). Besökt 2024-02-06

en upphandlande myndighet "bör" beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Förslaget är att genomföra en ändring från "bör" till "ska", vilket alltså innebär en skyldighet att beakta bland annat klimatet vid offentlig upphandling. Enligt förslaget skulle lagändringen träda i kraft den 1 juli 2023, men förslaget har ännu inte lett till någon proposition. Regeringen har heller inte uttalat sig om de avser att gå vidare med förslaget.

### **Förslag på system för leverantörskontroll**

I juni 2022 tillsatte regeringen en särskild utredare med uppdrag att utvärdera möjligheterna till och föreslå ett effektivt och tillförlitligt system för leverantörskontroll vid offentlig upphandling. Syftet med ett samordnat kontrollsystem är att underlätta kontrollen av leverantörer, bland annat mot bakgrund av att det idag kan vara svårt att få tillgång till vissa uppgifter, i viss mån är osäkert vilka brott som ska leda till uteslutning och vilken personkrets som ska kontrolleras.

I den utredning som presenterades föreslås att Bolagsverket ska tillhandahålla ett system för samlad registerkontroll. Kontrollen avses omfatta leverantörer, företag vars kapacitet åberopas samt underleverantörer och ska genomföras av Bolagsverket på begäran av en upphandlande myndighet. Endast sådana uppgifter som är relevanta för att fastställa om uteslutning ska ske (såsom uppgifter om brott, obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter eller ekonomiska svårigheter) ska ingå i kontrollen. I utredningen föreslås bestämmelserna träda i kraft den 1 oktober 2025.

### **Uppdaterade tröskelvärden**

I övrigt uppdaterades tröskelvärdena per den 1 januari 2024. Tröskelvärdena finns publicerade på [Upphandlingsmyndighetens webbsida](#).

Upphandlingsrätten är fortsatt ett mycket dynamiskt rättsområde. Vi hos Delphi ser fram emot ett nytt, spännande, upphandlingsår!

### **Kontakter:**



Katarina Ibold / Partner / Advokat  
+46 (0) 709 25 26 29  
katarina.ibold@delphi.se



Gaëlle Bjurström / Senior Associate / Advokat  
+46 (0) 709 25 25 37  
gaelle.bjurstrom@delphi.se



Ida Hill / Associate  
+46 (0) 767 72 00 56  
ida.hill@delphi.se