

Kartläggning och analys av mål om överprövning

RAPPORT 2017:7



Upphandlingsmyndigheten december 2017

Titel: Kartläggning och analys av mål om överprövning

ISBN: 978-91-983862-6-4

Produktion: Upphandlingsmyndigheten

Foto: Matton

Förord

Överprövning är en möjlighet att påtala brister, om man som anbudsgivare till offentlig verksamhet upplever att en upphandling inte hanterats på rätt sätt. Denna rapport är resultatet av det Uppdrag att beskriva, kartlägga och analysera mål om överprövning, som regeringen gav till Upphandlingsmyndigheten den 15 juni 2017.

Det finns en uppfattning idag att överprövningar av offentliga upphandlingar i Sverige är fler till antalet än i övriga länder inom EU. Många upplever att det är ett problem med överprövningar, både myndigheter och leverantörer. Det finns också en bild av att många överprövningar är så kallade okynnesöverprövningar eller strategiska överprövningar.

Det har tidigare inte gjorts någon omfattande kartläggning av överprövningsmål i domstol. Syftet med denna rapport är att ge en samlad och strukturerad bild av dessa överprövningar. Upphandlingsmyndigheten har i samverkan med Konkurrensverket genomfört kartläggningen och utarbetat rapporten. Målet är att denna undersökning ska ge en bättre bild av, och bättre kunskap om, orsaker till överprövningarna. Kartläggningen ska också ge bättre underlag för de åtgärder som behövs för att minska de problem som upplevs med överprövningar.

Resultatet kommer även ge Upphandlingsmyndigheten värdefull information och underlag för att utveckla stöd till upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer för att förhoppningsvis förebygga överprövningssituationer.

Stockholm december 2017

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Inger Ek', followed by a long horizontal line.

Inger Ek
Generaldirektör
Upphandlingsmyndigheten

Innehåll

Förord	2
Innehåll	3
Sammanfattning	8
Begrepp och förkortningar	13
1. Inledning	19
1.1 Uppdraget	19
1.2 Regelverket	20
1.2.1 Det svenska upphandlingslagarna bygger på EU-direktiv	20
1.2.2 De svenska upphandlingslagarna	20
1.3 Rättsmedel och domstolsprocessen	21
1.3.1 När kan överprövning av en upphandling ske?	21
1.3.2 När kan överprövning av ett avtals giltighet ske?	22
1.3.3 Olika typer av avgöranden	23
1.3.4 Interimistiskt beslut	25
1.3.5 Processen i förvaltningsdomstol	25
1.3.6 Prövningstillstånd	26
1.3.7 Åberopsbördan	26
1.4 Rättsutvecklingen	27
1.4.1 1992 års LOU	27
1.4.2 Tiodagarsfristen införs	28
1.4.3 En tydligare processram	29
1.4.4 Det har blivit lättare att överpröva upphandlingar	30
1.5 En övergripande bild av överprövning	31
2. Metod för kartläggning av överprövningar	39
2.1 Metod för kartläggning av överprövade upphandlingar	39
2.1.1 Uppgifter som sammanställts i kartläggningen	40
2.1.2 Beskrivning av urvalet av överprövade upphandlingar	42
2.2 Metod för undersökning bland leverantörer samt advokater och andra ombud med erfarenhet att uppträda som ombud i domstol	47

2.3	Metod för övriga kartläggningar.....	49
2.3.1	Kartläggning av kammarrättsavgöranden	49
2.3.2	Kartläggning av överprövning i olika branscher	49
2.3.3	Kartläggning av överprövade avtals giltighet.....	50
2.3.4	Handläggningstid i domstol.....	50
2.4	Tidigare studier på området	50
2.4.1	Statistik om offentlig upphandling	50
2.4.2	Överprövningar av offentlig upphandling	51
2.4.3	Länsrättens domar om offentlig upphandling.....	51
3.	Kartläggning av överprövade upphandlingar	53
3.1	Inledning.....	53
3.2	Grunder vid överprövningar	53
3.2.1	Allmänna utgångspunkter	53
3.2.2	Den vanligaste grunden är brister i förfrågningsunderlaget.....	55
3.2.3	Leverantörer anför ofta fler än en typ av grund.....	56
3.2.4	Små skillnader mellan upphandlingslagarna	57
3.2.5	Direktivstyrda respektive icke-direktivstyrda upphandlingar.....	58
3.2.6	Tröskelvärdet.....	58
3.2.7	Bygg-, tjänst- och varuupphandlingar.....	59
3.2.8	Lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud	60
3.2.9	Statliga myndigheter, landsting och kommuner	61
3.2.10	Företagsstorlek	62
3.2.11	Eget eller annans anbud	63
3.3	Leder vissa grunder oftare till framgång än andra?	64
3.3.1	Prövning av grunder	64
3.3.2	Utgång i förvaltningsrätt efter eget eller annans anbud	65
3.4	Tidpunkten för ansökan om överprövning	66
3.4.1	Nästan alla överprövningar sker efter tilldelningsbeslut.....	66
3.4.2	Yrkanden efter skede	67
3.4.3	Anförda grunder före och efter tilldelningsbeslut.....	68
3.4.4	När leder vissa grunder till framgång?	69

3.5	Överklaganden till högre instanser	70
3.5.1	Prövning av grunder i kammarrätt	70
3.5.2	Utgång i kammarrätt	71
3.5.3	Utgång i Högsta förvaltningsdomstolen	72
3.6	I vilken omfattning vinner leverantörer den slutliga prövningen av ansökan om överprövning?	72
3.6.1	Avgöranden efter slutlig utgång	72
3.6.2	Slutlig utgång av rättsprocessen	73
3.7	Slutsatser	78
4.	Förekomsten av juridiska ombud i mål om överprövning av upphandling	80
4.1	Inledning	80
4.2	I vilken utsträckning används juridiska ombud?	80
4.2.1	Leverantörer använder juridiska ombud oftare än myndigheter	80
4.2.2	Stora företag använder ombud i högre utsträckning	81
4.3	Vinner en part med juridiskt ombud framgång oftare?	84
4.4	Fler överklaganden med ombud	87
4.5	Slutsatser	89
5.	Kartläggning av kammarrättsavgöranden	90
5.1	Inledning	90
5.2	Överklagade förvaltningsrättsavgöranden	90
5.3	Till vilken parts fördel ändrade kammarrätterna	91
5.4	Vilka överväganden görs inför beslutet att överklaga förvaltningsrättens avgörande	93
5.5	Slutsatser	93
6.	Överprövningsbenägenhet i olika branscher	94
6.1	Inledning	94
6.2	Branschindelad överprövningsfrekvens	94
6.3	Överprövningar över tid	96
6.4	Varför vissa branscher har högre andel överprövningar än andra	100
6.5	Slutsatser	102
7.	Kartläggning av överprövning av avtals giltighet	103
7.1	Inledning	103

7.2	Bygg-, tjänste- och varuupphandlingar.....	103
7.3	Andel överprövningar efter myndighetstyp.....	104
7.4	Andel överprövningar efter lag.....	105
7.5	Grunder vid överprövningar av avtals giltighet	106
7.6	Utgång i förvaltningsrätt.....	108
7.7	Överklagade avgöranden.....	109
7.8	Juridiska ombud vid avgöranden om avtals giltighet.....	111
7.9	Slutsatser.....	112
8.	Handläggningstid i domstol.....	114
8.1	Inledning.....	114
8.2	Domstolsverkets statistik om handläggningstider i förvaltningsrätt	114
8.3	Längre handläggningstid för mål som överklagas till högre instans.....	115
8.4	Handläggningstid i domstol beräknat per annonserad upphandling.....	116
8.5	Slutsatser.....	117
9.	Överväganden inför ansökan om överprövning	119
9.1	Inledning.....	119
9.2	Vilka överväganden görs inför en överprövning?	119
9.2.1	Sannolikheten att nå framgång	119
9.2.2	Avtalets ekonomiska och strategiska värde	120
9.2.3	Kostnaderna för domstolsprocessen.....	120
9.2.4	Tiden för domstolsprocessen.....	120
9.2.5	Risken för försämrad relation med den upphandlande myndigheten	121
9.3	Omständigheter som kan påverka beslutet att överpröva.....	121
9.3.1	Dialogen med den upphandlande myndigheten	121
9.3.2	Lättillgängliga rättsmedel	122
9.3.3	Offentlighetsprincipen	122
9.3.4	På vilken nivå beslutet om överprövning fattas.....	122
9.4	Tidpunkten när ansökan om överprövning ges in.....	122
9.4.1	Varför brister inte alltid påtalas under anbudstiden.....	123
9.5	Hur hanterar upphandlande myndigheter situationen då en upphandling överprövas?124	
9.6	Strategiska överprövningar	124

9.6.1 Förekommer strategiska överprövningar?	125
9.7 Slutsatser.....	126
10. Konsekvenser av överprövade upphandlingar	128
10.1 Inledning	128
10.2 Konsekvenser för upphandlande myndigheter	128
10.3 Konsekvenser för leverantörer	129
10.4 Slutsatser	130
11. Referenslista	131
12. Bilagor	134
12.1 Bilaga 1: Kategorisering av grunder	135
12.2 Bilaga 2: Redovisning av anförda grunder	140
12.3 Bilaga 3: Redovisning av utgång i förvaltningsrätt.....	142
12.4 Bilaga 4: Intervjufrågor.....	145

Sammanfattning

Regeringen beslutade den 15 juni 2017 att ge Upphandlingsmyndigheten uppdrag att kartlägga och analysera mål om offentlig upphandling i samverkan med Konkurrensverket. I uppdraget ingick även att genomföra en undersökning om vilka överväganden som görs inför en överprövning.

Cirka 1 500 upphandlingar har överprövats årligen de fem senaste åren.

Kartläggningen omfattar 1 000 överprövade upphandlingar som annonserades under åren 2015 och 2016. Dessa resulterade i cirka 1 400 domstolsavgöranden, som utgör underlag till denna rapport. Totalt överprövades 2 799 av 36 675 annonserade upphandlingar under denna tidsperiod. Med kartläggningen som underlag, tillsammans med intervjuer med upphandlande myndigheter, domstolar, leverantörer och juridiska ombud, redovisas i denna rapport svar på frågor om bland annat:

- när i upphandlingsprocessen överprövning har skett
- vilka grunder som har åberopats
- i hur stor utsträckning som leverantörerna har fått bifall
- vilka överväganden som görs i samband med en överprövning
- hur ofta parterna använder sig av juridiska ombud
- om upphandlingar överprövas i större utsträckning i vissa branscher.

I vilket skede av upphandlingarna har begäran om överprövningar gjorts; före eller efter det att tilldelningsmeddelandet har skickats ut?

97 procent av överprövningarna har skett efter det att tilldelningsbeslutet har meddelats. I de överprövningar där leverantören har ansökt om överprövning före tilldelningsmeddelandet, det vill säga i tre procent av överprövningarna, har leverantören inte vunnit bifall i högre utsträckning jämfört med överprövningar där ansökan har lämnats in efter att tilldelningsbeslutet har meddelats.

På vilka grunder har upphandlingarna begärts överprövade?

Kartläggningen visar att det är vanligt att anföra mer än en typ av grund i samma ansökan om överprövning. I 45 procent av avgörandena har *brister i förfrågningsunderlaget* utgjort en åberopad grund. Det är därmed den typ av grund som har anförts i störst utsträckning. I 40 procent av avgörandena har

leverantören klagat på bedömningen av uppfyllandet av *krav på leverantören*, medan motsvarande klagomål kopplat till *krav på upphandlingsföremålet* har anförts i 30 procent av avgörandena. Dessa tre typer av grunder är de som oftast förekommer i avgörandena. Endast i 13 procent av överprövningarna har leverantören klagat på hur anbudsutvärderingen har genomförts. De grunder som i störst utsträckning har lett till framgång i första instans är *brister i förfrågningsunderlaget* och bedömning av *krav på upphandlingsföremålet*.

Det anføres till viss del olika grunder beroende på vad upphandlingen avsett, det vill säga om det är en byggentreprenad, tjänst eller varuupphandling. Större vikt läggs på bedömning om ett krav på leverantören är uppfyllt vid tjänsteupphandling respektive byggentreprenader. När det gäller varuupphandlingar är det vanligare med frågor om bedömningen av om krav på upphandlingsföremålet uppfylls.

I vilken omfattning har leverantörer, vid den slutliga prövningen av målen, fått helt eller delvis bifall till sin talan?

Leverantörerna vinner framgång i cirka 20 procent av de avgöranden som har prövats i sak, inräknat eventuella överklaganden till kammarrätt samt till Högsta förvaltningsdomstolen. Domstolen har beslutat att upphandlingen ska göras om i 11 procent av avgörandena och att den ska rättas i 9 procent av fallen. Domstolarna har därmed inte funnit skäl att ingripa i upphandlingen i 80 procent av överprövningarna. Av de leverantörer som ansöker om överprövning vinner stora företag framgång i högre utsträckning än mindre företag.

När tilldelningsgrunden har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet föreligger större andel bifall jämfört med då tilldelningsgrunden varit lägsta pris. Vad gäller prövning i kammarrätten är det ett fåtal överklaganden som har prövats i sak. I de avgöranden som prövats i sak leder grunden *brister i förfrågningsunderlaget* till bifall oftare än avslag. Övriga grunder tenderar att avslås oftare än de bifalls.

Vilka överväganden görs av leverantörer, advokater och andra med erfarenhet att uppträda som ombud i domstol, inför en ansökan om överprövning?

Av intervjuerna har det framgått att leverantören väger in ett antal omständigheter och faktorer i beslutet att överpröva en upphandling, däribland:

- avtalets värde
- avtalets strategiska betydelse
- kostnaden för överprovningen
- relationen samt dialogen med den upphandlande myndigheten.

I intervjuerna har det framförts att det förekommer överprovningar som inte har det primära syftet att ansökande leverantör ska tilldelas avtalet utan där syftet istället är att fördröja upphandlingsprocessen. Det framhålls dock att denna typ av överprovningar bedöms som ovanliga.

I vilken utsträckning företräds upphandlande myndigheter och leverantörer av juridiska ombud och vilken betydelse för utgången har det?

Kartläggningen visar att leverantörerna har företräts av ett juridiskt ombud i cirka hälften av avgörandena. Upphandlande myndigheter har företräts av ombud i knappt en fjärdedel av avgörandena. Leverantörer som företräds av ombud vinner oftare framgång i domstol och överklagar förvaltningsrättens avgörande i högre utsträckning än leverantörer som inte företräds av ombud. För upphandlande myndigheter tycks varken framgång i domstol eller antalet överklaganden ha någon koppling till om den upphandlande myndigheten har företräts av ett ombud eller inte. Det är vanligare att medelstora och stora företag använder ombud än att mikroföretag och små företag gör det.

Är leverantörer i vissa branscher mer eller mindre benägna att ansöka om överprovning?

Under tidsperioden 2012–2016 har störst andel överprovningar skett inom CPV-huvudgruppen *Transporter (utom avfallstransport)* där 15,5 procent av alla upphandlingar överprovades. Näst vanligast var överprovningar inom *Kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara* där 15,1 procent av upphandlingarna överprovades. Även *Kringtjänster för transporter; resebyråtjänster* hade en förhållandevis hög andel överprovningar, 13,6 procent. Den CPV-huvudgrupp som hade lägst andel överprovade upphandlingar under tidsperioden var *Uppsamlat och renat vatten* där bara 2,3 procent av alla upphandlingar överprovades.

En stor grupp upphandlingar med CPV-huvudgruppen *Anläggningsarbete*, som omfattar mer än en tredjedel av samtliga annonserade upphandlingar hade en

överprövningsfrekvens på relativt låga 5,7 procent, att jämföra med genomsnittet på 7,9 procent.

Det finns tydliga skillnader i andelen överprövningar mellan branscher. Dessa skillnader är inte konstanta utan har varierat över tid. En rad aspekter kan ha haft betydelse för varför vissa branscher har högre andel överprövningar än andra. Enligt vad som framkommit i intervjuerna kan det till exempel handla om:

- konkurrenssituationen
- branschmogenhet
- om offentlig sektor är den enda köparen
- om det är en bransch med komplexa upphandlingar och omfattande kravställning.

Överprövning av avtalets giltighet

Förutom kartläggning och analys av överprövningar av upphandlingar utifrån urvalet om 1 000 upphandlingar omfattar rapporten även en genomgång av överprövningar av avtals giltighet. Samtliga avgöranden från 2015 och 2016 har gått igenom; totalt 103 stycken. Det kan konstateras att det förelåg en överträdelse av upphandlingslagarna i knappt hälften av dessa avgöranden. I 13 procent förordnade domstolen att avtalet ändå fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Totalt ogiltigförklarades avtalet i 25 procent av avgörandena. Andelen bifall i avgöranden som rör talan om avtals giltighet är högre än avgöranden om överprövning av upphandling när bara avgöranden som har prövats i sak räknas. Sannolikt är incitamenten för en leverantör att väcka talan om avtals giltighet låg eftersom en talan om ogiltighet inte direkt leder till att leverantören tilldelas avtalet. Detta gör det svårare för en leverantör att beräkna sina möjligheter att tilldelas avtal.

Prövning i kammarrätt

Vidare redogörs även för samtliga överklaganden till kammarrätt under samma tidsperiod; 940 stycken. I 67 procent av fallen beviljas inte prövningstillstånd. Därutöver avskrivs eller avvisas 12 procent av inkomna överklaganden. Kammarrätterna ändrade förvaltningsrättens dom i 100 avgöranden. I 81 procent av dessa skedde ändringen till leverantörens fördel och i 19 procent till den upphandlande myndighetens fördel.

I flera av intervjuerna med leverantörer och upphandlande myndigheter har det framkommit att antalet överprövningar inte upplevs som ett problem. Många har istället framfört att handläggningstiden i domstol upplevs som alltför lång. Av statistiken framgår att handläggningstiden i normalfallet inte är längre än cirka fyra månader. Med detta inte sagt att handläggningstiden har varit avsevärt längre i vissa fall. Det gäller framförallt när domstolsavgöranden blir överklagade till högre instans. Det har dock framförts under intervjuerna att såväl upphandlande myndigheter som leverantörer upplever att det är svårt att förutse handläggningstiden i domstol, vilket skapar osäkerhet och gör det svårt att planera verksamheten på ett bra sätt.

Vissa menar att dialogen mellan upphandlande myndigheter och leverantörsmarknaden, både före, efter och under upphandlingsförfarandena, har stor betydelse för överprövningssituationen och att den behöver förbättras. Även om överprövningar kan medföra negativa konsekvenser för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter anser flertalet vid intervjuerna att möjligheten att överpröva är en viktig rättssäkerhetsfråga. För upphandlande myndigheter blir risken att utsättas för en överprövning också i sig ett incitament för att göra bättre upphandlingsunderlag.

En överprövning medför negativa konsekvenser för såväl den upphandlande myndigheten som leverantörerna. Upphandlingar som försenas på grund av överprövningsprocessen kan få till följd att behov som en upphandlande myndighet har inte kan tillgodoses. Det kan innebära stora konsekvenser exempelvis för byggentreprenader, inom vård och skola samt behov som en upphandlande myndighet enligt lag har skyldighet att tillgodose. Kostnaderna för fördröjningen av avtalets genomförande kan uppgå till betydande belopp, förutom att den upphandlande myndigheten inte får sitt behov tillgodosett i tid. Men även för leverantören kan osäkerheten innebära höga kostnader.

Begrepp och förkortningar

I den här rapporten används följande begrepp och förkortningar:

ANBUDSGIVARE – den eller de leverantörer som lämnar anbud i en upphandling.

ANBUDSSÖKANDE – den eller de leverantörer som ansöker att få lämna anbud i en upphandling, som genomförs i ett tvåstegsförfarande. En anbudssökande måste uppfylla samtliga leverantörskrav för att få möjlighet att lämna anbud i steg två.

AVGÖRANDE – slutligt beslut eller dom. Ett avgörande kan innehålla ett eller flera målnummer.

AVSKRIVNING – ett mål skrivs av när saken förfallit, till exempel om överklagandet återkallas eller om den upphandlande myndigheten eller enheten har återkallat sitt tilldelningsbeslut för ny prövning och utvärdering.

AVTALSSPÄRR – förbud för en upphandlande myndighet eller enhet att ingå avtal direkt efter att den har fattat ett tilldelningsbeslut. Avtalsspärren gäller i 10 eller 15 dagar efter det att den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet till samtliga anbudsgivare och anbudssökande. Om underrättelsen skickats elektroniskt är avtalsspärren 10 dagar, annars 15 dagar. Om en upphandling blir överprövad förlängs avtalsspärren automatiskt under målets handläggning i förvaltningsrätten.

AVVISNING – när ett ärende inte prövas på grund av formella skäl, till exempel på grund av att den som klagar inte har klagorätt, att domstolen inte är rätt instans att vända sig till eller att ansökan har kommit in för sent.

BESLUT (AV DOMSTOL) – beslut som innebär att domstolen avgör målet, fattar ett interimistiskt beslut eller återförvisar målet till lägre instans.

CPV – Common Procurement Vocabulary. CPV är ett klassificeringssystem för offentlig upphandling som standardiserar de referenser som används av de upphandlande myndigheterna och enheterna för att beskriva föremålet för upphandlingen. En annons om upphandling ska innehålla en eller flera CPV-koder. CPV-koderna är indelade i en trädstruktur som består av åtta siffror där de

två första siffrorna anger huvudgrupp och de efterföljande siffrorna anger en ökad grad av precisering. CPV-huvudgrupp beskriver i princip det som upphandlas på branschnivå.

DIREKTIVSTYRD UPPHANDLING – upphandling som omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv. Som huvudregel omfattas alla kontrakt som överstiger tröskelvärdena av direktiven, men det finns undantag. Vilka regler som ska gälla för icke direktivstyrda upphandlingar bestämmer respektive medlemsstat. Dock gäller alltid de EU-rättsliga principerna för alla upphandlingar som har ett så kallat bestämt gränsöverskridande intresse.

DIREKTUPPHANDLING – upphandling utan krav på anbud i viss form, exempelvis utan krav på annonsering. Direktupphandling är endast tillåtet om det sammanlagda värdet av ett eller flera kontrakt (om det finns flera direktupphandlingar av samma slag inom den upphandlande myndigheten eller enheten) inte överstiger direktupphandlingsgränsen eller om något undantag är tillämpligt.

DIREKTUPPHANDLINGSGRÄNSEN – anger när direktupphandling är tillåtet i andra fall än när något av undantagen är tillämpliga. För upphandlingar enligt LOU var direktupphandlingsgränsen 505 800 kronor år 2015 och 534 890 kronor år 2016. Motsvarande belopp för LUF och LUFSS var 939 000 kronor år 2015 och 993 368 kronor år 2016.

DOM – en domstols avgörande av själva frågan i målet eller ärendet.

EU:S RÄTTSMEDELSDIREKTIV – avser EU:s lagstiftning för att harmonisera medlemslänternas regler för bland annat överprövning, skadestånd och i vissa fall ogiltighet av kontrakt som tecknats i strid med EU:s upphandlingsdirektiv. Det finns tre rättsmedelsdirektiv: Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG samt rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG.

EU:S UPPHANDLINGSDIREKTIV – avser EU:s lagstiftning för att harmonisera medlemslänternas regler för upphandlingar över tröskelvärdena. Direktiven ligger till grund för de svenska upphandlingslagarna. Det finns fyra nu gällande upphandlingsdirektiv: Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU (klassiska direktivet), 2014/25/EU (försörjningsdirektivet), 2014/23/EU (koncessionsdirektivet) och 2009/81/EG (försvars och

säkerhetsdirektivet). Därutöver fanns de tidigare direktiven 2004/18/EG (gamla klassiska direktivet) och 2004/17/EG (gamla försörjningsdirektivet).

EU:S UPPHANDLINGSREGLER – avser EU:s förordningar och direktiv som rör upphandling. Det är därmed ett samlingsnamn för upphandlingsdirektiven och rättsmedelsdirektiven samt övrig lagstiftning på EU-nivå som rör offentlig upphandling. Där ingår till exempel upphandlingsreglerna i EU:s kollektivtrafikförordning respektive cabotageförordningen.

FPL – Förvaltningsprocesslagen (1971:291).

FR – Förvaltningsrätt. Första instans bland de allmänna förvaltningsdomstolarna.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAG – definierades i ÄLOU samt i ÄLUF som sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller en leverantör. I denna rapport omfattar begreppet förfrågningsunderlag även inbjudan för att ansöka om att få lämna anbud i en upphandling som genomförs med ett tvåstegsförfarande (selektivt förfarande, förhandlat förfarande och urvalsförfarande). Det omfattar även det så kallade beskrivande dokumentet i förfarandet konkurrenspräglad dialog.

FÖRSÖRJNINGSSEKTORERNA – utgörs av områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt LUF. Verksamheter inom området som bedrivs i offentlig regi omfattas av LUF. Även privata företag omfattas av LUF om de bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med ensamrätt eller så kallad särskild rättighet enligt LUF.

GRUND – grunden för ett yrkande, en begäran, det bakomliggande förhållandet till yrkandet. Om man ska ange grunden för ett yrkande innebär det att man ska ange anledningen till varför man anser att domstolen ska döma på ett visst sätt. Se även Yrkande.

GÖRA OM UPPHANDLINGEN – en av två möjliga rättsföljder som domstolen kan besluta om vid bifall till en ansökan om överprövning av en upphandling. Se även Rättelse, som är den andra rättsföljden.

HANDLÄGGNINGSTID – med handläggningstid avses, om inte annat framgår av sammanhanget, tiden från och med den dag ett ärende kom in till domstolen till och med den dag domstolen har fattat ett slutligt beslut eller meddelat dom.

HFD – Högsta förvaltningsdomstolen. Högsta instans bland de allmänna förvaltningsdomstolarna.

INTERIMISTISKT BESLUT – ett beslut av domstolen om vad som ska gälla fram till dess att slutligt beslut meddelas i frågan. Ett exempel är att domstolen interimistiskt kan besluta om att avtal inte får ingås innan något annat har bestämts.

KONKURRENSUPPSÖKANDE SKEDET – tiden från det att meddelandet om upphandlingen (annonsen) publicerats till och med sista anbudsdag eller sista dag att ansöka om att få lämna anbud (eller delta i en dialog) i ett flerstegsförfarande.

KR – Kammarrätt. Andra instans bland de allmänna förvaltningsdomstolarna.

LEVERANTÖR – den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

LOU – lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Trädde i kraft den 1 januari 2017.

LUF – lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. Trädde i kraft den 1 januari 2017.

LUFS – lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

LUK – lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner. Trädde i kraft den 1 januari 2017.

OFFENTLIG UPPHANDLING – åtgärder som en myndighet vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt. I princip omfattas alla kontrakt med ekonomiska villkor av upphandlingslagarna. Det finns dock flera undantag, bland annat för anställningskontrakt, lokalhyra och ersättning som betalas enligt annan lagstiftning (exempelvis ersättning till fristående skolor och assistansersättning).

OTILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING – när en upphandlande myndighet eller enhet köper en vara, tjänst eller byggentreprenad från en leverantör utan att följa förfarandereglerna för annonsering i upphandlingslagstiftningen och det saknas ett tillämpligt undantag från annonseringsplikten eller

upphandlingsskyldigheten. Det innebär att kontrakten kan ogiltigförklaras av domstol och att myndigheten kan tvingas betala upphandlingsskadeavgift. Den leverantör som lidit skada kan föra talan om skadestånd.

PRÖVNINGSTILLSTÅND (PT) – i upphandlingsmål krävs ett så kallat prövningstillstånd för att kammarrätten respektive Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp målet. Om sådant tillstånd inte ges kommer underinstansens dom att stå fast.

RÄTTELSE – en av två möjliga rättsföljder som domstolen kan besluta om vid bifall till en ansökan om överprövning av en upphandling. Att rättelse ska ske innebär att upphandlingen får fortgå efter att bristen har rättats till. Upphandlingen behöver inte göras om. Se även Göra om upphandlingen, som är den andra rättsföljden.

TED – Tenders Electronic Daily. TED är EU:s elektroniska databas för annonsering av upphandlingar.

TILLDELNINGSGRUND – avgör hur kontrakt tilldelas vid upphandling. Tilldelningsgrunden enligt ÅLOU, ÅLUF och LUFS kan antingen vara lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

TRÖSKELVÄRDENA – beloppsgränser som fastställs av Europeiska kommissionen och som avgör vilka regler en upphandling ska följa – de direktivstyrda eller de nationella. Tröskelvärdena är fastställda till en nivå där företag inom EU och EES förväntas vara intresserade av att lägga anbud över nationsgränserna. I de svenska upphandlingslagarna är tröskelvärdena avgörande för vilka delar av upphandlingslagen som ska tillämpas vid upphandlingen. Direktivstyrda upphandlingar ska annonseras i TED. För upphandlingar som inte överstiger tröskelvärdena räcker det ofta med annonsering i en svensk annonsdatabas.

UPPHANDLANDE MYNDIGHET – i denna rapport används ordet upphandlande myndighet som samlingsnamn för både upphandlande myndigheter enligt LOU, LUF och LUFS, och upphandlande enheter enligt LUF och LUFS.

UPPHANDLING – med en upphandling avses i denna rapport en annonserad upphandling i enlighet med upphandlingslagarna. En upphandling kan leda till att fler än ett kontrakt tecknas.

UPPHANDLINGSFÖRFARANDE – lagreglerade tillvägagångssätt som den upphandlande myndigheten eller enheten ska tillämpa när den genomför upphandlingen. Det finns både enstegs- och flerstegsförfaranden.

YRKANDE – ett yrkande är en begäran om något. I ett mål i förvaltningsrätt kan den enskilde yrka på vilket sätt den anser att det myndighetsbeslut som den är missnöjd med, ska ändras. I ett mål om överprövning av upphandling kan part yrka att upphandlingen ska rättas eller göras om. Domstolen är inte bunden av vad en part yrkar utan kan till exempel förordna att upphandlingen ska göras om trots att bara rättelse har yrkats. Se även Göra om upphandlingen och Rättelse.

ÄLOU – lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Numera upphävd.

ÄLUF – lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Numera upphävd.

ÖVERLÄMNING – om en förvaltningsrätt eller kammarrätt i samband med att ett mål inleds finner att den saknar behörighet att handlägga målet men att en annan motsvarande domstol skulle vara behörig, lämnas handlingarna i målet över till den domstolen.

ÖVERPRÖVNING AV ETT AVTALS GILTIGHET – ett av de rättsmedel som kan tillämpas vid felaktig upphandling. En leverantör som anser att ett avtal inte annonserats korrekt, att fel har begåtts vid förnyad konkurrensutsättning eller att en avtalsspärr har överträtts, kan ansöka om överprövning av ett avtals giltighet vid allmän förvaltningsdomstol.

ÖVERPRÖVNING AV EN UPPHANDLING – ett av de rättsmedel som kan tillämpas vid felaktig upphandling. En leverantör som anser att den lidit eller kan komma att lida skada av de fel som begåtts av den upphandlande myndigheten eller enheten får ansöka om överprövning av upphandlingen vid allmän förvaltningsdomstol.

1. Inledning

1.1 Uppdraget

Regeringen beslutade den 15 juni 2017 att ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att, i samverkan med Konkurrensverket, göra en kartläggning och analys av mål i domstol om överprövning av offentlig upphandling.¹ Syftet med uppdraget är att ge en samlad, mer detaljerad och strukturerad kartläggning av överprövningsmålen i domstol. I uppdraget ingår sammanfattningsvis att:

- kartlägga ett slumpmässigt urval av mål om överprövning av upphandlingar och avtals giltighet som avgjorts av förvaltningsrätter,
- kategorisera och analysera i vilket skede av upphandlingarna begäran om överprövningar gjorts och på vilka grunder upphandlingarna har begärts överprövade,
- för varje instans kartlägga i vilken utsträckning som en leverantör har vunnit framgång med att åberopa en viss grund och om åberopandet av vissa grunder oftare leder till framgång än andra,
- kartlägga och analysera i vilken omfattning som leverantörer, vid den slutliga prövningen av målen, har fått helt eller delvis bifall till sin talan,
- göra en undersökning bland leverantörer, samt advokater och andra med erfarenhet att uppträda som ombud i domstol, om vilka överväganden som görs dels inför en ansökan om överprövning, dels om vid vilken tidpunkt en sådan ansökan bör ges in,
- kartlägga i vilken utsträckning som upphandlande myndigheter och leverantörer företräds av juridiska ombud och analysera hur denna omständighet förhåller sig till att parten helt eller delvis vinner framgång i målet eller till benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden,
- analysera om leverantörer i vissa branscher är mer eller mindre benägna att ansöka om överprövning och vad orsakerna till detta kan vara.

¹ Fi2017/02676/OU.

1.2 Regelverket

1.2.1 Det svenska upphandlingslagarna bygger på EU-direktiv

Offentlig upphandling innebär att en upphandlande myndighet köper, hyr eller på annat sätt anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader. För att på bästa sätt ta tillvara konkurrensen på marknaden och hushålla med skattemedlen måste myndigheter följa vissa bestämmelser när de genomför en upphandling. Detta framgår av upphandlingslagarna. De svenska upphandlingslagarna bygger på EU:s upphandlingsdirektiv.²

Syftet med EU:s upphandlingsregler är bland annat att öppna upp marknader och undanröja hinder för den fria rörligheten av varor och tjänster inom EU. Genom EU:s upphandlings- och rättsmedelsdirektiv har upphandlingsreglerna i medlemsstaterna harmoniserats. Detta har inneburit att alla offentliga kontrakt över tröskelvärdena inom EU i princip omfattas av samma regler och att reglerna vid upphandling över tröskelvärdena ska tolkas på ett enhetligt sätt i alla medlemsstater. Det finns fyra EU-direktiv om offentlig upphandling. De innehåller bestämmelser om förfarandet för tilldelningen av offentliga kontrakt, bland annat annonsering, utformningen av krav och kriterier samt kontraktstecknandet. Utöver EU:s fyra upphandlingsdirektiv finns även tre rättsmedelsdirektiv³ som bland annat innehåller bestämmelser om överprövning, skadestånd och i vissa fall ogiltighet av kontrakt som tecknats i strid med EU:s upphandlingsdirektiv.

1.2.2 De svenska upphandlingslagarna

Sverige har implementerat EU:s upphandlingsdirektiv genom fyra olika lagar (nya LOU, nya LUF, LUFs och LUK). Upphandlingslagarna bygger på fem grundprinciper: likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Implementering av EU:s rättsmedelsdirektiv har

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (klassiska direktivet), direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet), direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (koncessionsdirektivet) och direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG samt rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG.

skett i var och en av de svenska upphandlingslagarna. De nya svenska upphandlingslagarna trädde i kraft den 1 januari 2017. För kontrakt som inte omfattas av EU:s upphandlingsregler kan medlemsstaterna välja att antingen inte ha några särskilda regler eller införa egna regler. Kontrakt som inte omfattas är de som understiger tröskelvärdena eller där det finns undantag i EU:s upphandlingsregler. Sverige har valt att införa nationella regler även för de kontrakt som inte omfattas av EU:s upphandlingsregler. Dessa regler är samlade i ett särskilt kapitel i nya LOU, nya LUF, LUFS och LUK. De upphandlingar som regleras i dessa kapitel brukar kallas för icke-direktivstyrda upphandlingar. I Sverige liknar de nationella reglerna till relativt stor del de direktivstyrda förfarandena vid upphandling över direktupphandlingsgränsen.

1.3 Rättsmedel och domstolsprocessen

Tre olika rättsmedel står till buds för en leverantör som anser att en myndighet har brutit mot upphandlingsreglerna:

- Överprövning av upphandlingen
- Överprövning av avtalets giltighet
- Skadestånd.

Reglerna kring överprövningar redovisas kortfattat i detta avsnitt. Med överprövningar avses överprövningar av upphandlingar såväl som överprövningar av avtals giltighet. Dessutom beskrivs även domstolsprocessen i allmän förvaltningsdomstol, som hanterar överprövningsmål. Överprövningar av beslut att avbryta en upphandling ingår i den första kategorin; överprövning av upphandlingen. Skadeståndsmål avgörs av allmän domstol – tingsrätt, hovrätt och Högsta domstolen.

De grundläggande processrättsliga reglerna för överprövning av upphandlingar finns i förvaltningsprocesslagen (1971:291), förkortad FPL. Bestämmelserna om överprövning i upphandlingslagarna kompletterar reglerna i FPL. Reglerna för överprövning är utformade på i princip samma sätt i upphandlingslagarna, både sinsemellan och i äldre respektive nu gällande upphandlingslagar.

1.3.1 När kan överprövning av en upphandling ske?

Alla beslut under en upphandlingsprocess kan överprövas. Den första tidpunkt då en överprövning av en upphandling är möjlig är den tidpunkt då upphandlingen har påbörjats. Den sista tidpunkt då en annonserad upphandling kan överprövas

är fram till den tidpunkt då den så kallade avtalsspärren löper ut. När det gäller en direktupphandling eller en upphandling som föregåtts av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering är överprövning istället möjlig fram till dess att avtal har tecknats. Även ett beslut att avbryta en upphandling kan som nämnts överprövas.

För att en ansökan om överprövning av en upphandling ska kunna bifallas måste två förutsättningar vara uppfyllda:

1. det har förekommit ett upphandlingsfel, till exempel att ett krav i förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande principerna
2. den som ansöker om överprövning har lidit eller riskerar att lida skada.

1.3.2 När kan överprövning av ett avtals giltighet ske?

En leverantör kan ansöka om att ett avtal som en myndighet har ingått med en leverantör ska ogiltigförklaras. Ansökan ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från tidpunkten då avtalet slöts. Denna frist kan förkortas till 30 dagar om en efterannons har publicerats eller alla anbudsgivare som inte antagits har underrättats om att avtal har tecknats och skälen till varför de inte tilldelats kontraktet. Ett avtals giltighet kan enligt ÅLOU, ÄLUF⁴ och LUF⁵ överprövas vid följande omständigheter:

- avtal har slutits utan föregående annonsering trots att annonseringsskyldighet finns (otillåten direktupphandling eller otillåtet förhandlat förfarande utan föregående annonsering)
- felaktigt genomförd förnyad konkurrensutsättning (enligt ramavtalet eller lag) och leverantören har lidit eller kan komma att lida skada av felet
- avtal har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, trots att ett interimistiskt beslut förelegat eller innan tilldelningsmeddelande har

⁴ Kartläggningen i denna rapport omfattar enbart upphandlingar som har påbörjats före de nya LOU och LUF och LUK:s ikraftträdande. Av detta skäl beskrivs de regler som gäller dessa upphandlingar.

skickats ut, i kombination med att ett fel har begåtts och detta fel har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I de upphandlingslagar som trädde i kraft den 1 januari 2017 återfinns ytterligare en grund; felaktigt förfarande vid tillämpning av ett dynamiskt inköpssystem och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Det finns situationer där en leverantör inte kan ansöka om att avtalet ska ogiltigförklaras eller situationer då avtalet inte kan ogiltigförklaras av rätten. Ett avtal får inte ogiltigförklaras när en myndighet i förväg öppet meddelat att myndigheten har för avsikt att direktupphandla och följa en avtalsspärr, så kallad förhandsinsyn. Ett avtal får vidare inte ogiltigförklaras om myndigheten har skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet till alla anbudssökanden och anbudsgivare samt iakttagit en frivillig avtalsspärr efter avtalstilldelning med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal.

Inte heller om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse får ett avtal ogiltigförklaras. Vid tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska domstolen besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Sådana hänsyn kan till exempel vara skydd av människors liv och hälsa eller allmän säkerhet och ordning.⁵

1.3.3 Olika typer av avgöranden

Domstolen kan avgöra målet genom prövning i sak (genom en dom) eller utan prövning i sak (genom ett beslut). Vid prövning i sak kan domstolen besluta att avslå eller bifalla ansökan. När en leverantör har ansökt om överprövning innebär ett avslag att ansökan inte föranleder någon åtgärd. Ett bifall till leverantörens

⁵ I de fall ett avtal får bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse har Konkurrensverket en skyldighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Detsamma gäller i de fall domstolen konstaterar att myndigheten har brutit mot en avtalsspärr men att det saknas ett brott mot principerna som sökanden lider skada av och därför inte förordnar om ogiltighet. Se Konkurrensverkets webbplats:

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/rattsinformation/overprovning/overprovning-av-ett-avtals-giltighet/>.

ansökan kan innebära olika saker beroende på om överprövningen avser en upphandling eller ett avtals giltighet.

Vid överprövning av en upphandling kan rättsföljden antingen bli att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Det gäller dock inte överprövningar av beslut att avbryta en upphandling. Ett bifall till leverantörens talan innebär då att myndighetens beslut ogiltigförklaras eller undanröjs, det vill säga att upphandlingen inte får avbrytas av det skäl som prövats av domstolen.⁶ Att en upphandling ska göras om innebär att det funnits sådana fel i upphandlingen att den måste ändras och annonseras på nytt. Att en upphandling ska rättas innebär att det exempelvis är tillräckligt att rätta tilldelningsbeslutet. Domstolen är inte bunden av den klagandes yrkande utan kan välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

Vid överprövning av ett avtals giltighet innebär ett bifall till leverantörens ansökan att avtalet ogiltigförklaras. Följden av att ett avtal ogiltigförklaras är att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt. Det innebär att alla prestationer som hunnit utbytas mellan avtalsparterna ska återgå, till exempel ska varor som levererats till myndigheten återgå till leverantören och myndigheten ska återfå erlagd betalning. Om detta inte är möjligt ska förmögensläget återställas.⁷

Om domstolen fattar ett slutligt beslut som innebär att ansökan avvisas eller att målet avskrivs så har målet inte prövats i sak. En avvisning är ett beslut att inte ta upp ansökan till prövning i sak, till exempel om den som klagat inte har behörighet att överklaga. En avskrivning är ett beslut att avsluta ett ärende utan att fatta ett beslut om sakfrågan. Orsaken kan till exempel vara att den som ansökt återkallar sin ansökan eller att händelser har inträffat som gör att det inte längre finns något skäl att fatta beslut i ärendet.

⁶ Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm 2012, s. 238.

⁷ Se Konkurrensverkets webbplats:

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/rattsinformation/overprovning/overprovning-av-ett-avtals-giltighet/>

I kammarrätt och i Högsta förvaltningsdomstolen kan målet även återförvisas till lägre instans för prövning.

1.3.4 Interimistiskt beslut

När förvaltningsrätten avgjort ett överprövningsärende gäller en förlängd avtalsspärr. Det innebär att myndigheten inte får ingå avtal innan tio dagar har gått (tiodagarsfristen). Under denna tid har parterna möjlighet att överklaga beslutet till kammarrätt. Om avtal ännu inte träffats kan rätten på leverantörens yrkande fatta ett så kallat interimistiskt beslut. Det interimistiska beslutet har samma innebörd som den förlängda avtalsspärren (som alltså bara finns i första instans) och löper till dess att rätten skilt sig från målet eller dessförinnan beslutat att upphäva det interimistiska beslutet.

1.3.5 Processen i förvaltningsdomstol

Talan om överprövning förs i allmän förvaltningsdomstol, det vill säga i förvaltningsrätt som första instans med möjlighet att överklaga beslutet till kammarrätt och i sista hand till Högsta förvaltningsdomstolen. Vardera parten betalar själv för processen och eventuella ombud.⁸ Däremot betalar man inte någon avgift till domstolen för handläggningen av överprövningen.

En ansökan om överprövning kan alltså prövas i tre instanser. Kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen prövar dock endast ärenden som har beviljats prövningstillstånd. Därför sker domstolarnas prövning i praktiken i fem steg.

1. Överprövning i förvaltningsrätt
2. Prövningstillstånd i kammarrätt
3. Sakprövning av mål som beviljats prövningstillstånd i kammarrätt
4. Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen
5. Sakprövning av mål som beviljats prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen.

⁸ I det så kallade Fidelia-målet (NJA 2013 s. 762) fann dock Högsta domstolen att de kostnader som en leverantör haft för att framgångsrikt driva en överprövningsprocess i förvaltningsdomstol kan ersättas i form av skadestånd. Högsta domstolen har i NJA 2016 s 369 nyanserat sin tidigare praxis och ansett att en leverantör även kan ha rätt till skadestånd när ett felaktigt tilldelningsbeslut konstaterats men upphandlingen avbrutits.

1.3.6 Prövningstillstånd

I upphandlingsmål krävs ett så kallat prövningstillstånd (PT) för att kammarrätten respektive Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp målet. Om prövningstillstånd inte medges kommer underinstansens dom att stå fast.

Kammarrätten kan ge prövningstillstånd om det:

- är av vikt för rättstillämpningen att överklagandet prövas (prejudikatsfall)
- inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall)
- finns anledning att ändra det beslut som förvaltningsrätten kommit fram till (ändringsfall) eller
- annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

I Högsta förvaltningsdomstolen är huvudregeln att prövningstillstånd bara lämnas om avgörandet kan få betydelse som prejudikat, det vill säga ge ledning för hur andra liknande fall ska bedömas. Den omständigheten att kammarrätten har dömt fel räcker som regel inte för att Högsta förvaltningsdomstolen ska medge prövningstillstånd.

1.3.7 Åberopsbördan

I mål om överprövning av upphandlingar gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan. Förvaltningsdomstolarna prövar således i princip endast det som parterna åberopat i målet. Det är alltså parterna som bestämmer vad domstolen ska pröva. Domstolen är normalt förhindrad att beakta en omständighet som en part inte åberopat. Förvaltningsdomstolen kan dock inom ramen för sitt utredningsansvar under vissa förutsättningar begära in sådan bevisning.

En leverantör som ansöker om överprövning bör ange alla de omständigheter som åberopas till stöd för att det förekommit ett upphandlingsfel och (förutom vid vissa fall av överprövning av avtals giltighet) att denne lidit eller kan komma att lida skada av felet. Myndigheten bör på motsvarande sätt ange alla de omständigheter som myndigheten åberopar till stöd för sitt bestridande.

1.4 Rättsutvecklingen

1.4.1 1992 års LOU

När 1992 års LOU trädde i kraft den 1 januari 1994 infördes inte bara de äldre upphandlingsdirektiven utan även det första och andra rättsmedelsdirektivets⁹ bestämmelser om överprövning och skadestånd.

Lagstiftaren valde att rättsmedelsdirektivens bestämmelser om överprövning och skadestånd skulle gälla för alla upphandlingar, det vill säga även upphandlingar under tröskelvärdena och beträffande B-tjänster, som inte omfattades av upphandlings- och rättsmedelsdirektiven.¹⁰ Vid lagens införande var det omdiskuterat om överprövningsmål borde handläggas av allmän domstol eller förvaltningsdomstol. För att behålla den tradition som dittills gällt i Sverige valde lagstiftaren dock den nuvarande ordningen att överprövning av beslut under upphandlingen handläggs av förvaltningsdomstol och skadeståndsmål av allmän domstol.¹¹

Upphandlingsregelverket gav i början små möjligheter att nå framgång med en ansökan om överprövning. I 7 kap. 2 § i 1992 års LOU i dess ursprungliga lydelse angavs till exempel att domstolen kunde avslå överprövningsansökan redan om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten kunde bedömas vara större än skadan för leverantören. Först efter en lagändring år 1996 ändrades bestämmelsen på så sätt att en avvägning mellan leverantörens och den upphandlande myndighetens eller

⁹ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten samt Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi, transport- och telekommunikationssektorerna.

¹⁰ Asplund m.fl. Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm 2012, s. 75.

¹¹ Se Prop. 1992/93:88 s. 45 ff.

enhetens skada endast skulle göras vid prövningen av om ett interimistiskt beslut ska meddelas eller inte.

En ansökan om överprövning kunde enligt 7 kap. 1 § andra stycket i 1992 års LOU i dess ursprungliga lydelse dessutom inte prövas efter den tidpunkt då beslut om leverantör hade fattats. Detta motiverades med att det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats ska kunna upphävas i administrativ ordning.¹² Efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 1996 ref. 50 ändrades 7 kap. 1 § för att bättre stämma överens med direktivens lydelse.¹³ Ändringen innebar att den tidpunkt då domstolens prövningsrätt upphör ändrades till efter det att avtal slutits.

Under denna tid fanns det inte något lagkrav på att den upphandlande myndigheten eller enheten skulle meddela tilldelningsbeslut eller på annat sätt före avtalsslutandet upplysa anbudsgivarna om vem man avsåg tilldela kontraktet och vilka grunder man hade för detta beslut. Det var istället vanligt att den upphandlande myndigheten först efter det att avtal ingåtts underrättade de övriga anbudsgivarna om upphandlingens resultat. Ofta skedde denna underrättelse enbart genom ett enkelt brev där den upphandlande myndigheten eller enheten utan närmare angivande av skäl upplyste att avtal ingåtts med annan leverantör och tackade för visat intresse.¹⁴

1.4.2 Tiodagarsfristen införs

Förutsättningarna för att överpröva en upphandling förändrades avsevärt efter EU-domstolens dom i mål 81/98 Alcatel. EU-domstolen konstaterade i målet att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande i ärenden om offentlig upphandling som ger en klagande en möjlighet att få

¹² Se Prop. 1992/93:88 s. 101.

¹³ Se Prop. 1992/93:88 s. 56 f och 75 f.

¹⁴ Se Asplund m.fl. Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm 2012, s. 77 f.

tilldelningsbeslutet prövat innan avtal sluts.¹⁵ För att uppfylla kraven i Alcatel-domen infördes den 1 juli 2002 flera nyheter i dåvarande LOU i syfte att förbättra möjligheterna för leverantörer att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslut. En upphandling skulle därefter i regel anses som avslutad när ett avtal tecknats, dock tidigast sedan tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Om avtal tecknades i strid med denna så kallade tiodagarsfrist (avtalsspärr) utgjorde ett sådant avtal inte hinder för överprövning.¹⁶

Efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2005 ref. 10 blev det även möjligt att begära överprövning av en otillåten direktupphandling, oavsett om civilrättsligt bindande avtal ingåtts. Domstolen hade dock inte någon formell rätt att ogiltigförklara ett avtal som ingåtts i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket, utan kunde endast förordna om att upphandlingen skulle göras om. Om den upphandlande myndigheten inte följde domen fanns det därför inga rättsliga möjligheter att tvinga fram en avveckling av det olagliga avtalet.¹⁷

När 2007 års LOU och LUF trädde i kraft den 1 januari år 2008 innebar det inga större förändringar av överprövningsbestämmelser. En mer omfattande reform följde dock efter att det så kallad ändringsdirektivet genomfördes i svensk rätt. Genom detta tillkom den 15 juli 2010 nya bestämmelser om avtalsspärr, förhandsinsyn, ogiltigförklaring av avtal med mera i LOU. Samtidigt fick även Konkurrensverket talerätt i mål om upphandlingsskadeavgift.

1.4.3 En tydligare processram

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i det så kallade Arqdesign-målet¹⁸ utvidgade talerätten för leverantörer till att omfatta fler situationer än tidigare. Högsta förvaltningsdomstolen fann att en leverantör vars anbud är föremål för ett yrkande om rättelse från en konkurrerande leverantör, och därigenom riskerar att

¹⁵ Se mål C-81/98 Alcatel p. 43.

¹⁶ Se Prop. 2001/02:142 s. 52 f.

¹⁷ Se Asplund m.fl. Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm 2012, s. 78 f.

¹⁸ HFD 2011 ref. 29.

påverkas negativt, ska få försvara sitt anbud inom ramen för denna överprövningsprocess. Dessutom fann Högsta förvaltningsdomstolen att en dom som innebär att leverantören utesluts från att delta i den aktuella upphandlingen, medför en rätt för denna leverantör att överklaga domen. Tidigare kunde en leverantör vars anbud hade tilldelats kontrakt inte försvara sitt anbud även om en konkurrerande leverantör påstod att det fanns brister i anbudet som skulle innebära att anbudet skulle diskvalificeras från upphandlingen. Detta kunde leda till upprepade överprövningsprocesser avseende en och samma upphandling.

Under 2013 kom två domar från Högsta förvaltningsdomstolen som bidrog till att tydliggöra den processuella ramen i mål om överprövningar av offentliga upphandlingar. Domstolen fastställde i HFD 2013 ref. 5 att domstolen vid en överprövning prövar om den upphandlande myndigheten följt de formella reglerna i LOU och iakttagit de grundläggande upphandlingsprinciperna. Ett överprövningsmål rör således i processuell mening en enda sak – om det finns skäl för ingripande. Omständigheter som ligger till grund för överprövningen ska prövas även om de åberopas först vid överklagande till högre instans. Det innebär att en leverantör kan åberopa nya grunder eller omständigheter i överinstans. Denna instans får sedan avgöra om den själv ska pröva dessa eller om målet av instansordningsskäl ska återförvisas till förvaltningsrätten för en första prövning. Eftersom det krävs prövningstillstånd för prövning i kammarrätten eller högsta förvaltningsdomstolen finns det dock fortfarande en risk med att inte åberopa brister redan i förvaltningsrätten. I HFD 2013 ref. 36 fastställde domstolen att en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande beträffande en offentlig upphandling inte utgör hinder för prövning av en senare ansökan om överprövning av upphandlingen. Ett sådant avgörande vinner således inte negativ rättskraft (res judicata). Det innebär att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar.

1.4.4 Det har blivit lättare att överpröva upphandlingar

Sammanfattningsvis har möjligheterna att överpröva upphandlingar ökat betydligt sedan införandet av 1992 års LOU. Ökningen av antalet inkomna ansökningar om överprövning sammanfaller i stor utsträckning med större förändringar i lagstiftning och rättspraxis. I mitten av 1990-talet gjordes omkring ett femtiotal

överprövningar¹⁹ per år.²⁰ Det låga antalet kan ha sin förklaring i att det under denna tid inte fanns någon skyldighet att informera anbudsgivare innan avtal slutits.²¹ Efter Alcatel-domen och lagändringarna 2002 skedde en markant ökning av antalet ansökningar om överprövning i domstolarna. Antalet överprövningar var 343 år 2002. År 2003 var överprövningarna 865 och år 2004 var det 1 124 överprövningar. År 2008 kom en ny upphandlingslag som kan ha bidragit till en ökning av antalet överprövningar. År 2008 var antalet överprövningar 1 428 och 2009 var antalet 2 085 överprövningar. Fram till 2011 ökade antalet överprövningar. Därefter har antalet överprövningar varit förhållandevis konstant. Det finns ännu ingen statistik över hur införandet av 2017 års LOU, LUF och LUK har påverkat antalet överprövningar.

1.5 En övergripande bild av överprövning

Andelen överprövade upphandlingar har i princip varit oförändrad sedan 2012.²² Under tidsperioden har drygt 1 500 upphandlingar överprövats per år. Även antalet myndigheter vars annonserade upphandlingar överprövats har varit relativt lika under de senaste fem åren. Totalt annonserades 94 694 upphandlingar under tidsperioden 2012–2016 varav 7 484 upphandlingar överprövades. Detta innebär att andelen överprövade upphandlingar under tidsperioden var 7,9 procent. Totalt 870 olika myndigheters annonserade upphandlingar överprövades under tidsperioden. Att en upphandling har registrerats som överprövad innebär här att en dom eller beslut i första instans fastställts. Antalet överprövningar kommer sannolikt att öka något och framförallt för 2015 och 2016 eftersom en del överprövningar av annonserade upphandlingar inte leder till dom förrän året efter. Giltigheten av ett avtal som har slutits kan dessutom under vissa förutsättningar överprövas i upp till sex månader efter att avtalet slöts.

¹⁹ Med överprövningar avses här målnummer och inte avgöranden i domstol. Flera målnummer kan vara hänförliga till ett enda avgörande, till exempel om en ansökan inkommit till en domstol som sedan har överlämnat ärendet till en annan domstol. Antalet överprövningar i denna statistik kan därför inte jämföras direkt med antalet överprövningar i denna rapport.

²⁰ Se SOU 2015:12 s. 55.

²¹ Se SOU 2015:12 s. 55.

²² Avser både överprövning av upphandlingar och avtals giltighet.

Tabell 1 Annonserade överprövade upphandlingar, 2012–2016

	2012	2013	2014	2015	2016	2012– 2016
Antal annonserade upphandlingar	19 917	19 754	18 348	18 345	18 330	94 694
Antal överprövade upphandlingar	1 595	1 599	1 491	1 446	1 353	7 484
Andel överprövade upphandlingar	8,0%	8,1%	8,1%	7,9%	7,4%	7,9%
Antal myndigheter med minst en överprövad upphandling	440	475	458	474	419	870

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

År 2016 blev 419 myndigheters annonserade upphandlingar överprövade. Nästan hälften av alla myndigheter vars upphandlingar överprövades under 2016 fick endast en upphandling överprövad. För 22 myndigheter överprövades över tio annonserade upphandlingar. De flesta av dessa myndigheter annonserade dock ett stort antal upphandlingar under 2016.

Tabell 2 Antal myndigheter efter antal överprövade upphandlingar, 2012–2016

Antal överprövade upphandlingar	2012	2013	2014	2015	2016	Andel 2016
> 10	29	25	21	20	22	5 %
6–10	52	46	49	40	40	10 %
3–5	78	102	91	98	68	16 %
2	87	92	83	83	87	21 %
1	194	210	214	233	202	48 %
Totalt	440	475	458	474	419	100 %

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Flest upphandlingar som överprövades 2016 annonserades av kommuner. Andelen annonserade upphandlingar som överprövades var dock högre för landsting och regioner där 11,2 procent av upphandlingarna överprövades. För kommuner var andelen 7,0 procent. För statliga myndigheter var andelen överprövningar 7,3 procent.

Tabell 3 Överprövade annonserade upphandlingar efter myndighetstyp 2016

Myndigheter	Antal upphandlingar	Varav överprövade	Andel överprövade
Kommuner	12 644	885	7,0 %
Kommun	8 580	663	7,7 %
Kommunalt bolag	4 064	222	5,5 %
Landsting och regioner	1 907	214	11,2 %
Landsting och region	1 679	186	11,1 %
Landsting/regionbolag	228	28	12,3 %
Statliga myndigheter	3 273	240	7,3 %
Statlig myndighet	2 950	232	7,9 %
Statligt bolag	323	8	2,5 %
Övriga organisationer	506	14	2,7 %
Totalt	18 330	1 353	7,4 %

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Flera av de myndigheter vars upphandlingar ofta överprövades 2016 genomförde ett stort antal upphandlingar. Trafikverket genomförde till exempel 521 upphandlingar 2016 men en relativt låg andel av alla upphandlingar överprövades. Det finns även myndigheter som annonserar många upphandlingar och som har en hög andel överprövningar. Drygt en femtedel av alla upphandlingar som annonserades av Stockholms läns landsting och Göteborgs Stads Upphandlingsbolag överprövades 2016. Migrationsverket annonserade 66 upphandlingar 2016. Fyra av tio av dessa blev föremål för överprövning.

Tabell 4 Upphandlande myndigheter med flest överprövade annonserade upphandlingar 2016

Myndighet	Antal upphandlingar	Antal överprövade	Andel överprövade
Stockholms stad	402	36	9,0 %
Stockholms läns landsting	161	34	21,1 %
Kommunalförbundet Inköp Gävleborg	305	29	9,5 %
Migrationsverket	66	28	42,4 %
Västra Götalandsregionen	210	25	11,9 %

Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen	144	23	16,0 %
Trafikverket	521	23	4,4 %
Försvarets materielverk	159	22	13,8 %
Göteborgs Stads Upphandlings AB	104	20	19,2 %
Malmö Stad	162	20	12,3 %

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Direktivstyrda upphandlingar överprövas betydligt oftare än andra upphandlingar. Vid upphandlingar genom öppet förfarande, som är vanligast för direktivstyrda upphandlingar, var andelen överprövningar 10,1 procent. Detta kan jämföras med 5,6 procent vid förenklat förfarande, som är vanligast vid upphandlingar som inte är direktivstyrda.

Tabell 5 Överprövade annonserade upphandlingar efter förfarande, 2016

Förfarande	Antal upphandlingar	Varav överprövade	Andel överprövade
Inte direktivstyrda	10 769	606	5,6 %
Förenklat förfarande	10 551	595	5,6 %
Urvalsförfarande	218	11	5,0 %
Direktivstyrda	7 561	747	9,9 %
Öppet förfarande	6 864	696	10,1 %
Förhandlat förfarande	529	39	7,4 %
Selektivt förfarande	128	10	7,8 %
Konkurrenspräglad dialog	30	2	6,7 %
Påskyndat förhandlat förfarande	3	0	0,0 %
Påskyndat selektivt förfarande	3	0	0,0 %
Kvalificeringssystem	3	0	0,0 %
Projekttävling	1	0	0,0 %
Totalt	18 330	1 353	7,4 %

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Överprövning var något vanligare vid ekonomiskt mest fördelaktiga anbud än vid lägsta pris. Vid upphandling med tilldelningsgrunden ekonomiskt mest

fördelaktiga anbud var andelen överprövningar 7,9 procent 2016. När lägsta pris användes som tilldelningsgrund var andelen något lägre, 7,0 procent.

Tabell 6 Överprövade annonserade upphandlingar efter tilldelningsgrund, 2016

Tilldelningsgrund	Antal upphandlingar	Varav överprövade	Andel överprövade
Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud	7 854	619	7,9 %
Lägsta pris	9 110	642	7,0 %
Uppgift om tilldelningsgrund saknas	1 366	92	6,7 %
Totalt	18 330	1 353	7,4 %

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Det är betydligt vanligare att upphandlingar av ramavtal överprövas (10,4 procent) än att upphandlingar av övriga avtal (5,4 procent) överprövas. Detta kan bero på att upphandlingar av ramavtal (5,5) generellt sett har fler anbudsgivare per upphandling än upphandlingar av övriga avtal (3,5) och sannolikheten för överprövning är högre när fler anbudsgivare deltar i en upphandling. Andelen överprövade upphandlingar ökar från nästan noll vid 1 anbudsgivare till över 14 procent vid mellan 10 och 19 anbudsgivare. Vid upphandlingar med över 30 anbudsgivare överprövas nästan en tredjedel av alla upphandlingar.

Tabell 7 Överprövade annonserade upphandlingar efter antal anbudsgivare, 2016

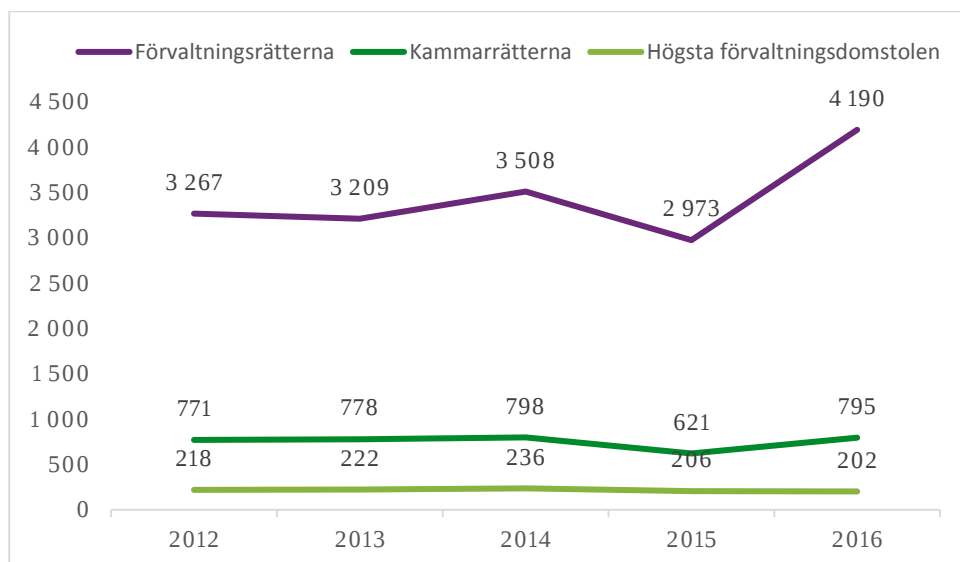
Antal anbudsgivare	Antal upphandlingar	Varav överprövade	Andel överprövade
1	2 067	8	0,4 %
2	2 852	142	5,0 %
3	2 492	159	6,4 %
4	1 670	136	8,1 %
5	1 135	95	8,4 %
6	741	53	7,2 %
7	496	49	9,9 %
8	313	30	9,6 %
9	205	32	15,6 %
10–19	610	89	14,6 %
20–29	113	30	26,5 %
> 30	80	24	30,0 %

Uppgift saknas	5 556	506	9,1 %
Totalt	18 330	1 353	7,4 %

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Under 2016 registrerades nära 4 200 mål om överprövning vid förvaltningsdomstolarna. Detta var en ökning med 41 procent jämfört med 2015. Efter att antalet mål under de senaste åren varit cirka 3 000 per år ökade antalet markant 2016. Antalet mål om överprövning i domstolarna kan inte likställas med hur många upphandlingar som överprövas. Domstolarna kan registrera flera målnummer vid överprövning av en enskild upphandling. Detta kan exempelvis ske när en leverantör begär överprövning av en samordnad upphandling där flera myndigheter deltagit, då ett målnummer skapas för varje myndighet som omfattas av överprövningen. Om ansökan om överprövning lämnas in vid flera förvaltningsrätter, till exempel vid en samordnad upphandling där myndigheterna som deltagit finns inom olika domstolars områden, kan flera målnummer skapas vid överföringen mellan domstolarna. Detta innebär att en enda upphandling som överprövas kan leda till ett stort antal målnummer vid domstolarna, även om de i praktiken handläggs som ett enda mål. Flera enskilda upphandlingar som överprövades 2016 gav exempelvis upphov till över 50 målnummer vardera.

Tabell 8 Antal inkomna mål om överprövning vid domstol, 2012–2016



Källa: Domstolsverket (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Under slutet av 2015 och inledningen av 2016 genomfördes ett antal mycket stora upphandlingar avseende boenden av både Migrationsverket och av kommuner till följd av det stora flyktningmottagandet. Dessa upphandlingar gav upphov till ett mycket stort antal ansökningar om överprövning och även ett mycket stort antal målnummer. Detta beror på att de medförde överlämningar mellan domstolar samt att det i vissa fall förekom att ett stort antal leverantörer begärde överprövning av samma upphandling.

Som exempel kan nämnas en gemensam upphandling för 45 sydsvenska kommuner i vilken fyra leverantörer inkom med varsin ansökan om överprövning till förvaltningsrätten i Malmö. Vissa av kommunerna hör till Förvaltningsrätten i Malmös domsaga, andra i Förvaltningsrätten i Göteborgs och ytterligare andra i Förvaltningsrätten i Växjö. Detta innebar att cirka hälften av målen överlämnades till Förvaltningsrätterna i Göteborg och Växjö, varefter dessa domstolar överlämnade målen till Förvaltningsrätten i Malmö för slutlig prövning. Förvaltningsrättens avgörande kom även att överklagas till Kammarrätten. I och med detta skapades totalt mellan 300 och 400 målnummer avseende samma upphandling. Migrationsverkets upphandlingar av boenden har ibland överprövats av ett stort antal aktörer. I dessa upphandlingar har vanligtvis mellan 20 till 30 leverantörer antagits och cirka 10 leverantörer har förkastats i respektive upphandling. I princip samtliga leverantörer som förkastats har ansökt om överprövning av upphandlingarna vilket innebär att varje upphandling ger upphov till ett tiotal målnummer. Detta är sammantaget en stor del av förklaringen till att antalet registrerade mål ökat kraftigt mellan år 2015 och år 2016.

Det finns enstaka studier som har genomförts av EU-kommissionen som visar att antalet överprövningar i Sverige är betydligt högre än flertalet andra EU-medlemsstater. Det anförts i dessa sammanhang att Sverige har ett förhållandevis stort antal överprövningsmål. Att utreda hur andra medlemsstater för statistik, hur rättsmedelsdirektiven implementerats och hur respektive medlemsstats processordning är uppbyggd ingår inte i detta uppdrag.

2. Metod för kartläggning av överprövningar

2.1 Metod för kartläggning av överprövade upphandlingar

Enligt regeringsuppdraget ska Upphandlingsmyndigheten genomföra en kartläggning av mål i domstol om överprövning av upphandlingar. Uppdraget beskrivs närmare i avsnitt 1.1.

För att svara mot uppdraget har Upphandlingsmyndigheten genomfört en kartläggning där uppgifter om överprövning sammanställts. Kartläggningen grundar sig på ett slumpmässigt urval av annonserade överprövade upphandlingar. För varje överprövad upphandling i urvalet har samtliga ansökningar om överprövning som hör till den överprövade upphandlingen kartlagts.²³ Där förvaltningsrättens avgörande har överklagats till kammarrätt eller Högsta förvaltningsdomstolen har kartläggningen omfattat även dessa instansers avgöranden. I några få fall har inte handläggningen i domstolarna avslutats vid tiden för insamlingen av uppgifter. Det saknas därmed ett lagakraftvunnet avgörande avseende överprövningen i dessa fall.

En annonserad upphandling kan bli överprövad av flera leverantörer där varje leverantör lämnar in en egen ansökan om överprövning. Detta innebär att en annonserad upphandling kan bli föremål för flera ansökningar om överprövning och därmed flera domstolsavgöranden. På grund av intern hantering hos domstolarna kan varje avgörande därutöver innehålla ett flertal så kallade målnummer. Urvalet har gjorts utifrån annonserade upphandlingar som överprövats. Detta säkerställer att urvalet blir mer rättvisande eftersom överprövade upphandlingar som har flera målnummer inte ges en större tyngd än de upphandlingar som har endast ett målnummer.²⁴ För en närmare beskrivning av skillnaden mellan överprövade upphandlingar och mål se avsnitt 1.5.

²³ Uppgifter om vilket eller vilka avgöranden som hör till den överprövade upphandlingen har hämtats från Visma.

²⁴ Vid jämförelser av statistik som rör överprövningar är det generellt viktigt att ha i åtanke att vissa andra studier utgår ifrån och redovisar resultat efter målnummer istället för efter överprövade upphandlingar.

2.1.1 Uppgifter som sammanställts i kartläggningen

Uppgifter som sammanställts i kartläggningen baseras i huvudsak på uppgifter om annonserade upphandlingar hämtade ur annonser från kommersiella annonsdatabaser och uppgifter hämtade ur domstolsavgöranden från domstolar. Därutöver har uppgifter om företag och andra organisationer hämtats från företagsregister.

Uppgifter om annonserade överprövade upphandlingar baseras på uppgifter ur kommersiella annonsdatabaser som sammanställts av Visma Commerce AB (Visma). För närvarande samlar ingen svensk myndighet in uppgifter om alla de offentliga upphandlingar som genomförs i landet. En av de största aktörerna på den privata annonsmarknaden i Sverige är Visma. Genom informationsutbyte kan Visma redovisa uppgifter om i princip samtliga annonser på den offentliga upphandlingsmarknaden i Sverige. Uppgifterna avser annonserade upphandlingar och omfattar både direktivstyrda upphandlingar och upphandlingar som omfattas av nationella bestämmelser. I kartläggningen har bland annat uppgifter om vilken myndighet som annonserat en upphandling och vilket upphandlingsförfarande som använts hämtats från Visma. Informationen baseras på uppgifter ur annonser, efterannonser och tilldelningsbeslut. Det förekommer ett visst bortfall av uppgifter, t.ex. avseende vilken tilldelningsgrund som använts. Uppgifterna har kompletterats med en manuell insamling av sådana uppgifter som saknas hos Visma som exempelvis tillämplig lag och upphandlingstyp.

Uppgifter som sammanställts direkt från domstolsavgöranden omfattar bland annat yrkanden, anförda grunder, förekomsten av ombud och utgång i domstol. Därefter har kontrollerats i Konkurrensverkets databas för domstolsavgöranden, om förvaltningsrättens avgörande har överklagats och i förekommande fall utgången av den prövningen.²⁵ Även information om när ett överklagande resulterar i ett beslut om att inte meddela prövningstillstånd har hämtats genom Konkurrensverkets databas.

²⁵ Förvaltningsdomstolarna är enligt upphandlingsförordningen skyldiga att ge in samtliga slutliga avgöranden i upphandlingsmål till Konkurrensverket. Dessa registreras i en databas som är tillgänglig för allmänheten.

<http://www.konkurrensverket.se/upphandling/rattsinformation/domstolsavgoranden/>

I varje avgörande framgår vanligtvis vilken eller vilka grunder en leverantör anfört till stöd för sin ansökan om överprövning. Det är inte helt ovanligt att en sökande anför samma grund flera gånger, till exempel att felaktig bedömning huruvida flera ska-krav på upphandlingsföremålet varit uppfyllt. Vid registrering av grunder i ett avgörande har detta registrerats en gång, även om samma typ av grund anförts flera gånger. Detta ger en mer rättvisande bild av hur ofta en viss typ grund förekommer i ansökningar om överprövning. Innehåller en ansökan flera olika typer av grunder, som exempelvis brister i förfrågningsunderlagets utformning och felaktig bedömning huruvida ska-krav på upphandlingsföremålet varit uppfyllt, har båda grunderna registrerats. För en översikt av vilka grunder som har registrerats se avsnitt 3.2.

Vid insamlingen av uppgifter från förvaltningsrättens avgöranden görs ibland bedömningar eftersom det till exempel inte alltid tillräckligt tydligt framgår vilka yrkanden eller grunder som sökanden åberopar. På samma sätt framgår inte alltid huruvida en upphandling avser en vara, tjänst eller bygghandläggning alternativt en blandning av dessa. Sammantaget innebär detta att det kan förekomma en viss felmarginal i undersökningen som beror på svårtolkade avgöranden eller upphandlingar. Påverkan på resultatet bedöms dock endast vara marginell.

I ett senare skede har de företag och andra organisationer som ansökt om överprövning klassificerats utifrån företagsstorlek.²⁶ Vid klassificering används EU-kommissionens definition av företagsstorlek. Denna utgår från antal anställda samt antingen nettoomsättning eller balansomslutning. Uppgifter om företag och andra organisationers storlek och associationsform baseras på organisationsnummer. Utifrån organisationsnummer hämtas uppgifter om till exempel antal anställda, nettoomsättning och balansomslutning från företagsupplysningstjänster som levereras av Bisnode Sverige AB (Bisnode).

Koncernrelationer mellan företag har inte kunnat fastställas vid genomförande av uppdraget. Det finns koncerner som har hundratals organisationsnummer med vitt skilda ägarförhållanden och verksamheter. Att summera olika organisationsnummer, till exempel på koncernnivå, kräver olika typer av

²⁶ För mer information se Kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag (2003/361/EG).

gränsdragningar som i vissa fall kan kräva omfattande utredning. Resultatet av företagsanalyserna visar dock att många företag har en koncerntillhörighet.

Vid storleksklassificering av företag bortses från en rad bestämmelser som rör ägandeförhållanden. Ett mikroföretag som är helägt av en koncernmoder ska till exempel räknas samman med koncernmodern och eventuellt andra helägda bolag i koncernen när storleksklassen fastställs. Då uppgift om fullständiga ägarandelar inte funnits tillgängligt har kartläggning av eventuella koncernrelationer inte kunnat genomföras. Vidare har ingen hänsyn tagits till att en organisation inte ska överstiga någon av gränserna, för exempelvis antal anställda eller nettoomsättning, för sin storleksklass under två efterföljande redovisningsperioder för att tillhöra en viss storleksklass.

2.1.2 Beskrivning av urvalet av överprövade upphandlingar

Den kartläggning som har genomförts utgår från ett slumpmässigt urval av annonserade upphandlingar som har blivit överprövade. Urvalet avser annonserade upphandlingar som överprövats och i vilka dom eller slutligt beslut i första instans meddelats till och med den 1 september 2017.

Urvalet består av 1 000 överprövade upphandlingar varav 500 har annonserats under 2015 och 500 har annonserats under 2016. År 2015 överprövades 1 446 upphandlingar och år 2016 överprövades 1 353 upphandlingar. Detta innebär att urvalet motsvarar över en tredjedel (36 procent) av de upphandlingar som överprövats under tidsperioden. För 2015 motsvarar urvalet 35 procent av alla upphandlingar som överprövats och för 2016 motsvarar urvalet 37 procent av alla upphandlingar som överprövats.

Tabell 9 Antal överprövade annonserade upphandlingar totalt och i urvalet

	Totalt		Urvalet	
	Annonserade upphandlingar	Överprövade upphandlingar	Överprövade upphandlingar	Andel av totala antalet överprövade upphandlingar
2015	18 345	1 446	500	35%
2016	18 330	1 353	500	37%
Totalt	36 675	2 799	1 000	36%

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Det urval som gjorts omfattar upphandlingar som genomförts enligt ÅLOU, ÅLUF och LUF. Avseende de nya lagarna, LOU, LUF och LUK, saknas ännu ett tillräckligt antal lagakraftvunna domar för att ligga till grund för analyser.

Nio av tio överprövade upphandlingar som ingår i urvalet har annonserats enligt LOU. Eftersom motsvarande uppgift om vilken lag en upphandling avser saknas för samtliga upphandlingar så kan inga jämförelser göras avseenden lag. Urvalet omfattar även ett begränsat antal tjänstekoncessioner och annonserade direktupphandlingar. Eftersom antalet överprövade upphandlingar i urvalet enligt LUF och LUF är litet så beskrivs urvalet sammanslaget för olika lagar.

Tabell 10 Antal överprövade annonserade upphandlingar 2015–2016 efter lag

	Totalt				Urvalet	
	Annonserade upphandlingar		Överprövade upphandlingar		Överprövade upphandlingar	
Lag	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
LOU	-	-	-	-	919	92%
LUF	-	-	-	-	65	7%
LUF	-	-	-	-	14	1%
Totalt	36 675	-	2 799	-	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: I tabellen redovisas inte direktupphandlingar och tjänstekoncessioner separat.

I nedan tabeller redovisas urvalets sammansättning efter olika bakgrundvariabler som exempelvis vad upphandlingarna avsett, vilket upphandlingsförfarande som använts och vilken typ av myndighet som annonserat upphandlingen och vilken typ av leverantör som ansökt om överprövning. Eftersom det inte finns några betydande skillnader mellan åren avseende sammansättning eller resultat så redovisas urvalet sammanslaget för de båda åren. Redovisningen beskriver hur urvalet ser ut i relation till samtliga överprövade upphandlingar. För en beskrivning av samtliga överprövade upphandlingar hänvisas till avsnitt 1.5. Det slumpmässiga urvalet av överprövade upphandlingar överensstämmer överlag väl med sammansättningen av samtliga överprövade upphandlingar. Urvalet kan därmed anses vara representativt för populationen som helhet.

Hälften av de överprövade upphandlingar som ingår i urvalet avser tjänster. Eftersom motsvarande uppgift saknas för samtliga överprövade upphandlingar så kan inga jämförelser göras avseende upphandlingstyp.

Tabell 11 Antal överprövade annonserade upphandlingar 2015–2016 efter upphandlingstyp

	Totalt				Urvalet	
	Annonserade upphandlingar		Överprövade upphandlingar		Överprövade upphandlingar	
Upphandlingstyp	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Byggtreprenader	-	-	-	-	238	24%
Tjänster	-	-	-	-	497	50%
Varor	-	-	-	-	265	27%
Totalt	36 675	-	2 799	-	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Det vanligaste förfarandet i de upphandlingar som ingår i urvalet är öppet förfarande, vilket även är det vanligaste direktivstyrda förfarandet. I hälften av de överprövade upphandlingar som ingår i urvalet har den upphandlande myndigheten använt sig av öppet förfarande. Det näst vanligaste förfarandet i urvalet är förenklat förfarande, vilket även är det vanligaste förfarandet i upphandlingar som inte är direktivstyrda. Övriga förfaranden förekommer i begränsad utsträckning i urvalet. Fördelningen mellan upphandlingsförfaranden i urvalet överensstämmer väl med sammansättningen för samtliga överprövade upphandlingar.

Tabell 12 Antal överprövade annonserade upphandlingar 2015–2016 efter förfarande

	Totalt				Urvalet	
	Annonserade upphandlingar		Överprövade upphandlingar		Överprövade upphandlingar	
Förfarande	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Inte direktivstyrd	22 087	60%	1 259	45%	448	45%
Förenklat förfarande	21 685	59%	1 239	44%	439	44%
Urvalsupphandling	402	1%	20	1%	6	1%

Direktivstyrd	14 588	40%	1 540	55%	552	55%
Öppet förfarande	13 204	36%	1 416	51%	502	50%
Förhandlat förfarande	1 042	3%	87	3%	33	3%
Selektivt förfarande	271	1%	33	1%	14	1%
Konkurrenspräglad dialog	49	0%	4	0%	2	0%
Påskyndat förhandlat	8	0%	0	0%	0	0%
Påskyndat selektivt	7	0%	0	0%	0	0%
Kvalificeringssystem	6	0%	0	0%	0	0%
Formgivningstävlan	1	0%	0	0%	0	0%
Totalt	36 675	100%	2 799	100%	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: I tabellen redovisas inte direktupphandlingar och tjänstekoncessioner separat.

I ungefär hälften av de överprövade upphandlingar som ingår i urvalet har lägsta pris använts som tilldelningsgrund och i ungefär hälften ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. För 7 procent av alla upphandlingar i urvalet saknas uppgift om tilldelningsgrund. Fördelningen mellan tilldelningsgrund i urvalet överensstämmer väl med sammansättningen för samtliga överprövade upphandlingar.

Tabell 13 Antal överprövade annonserade upphandlingar 2015–2016 efter tilldelningsgrund

	Totalt				Urvalet	
	Annonserade upphandlingar		Överprövade upphandlingar		Överprövade upphandlingar	
Tilldelningsgrund	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud	15 500	42%	1 295	46%	466	47%
Lägsta pris	18 398	50%	1 312	47%	464	46%
Uppgift om tilldelningsgrund saknas	2 777	8%	192	7%	70	7%
Totalt	36 675	100%	2 799	100%	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Ungefär hälften av alla överprövade upphandlingar i urvalet avser ramavtal och hälften avser övriga avtal. Fördelningen mellan avtalsformer i urvalet överensstämmer väl med sammansättningen för samtliga överprövade upphandlingar.

Tabell 14 Antal överprövade annonserade upphandlingar 2015–2016 efter avtalsform

	Totalt				Urvalet	
	Annonserade upphandlingar		Överprövade upphandlingar		Överprövade upphandlingar	
Avtalsform	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Ramavtal	13 746	37%	1 464	52%	522	52%
Övriga avtal	22 929	63%	1 335	48%	478	48%
Totalt	36 675	100%	2 799	100%	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Drygt 65 procent av de överprövade upphandlingar som ingår i urvalet har annonserats av kommuner eller kommunala bolag. Totalt 15 procent har annonserats av landsting och regioner med bolag och 19 procent av statliga myndigheter med bolag. Kategorin övriga organisationer utgörs av organisationer som varken tillhör kommun, landsting eller stat som exempelvis stiftelser och ekonomiska föreningar. Även här överensstämmer urvalet överlag väl med fördelningen för samtliga överprövade upphandlingar.

Tabell 15 Antal överprövade annonserade upphandlingar 2015–2016 efter myndighetstyp

	Totalt				Urvalet	
	Annonserade upphandlingar		Överprövade upphandlingar		Överprövade upphandlingar	
Myndighetstyp	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Kommuner	25 115	68%	1 823	65%	651	65%
Kommun	17 144	47%	1 324	47%	465	47%
Kommunalt bolag	7 971	22%	499	18%	186	19%
Landsting	3 753	10%	436	16%	151	15%
Landsting	3 313	9%	384	14%	135	14%

Landstingsbolag	440	1%	52	2%	16	2%
Statliga myndigheter	6 824	19%	502	18%	189	19%
Statlig myndighet	6 198	17%	480	17%	181	18%
Statligt bolag	626	2%	22	1%	8	1%
Övriga organisationer	983	3%	38	1%	9	1%
Totalt	36 675	100%	2 799	100%	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

En analys av de företag och organisationer som ansökt om överprövning av upphandling visar att 64 procent var mikroföretag eller små företag medan 30 procent var medelstora eller stora företag. Fördelningen i urvalet överensstämmer överlag väl med fördelningen för samtliga överprövade upphandlingar.

Tabell 16 Företag som ansökt om överprövning 2015–2016 efter företagsstorlek

Totalt			Urvalet	
Företagsstorlek	Antal	Andel	Antal	Andel
Mikroföretag	601	30%	243	28%
Små företag	723	36%	315	36%
Medelstora företag	371	18%	156	18%
Stora företag	194	10%	108	12%
Övriga organisationer	139	7%	48	6%
Totalt	2 028	100%	870	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Bisnode (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. I redovisningen ingår endast organisationer vars organisationsnummer finns tillgängligt hos Bisnode. Med övriga organisationer avses sådana organisationer där uppgifter som krävs för klassificering saknas. Procent har avrundats till heltal och summerar därför inte till 100 procent.

2.2 Metod för undersökning bland leverantörer samt advokater och andra ombud med erfarenhet att uppträda som ombud i domstol

Enligt uppdraget ska en undersökning genomföras bland leverantörer samt advokater och andra med erfarenhet av att uppträda som ombud i domstol om

vilka överväganden som görs inför en ansökan om överprövning och vid vilken tidpunkt en sådan ansökan bör ges in.

Undersökningen har genomförts i form av intervjuer. Intervjuerna har skett med utgångspunkt i ett frågeformulär anpassat för leverantörer, ombud, upphandlande myndigheter respektive domstolar. Intervjuerna har ägt rum mellan den 5 september och den 30 oktober 2017. Frågeformulären redovisas i bilaga 4.

Sammanlagt har företrädare för 29 organisationer intervjuats. Organisationerna utgörs av upphandlande myndigheter, leverantörer, juridiska ombud, branschorganisationer och domstolar. De upphandlande myndigheter som har intervjuats utgörs av 3 inköpscentraler, 2 statliga myndigheter, 1 landsting och 2 kommuner. De upphandlande myndigheter som har intervjuats annonserar årligen vardera ett stort antal upphandlingar. De 8 leverantörer som har intervjuats utgörs i huvudsak av stora företag inom livsmedel, IT, bevakning, läkemedel och transport. Antalet organisationer är jämt fördelat mellan leverantör, ombud och upphandlande myndigheter i syfte att få en så bred bild som möjligt av olika aktörers erfarenheter av överprövningar. Även domstolarna har intervjuats eftersom flera synpunkter som framkommit vid intervjuerna med övriga organisationer rör domstolarnas hantering av ansökningar om överprövningar.

Tabell 17 Organisationer som har intervjuats

Typ av aktör	Antal intervjuer
Leverantörer	8
Upphandlande myndigheter	8
Juridiska ombud	8
Domstolar	2
Övriga	3
Totalt	29

Urvalet av vilka organisationer som har intervjuats har gjorts utifrån den kartläggning som genomförts, till exempel vilka aktörer som ofta förekommer i överprövningar. Urvalet av leverantörer har gjorts med hänsyn till att omfatta branscher där överprövning av upphandlingar är vanligt förekommande. De juridiska ombuden, advokatbyråer, som har intervjuats har valts ut då de har en

tydlig upphandlingsrättslig profil. Därutöver har intervjuer genomförts med domstolar för att ta del av deras synpunkter och erfarenheter.

Även om de organisationer som har intervjuats representerar flera olika perspektiv så är antalet intervjuer relativt begränsat. Resultatet kan därför inte utgöra underlag för allmänna generaliseringar. Resultatet kan likväl användas för att exemplifiera hur olika aktörer som till exempel leverantörer och upphandlande myndigheter resonerar om olika frågeställningar.

2.3 Metod för övriga kartläggningar

2.3.1 Kartläggning av kammarrättsavgöranden

En särskild kartläggning har genomförts av samtliga kammarrättsavgöranden åren 2015 och 2016. Denna har genomförts i syfte att se hur många samt vem som har överklagat förvaltningsrättens avgöranden. Vidare har kartläggningen omfattat om förvaltningsrättens avgöranden ändrats av kammarrätt. Underlaget till denna kartläggning har hämtats från Konkurrentens databas med domstolsavgöranden.²⁷

2.3.2 Kartläggning av överprövning i olika branscher

I uppdraget ingår att analysera om leverantörer i vissa branscher är mer eller mindre benägna att ansöka om överprövning samt orsakerna till detta. Därför har en analys av samtliga överprövade upphandlingar under tidsperioden år 2012–2016 genomförts utifrån CPV-koder. Resultatet har analyserats tillsammans med vad som framkommit vid intervjuer med leverantörer, ombud och upphandlande myndigheter.

²⁷ Förvaltningsdomstolarna är enligt upphandlingsförordningen skyldiga att ge in samtliga slutliga avgöranden i upphandlingsmål till Konkurrentverket. Dessa registreras i en databas som är tillgänglig för allmänheten:

<http://www.konkurrentverket.se/upphandling/rattsinformation/domstolsavgoranden/>

2.3.3 Kartläggning av överprövade avtals giltighet

En särskild studie av avgöranden i domstol som rör överprövning av avtals giltighet har genomförts. Avgöranden om avtals giltighet skiljer sig från övriga avgöranden om överprövning av offentlig upphandling eftersom dessa berör förhållanden efter ett avtals ingående. En stor del av avgörandena om avtals giltighet avser direktupphandlingar som vanligtvis inte annonseras och därmed saknas i den kartläggning av överprövade upphandlingar som genomförts. En särskild kartläggning har därför genomförts av samtliga avgöranden som rör avtals giltighet för åren 2015 och 2016. Avgörandena finns registrerade i Konkurrensverkets databas med domstolsavgöranden som har utgjort underlag för kartläggningen.²⁸

2.3.4 Handläggningstid i domstol

I samband med kartläggningen av överprövade upphandlingar har också tiden för processen i domstol kartlagts avseende avgöranden som har prövats i sak. Tidpunkten för meddelande av tilldelningsbeslut och tidpunkten för meddelande av slutliga avgöranden avseende den aktuella upphandlingen har fastställts. Om förvaltningsrättens avgörande har överklagats har även överinstans handläggningstid beräknats. Underlaget omfattar 500 överprövade upphandlingar för år 2016. I 319 av dessa har det gått att fastställa både datum för tilldelningsbeslut och datum för slutligt avgörande. Utifrån detta underlag har medel -och mediantider beräknats. Denna statistik har även jämförts med domstolsverkets statistik över handläggningen av upphandlingsmål i domstol.

2.4 Tidigare studier på området

2.4.1 Statistik om offentlig upphandling

Upphandlingsmyndigheten ger tillsammans med Konkurrensverket ut rapporten Statistik om offentlig upphandling. Rapporten är en årlig publikation som syftar till att ge en aktuell bild av den offentliga upphandlingen i Sverige. Rapporten omfattar den senast tillgängliga statistiken som beskriver olika aspekter av upphandlingen i Sverige. I ett kapitel i rapporten redogörs det för överprövningar

²⁸ Ibid.

av upphandlingar. Den senast tillgängliga statistiken om överprövning redovisas och analyseras och utveckling av överprövning över tid presenteras. Kapitlet visar exempelvis hur vanligt förekommande överprövning är inom olika branscher och i relation till valt förfarande och vald tilldelningsgrund. Sambandet mellan överprövning och antal anbudsgivare i upphandling analyseras och rapporten innehåller även statistik om mål om överprövning i domstol samt redogör för resultatet i sådana mål. I rapporten finns även statistik om handläggningstider i domstol. Rapporten ger en övergripande bild av överprövning men innehåller ingen närmare kartläggning eller analys av orsaken till överprövning eller vilka grunder som anförs i samband med överprövning.²⁹

2.4.2 Överprövningar av offentlig upphandling

Konkurrensverket publicerade 2013 en rapport om överprövning av offentlig upphandling.³⁰ Denna rapport behandlar i huvudsak statistik om upphandlingar som överprövades åren 2010 och 2011. I rapporten görs en genomgång av regelverket kring överprövningar och av den statistik som finns tillgänglig om hur många och vilka upphandlingar som blir överprövade samt hur lång tid överprövningsmål tar i domstolarna. Rapporten innehåller också förslag till effektivisering av handläggningstiden och för att minska negativa effekter till följd av överprövningar för myndigheter och leverantörer. Syftet med rapporten var att ge grundläggande information om hur en överprövning går till och hur vanligt överprövningsmål är inom olika områden samt kartlägga handläggningstiderna i överprövningsmål.³¹ Det görs däremot ingen kartläggning av orsaken till överprövning eller vilka grunder eller frågor som tas upp i överprövningarna.

2.4.3 Länsrättens domar om offentlig upphandling

I Konkurrensverkets rapport 2007 om överprövningsmål sammanställdes och analyserades mål avgjorda i länsrätten under första halvåret 2006.³² Det statistiska underlaget som användes för 2007 års rapport baserades på målnummer, till skillnad från den nu genomförda rapporten som baseras på avgöranden. Detta

²⁹ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5/Konkurrensverkets rapport 2017:11.

³⁰ Konkurrensverkets rapport 2013:5 Överprövningar av offentlig upphandling – Siffror och fakta.

³¹ Konkurrensverkets rapport 2013:5, s 15 f.

³² Konkurrensverkets rapport 2007:2 Länsrätternas domar om offentlig upphandling.

försvårar en jämförelse av statistiken mellan rapporterna. I de delar som låter sig jämföras kan man se att anförda grunder som avser utvärdering har minskat. En likhet över tid är att grunder som gäller förfrågningsunderlagets utformning och ska-kravens tillämpning alltså tillhör de vanligaste. Andelen bifall är svår att jämföra mellan rapporterna eftersom insamlingen av uppgifter skett på olika vis. Det kan dock konstateras att 2007 års rapport anger att leverantörerna fick bifall i cirka 30 procent av målen. Enligt 2007 års rapport var det vanligaste bifallet att upphandlingen skulle rättas.

3. Kartläggning av överprövade upphandlingar

3.1 Inledning

I detta kapitel redovisas och analyseras i vilket skede av upphandlingarna (vid vilken tidpunkt) begäran om överprövning gjorts. Vidare redovisas och analyseras på vilka grunder upphandlingarna har begärts överprövade och i vilken utsträckning som en leverantör har vunnit framgång med att åberopa en viss grund samt om åberopandet av vissa grunder oftare leder till framgång än andra. Därutöver redovisas och analyseras i vilken omfattning som leverantörer, vid den slutliga prövningen, har fått bifall till sin ansökan. Redovisningen baseras på den kartläggning av överprövade upphandlingar som redogörs för i avsnitt 2.1.

3.2 Grunder vid överprövningar

3.2.1 Allmänna utgångspunkter

I de 1 398 domstolsavgöranden som ingått i urvalet har totalt 1 735 grunder anförts.³³ I ett avgörande framgår i regel vilka grunder som leverantören anför till stöd för sin ansökan.

Tabell 18. Antalet överprövade annonserade upphandlingar, avgöranden samt anförda grunder i avgöranden i urvalet

Urvalet	Antal
Överprövade upphandlingar	1 000
Avgöranden	1 398
Anförda grunder i avgöranden	1 735

Källa: Visma (uppgifter) och Sverige domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Vid kategoriseringen av de grunder som anføres har varje typ av grund registrerats en gång. Indelningen av de typer av grunder som har kartlagts framgår nedan. För

³³ Med grund avses grunder enligt kategoriseringen i rapporten. På en lägre nivå uppgår det totala antalet enskilda grunder till 2 313.

en mer utförlig indelning av samtliga grunder och underkategorier hänvisas till bilaga 2.

Huvudkategorier:

- *Brister i förfrågningsunderlagets utformning (brister i förfrågningsunderlaget)* omfattar invändningar som rör förfrågningsunderlaget, till exempel kravens utformning, upphandlingsförfarandet och utvärderingsmodellen. Dessa brister hänförs till det konkurrensuppsökande skedet, det vill säga fel som påverkar eller kan påverka samtliga leverantörers möjlighet att lämna anbud.
- *Felaktig bedömning huruvida ska-krav på upphandlingsföremålet varit uppfyllda (ska-krav på upphandlingsföremålet)* omfattar invändningar om hur kraven på upphandlingsföremålet tillämpas, exempelvis frågan om en offererad produkt klarar ett tekniskt krav.
- *Felaktig bedömning huruvida ska-krav på leverantör varit uppfyllda (ska-krav på leverantör)* omfattar invändningar om hur kraven på leverantören tillämpas. Det gäller främst frågan om kvalificeringskrav.
- *Utvärdering (utvärderingen)* omfattar invändningar om hur utvärderingsmodellen tillämpas, till exempel frågor om poängsättning och bedömning av andra kvalitetskrav.

Urval av Övriga kategorier:

- *Uteslutningsprövning* omfattar invändningar om hur uteslutningsgrunderna, både de obligatoriska och de frivilliga, har tillämpats.
- *Lagens tillämplighet* avser frågor om upphandlingslagarnas tillämplighet.
- *Tilldelningsbeslut* avser invändningar mot tilldelningsbeslutet, typiskt sett formella frågor om tilldelningsbeslutet.
- *Avbrytandebeslut* avser invändningar mot att avbryta upphandlingar.

- *Otillåten komplettering* avser situationer där regler om komplettering av anbud tillämpas. Det är typiskt sett fråga om att sökanden anför att en konkurrent fått komplettera sitt anbud på ett otillåtet sätt.
- *Onormalt låga anbud* avser situationer där reglerna om onormalt låga anbud tillämpas. Det är typiskt sett en invändning om att det egna anbudet inte ska betraktas som onormalt lågt.

3.2.2 Den vanligaste grunden är brister i förfrågningsunderlaget

Den vanligaste grunden vid överprövningar av upphandlingar är *brister i förfrågningsunderlaget*. Denna grund förekommer i 45 procent av alla avgöranden. Det är relativt ovanligt att den sökande klagar på den upphandlande myndighetens utvärdering. Detta förekommer endast i 13 procent av alla avgöranden. Av kartläggningen framgår även att krav på miljö- och sociala hänsyn sällan blir föremål för överprövning.

I samtliga tabeller och diagram som redovisar anförda grunder i avgöranden visas i hur många avgöranden en viss grund förekommer och i hur stor andel av alla avgöranden som en viss grund förekommer. Tabell 19 visar exempelvis att brister i förfrågningsunderlaget har anförts i 498 avgöranden vilket motsvarar 45 procent av alla avgöranden med uppgift om anförd grund (1 102).³⁴ Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Antalet avgöranden eller andelen avgöranden ska därför inte summeras.

Det förekommer att alla anförda grunder i en ansökan om överprövning inte prövas. Det kan till exempel vara så att domstolen vid prövningen av en första grund kommer fram till att upphandlingen ska göras om och att det därför saknas skäl att pröva övriga grunder.

³⁴ En del domstolsavgöranden saknar uppgift om vilka grunder den sökande anför. Det gäller till exempel avskrivningar eller beslut om överlämnande till annan domstol. Dessa uppgår till sammanlagt 296 avgöranden och har i kartläggningen kategoriserats som saknade grunder eller att yrkande inte framgår.

Tabell 19 Anförda grunder i avgöranden

Anförd grund	Antalet avgöranden där grunden anförts	Andelen avgöranden där grunden anförts (1 102)
Brister i förfrågningsunderlaget	498	45%
Ska-krav på upphandlingsföremålet	333	30%
Ska-krav på leverantör	437	40%
Utvärderingen	141	13%
Övriga grunder	326	30%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Det totala antalet avgöranden där grunder kunnat registreras är 1 102 eftersom uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Antalet avgöranden eller andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.2.3 Leverantörer anför ofta fler än en typ av grund

I genomsnitt anförde den sökande 1,6 grunder i de ansökningar som blev prövade i sak. Knappt hälften av alla ansökningar innehöll minst två olika typer av grunder. I 16 ansökningar anfördes fyra eller fler grunder.

Om den sökande har anfört samma typ av grund flera gånger, till exempel att flera ska-krav i ett förfrågningsunderlag brister i transparens, har detta registrerats som att grunden förekommit en gång. Detta innebär att samma typ av grund kan ha anförts flera gånger i samma ansökan utan att det registrerats som flera grunder i kartläggningen. Detta framgår dock inte av tabellen nedan, vilket innebär att genomsnittet i praktiken är högre än 1,6 grunder per ansökan.

När flera typer av grunder anförts i en ansökan om överprövning är det vanligt att brister i förfrågningsunderlaget anförts tillsammans med bristande uppfyllnad av ett ska-krav. Ett exempel på detta är när leverantören i första hand anför att det egna anbudet uppfyller ett ska-krav och i andra hand att förfrågningsunderlaget annars brister i transparens.

Tabell 20. Antal anförda grunder per avgörande

Antal anförda grunder	Antal avgöranden	Andel avgöranden
4–6	16	1%
3	100	9%

2	390	36%
1	596	54%
Totalt	1 102	100%

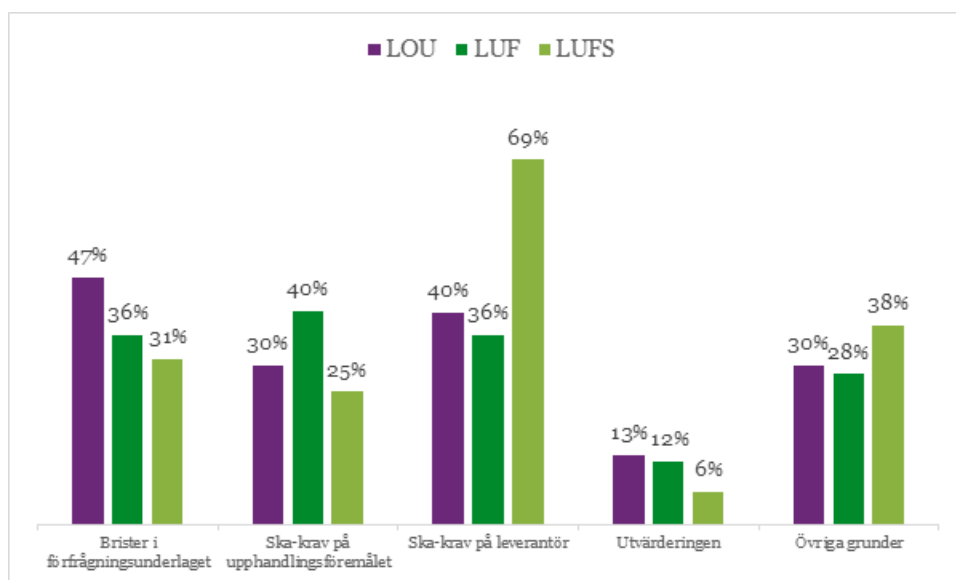
Källa: Visma (uppgifter) och Sverige domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Det totala antalet avgöranden där grunder kunnat registreras är 1 102 eftersom uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden.

3.2.4 Små skillnader mellan upphandlingslagarna

Den vanligast anförda grunden vid överprövning enligt LOU är brister i förfrågningsunderlaget. Denna grund förekommer i 47 procent av avgörandena. Motsvarande andel för LUF och LUFS är 36 procent respektive 31 procent.

Antalet upphandlingar enligt LOU som ingår i urvalet är betydligt större än för övriga lagar. Eftersom antalet upphandlingar i urvalet som annonserats enligt LUF och LUFS är litet kommer uppgifter avseende dessa upphandlingar fortsättningsvis inte att särredovisas, utan de redovisas sammanslaget med upphandlingar enligt LOU.

Diagram 1. Typ av anförd grund efter lag

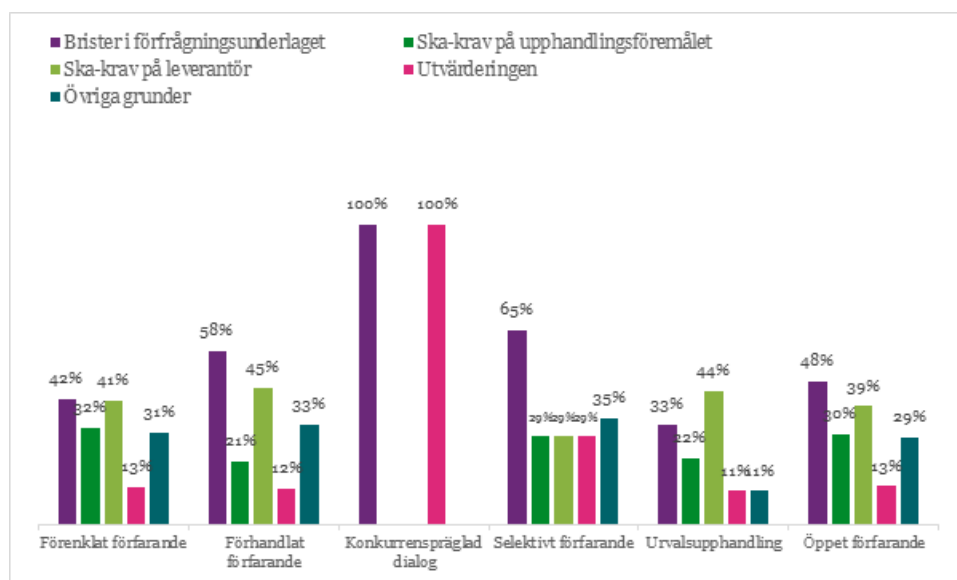


Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: I denna redovisning ingår inte koncessioner. Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.2.5 Direktivstyrda respektive icke-direktivstyrda upphandlingar

De allra flesta upphandlingar genomförs genom ett öppet eller förenklat förfarande och kartläggningen visar att det i stor utsträckning är samma fördelning av anförda grunder vid dessa förfaranden. Kartläggningen innehåller relativt få avgöranden där andra förfaranden har använts. Det gör att särskilt konkurrenspräglad dialog sticker ut i statistiken eftersom bara två genomförda upphandlingar ingått i urvalet.

Diagram 2. Typ av anförd grund efter förfarande



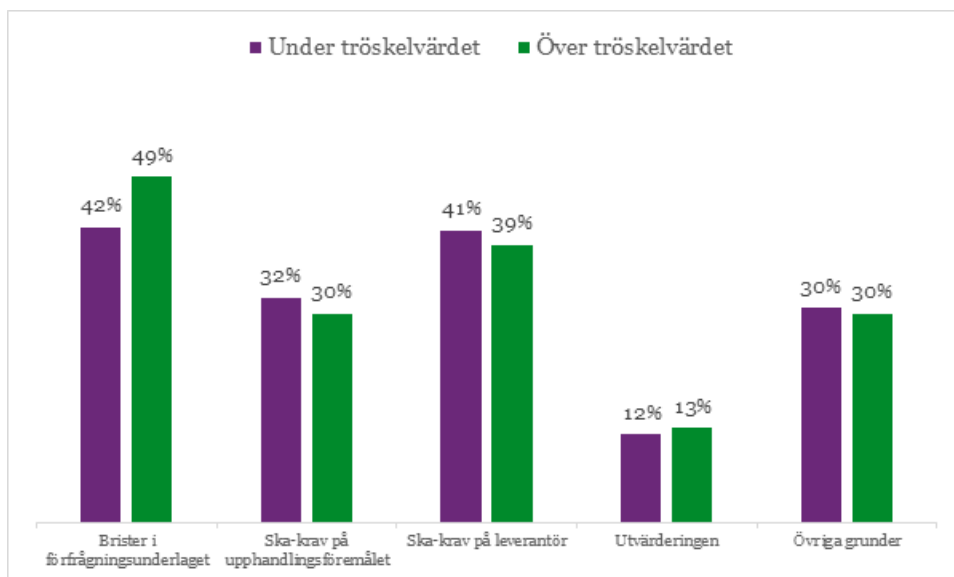
Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.2.6 Tröskelvärdet

Det finns inga tydliga skillnader när det gäller vilka grunder som anförts i ansökningar om överprövning avseende upphandlingar gjorda över eller under tröskelvärdet. Eftersom det saknas sammanställda uppgifter om kontraktsvärdet i upphandlingarna är en grov indelning, över eller under tröskelvärdet, den enda

tillgängliga.³⁵ Om det finns några skillnader i vilka grunder som anförs beroende på kontraktswärde, uppstår den skillnaden sannolikt inte vid så pass låga belopp som tröskelvärdet.

Diagram 3. Typ av anförd grund efter tröskelvärde



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras.

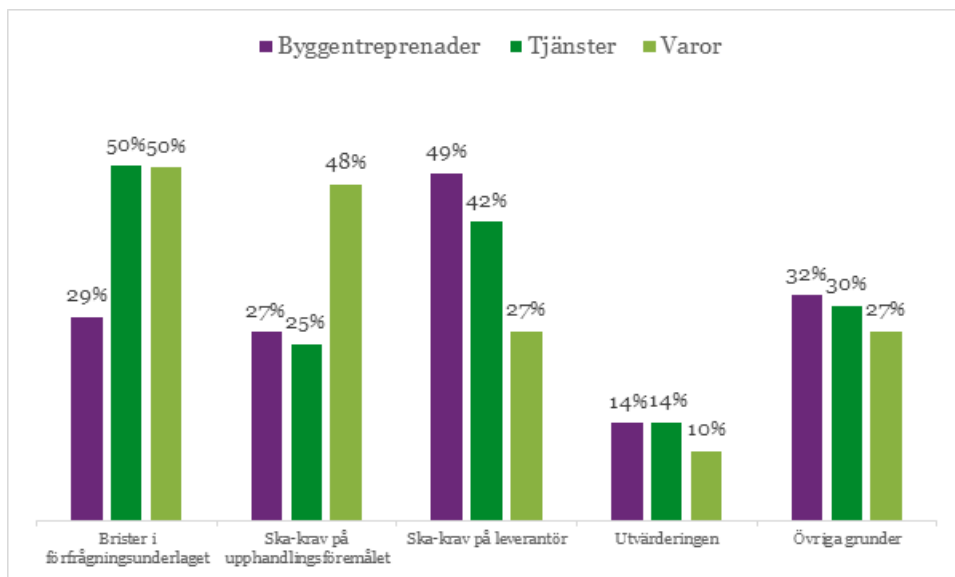
3.2.7 Bygg-, tjänst- och varuupphandlingar

Kartläggningen visar att grunden *ska-krav på leverantör* är vanligare vid avgöranden som rör bygg- respektive tjänsteupphandlingar än vid varuupphandlingar. I avgöranden avseende byggentreprenader respektive

³⁵ Alla offentliga upphandlingar över vissa tröskelvärden ska annonseras i EU:s annonsdatabas TED. När kontrakt tilldelats ska även information om detta annonseras i TED genom en så kallad efterannons. Av efterannonsen ska det bland annat framgå vilken leverantör som vann upphandlingen och till vilket värde kontraktet kan beräknas uppgå. Statistik visar att bara 27 procent av de svenska upphandlande myndigheternas efterannonser (exklusive efterannonser som avser ramavtal) innehåller uppgift om kontraktets värde.

tjänsteupphandlingar förekommer denna grund i 49 procent respektive 42 procent. Motsvarande siffra för varuupphandlingar är 27 procent. När det gäller varuupphandlingar är istället den vanligaste grunden *ska-krav på upphandlingsföremålet*, som anförs i 48 procent av avgörandena. Det kan bero på att varuupphandlingar till sin karaktär fokuserar mer på själva upphandlingsföremålet medan det i bygg- och tjänsteupphandlingar ställs fler krav på leverantören.

Diagram 4. Anförda grunder efter upphandlingstyp

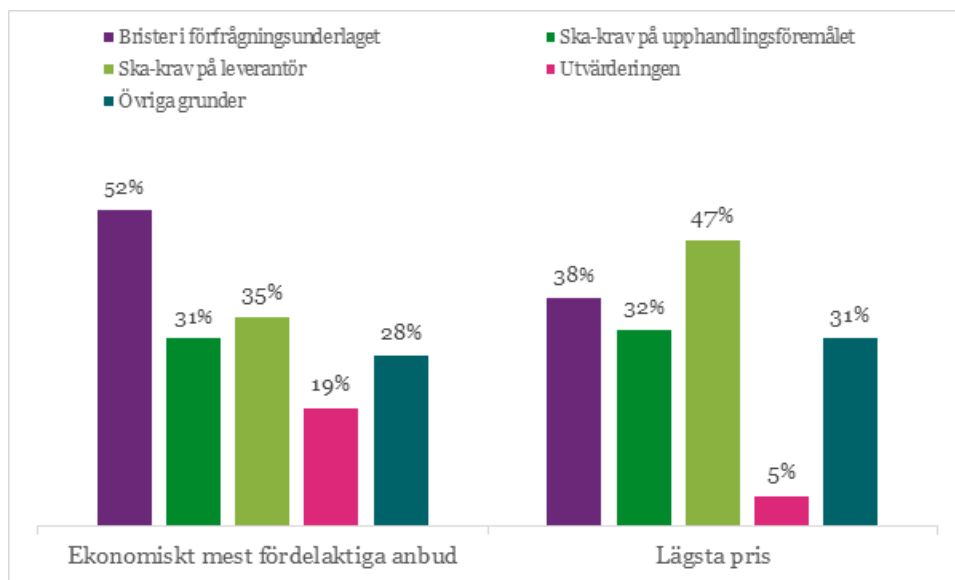


Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.2.8 Lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud

Kartläggningen visar att vilka grunder som anförs skiljer sig åt beroende på vilken tilldelningsgrund som använts vid upphandlingen. När det gäller upphandlingar med tilldelningsgrunden ekonomiskt mest fördelaktigt anbud är den vanligaste grunden brister i förfrågningsunderlaget. Vid upphandling enligt lägsta pris är istället den vanligaste grunden *ska krav på leverantör*.

Diagram 5. Anförda grunder efter tilldelningsgrund

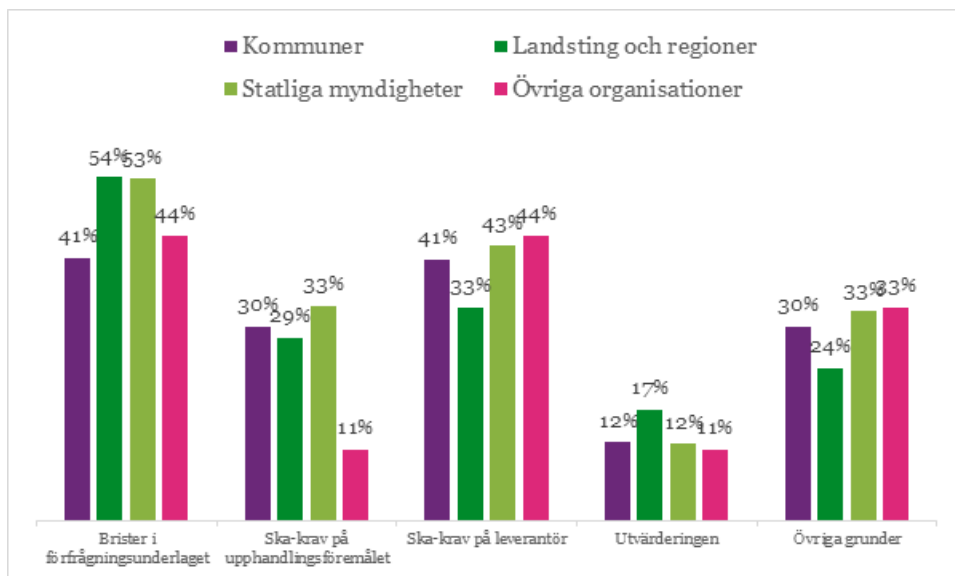


Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.2.9 Statliga myndigheter, landsting och kommuner

Det är något vanligare att den sökande anför grunder som hänför sig till brister i förfrågningsunderlagets utformning när statliga myndigheter och landsting upphandlar, än när kommuner är upphandlande myndighet. Det är oklart vad detta kan bero på. Kommuner genomför dock en högre andel upphandlingsförfaranden där tilldelningsgrunden är lägsta pris och i dessa förekommer en lägre andel grunder som avser *brister i förfrågningsunderlaget*.

Diagram 6. Anförda grunder efter myndighetstyp

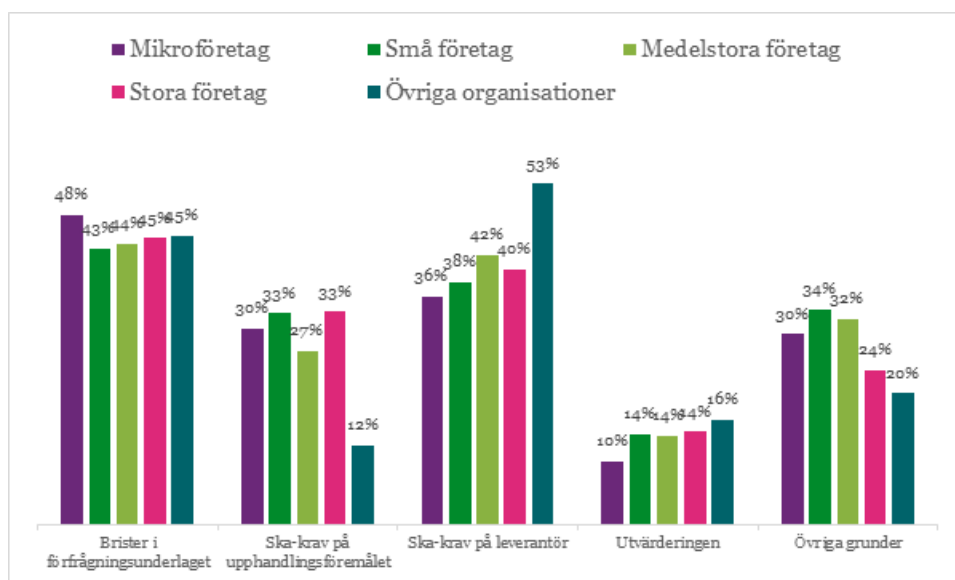


Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras. Kategorin kommuner, landsting och statliga myndigheter i ovan redovisning omfattar även offentligt ägda bolag inom respektive kategori. Kategorin övriga organisationer innehåller organisationer som varken tillhör kommun, landsting eller stat, exempelvis stiftelser och ekonomiska föreningar.

3.2.10 Företagsstorlek

Det tycks inte finnas några större skillnader avseende vilka grunder som företag i olika storleksklasser anför vid ansökningar om överprövning. Ingen hänsyn har tagits till eventuella koncernrelationer mellan enskilda företag. För mer information se avsnitt 2.1.1.

Diagram 7. Anförda grunder efter företagsstorlek för sökanden



Källa: Visma (uppgifter), Sveriges domstolar (uppgifter), Bisnode (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Andelen avgöranden ska därför inte summeras. Uppgift som krävs för kategorisering av sökande efter företagsstorlek saknas för 184 avgöranden. Med övriga organisationer avses sådana organisationer som saknar uppgifter som krävs för klassificering.

3.2.11 Eget eller annans anbud

Statistiken visar att det i princip är lika vanligt att den sökande anför att en annans anbud inte uppfyllt ett ska-krav som att det egna anbudet felaktigt förkastats på samma grund.

Som beskrivits ovan har det i kartläggningen ofta förekommit att flera grunder anförts i en ansökan. Det är därmed möjligt att en leverantör i en ansökan om överprövning anför flera grunder, både att eget anbud och annans anbud är felaktigt bedömt av den upphandlande myndigheten.

Tabell 21. Avgöranden efter eget eller annans anbud

Anförda grunder	Antal avgöranden med anförd grund	Andel avgöranden med anförd grund
Brister i förfrågningsunderlaget	498	45%
Annans anbud felaktigt antaget	435	39%

<i>Varav ska-krav på upphandlingsföremålet - annans anbud felaktigt antaget</i>	202	18%
<i>Varav ska-krav på leverantör - annans anbud felaktigt antaget</i>	233	21%
Eget anbud felaktigt förkastat	407	37%
<i>Varav ska-krav på upphandlingsföremålet - eget anbud felaktigt förkastat</i>	152	14%
<i>Varav ska-krav på leverantör - eget anbud felaktigt förkastat</i>	255	23%
Utvärderingen	141	13%
Övriga grunder	326	30%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Antalet avgöranden eller andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.3 Leder vissa grunder oftare till framgång än andra?

3.3.1 Prövning av grunder

De flesta anförda grunder leder inte till bifall. Störst sannolikhet till bifall har grunderna *brister i förfrågningsunderlaget* och *ska-krav på upphandlingsföremålet* där ungefär var femte anförd grund leder till framgång. När det gäller kategorin *övriga grunder* leder mindre än var tionde anförd grund till framgång. Variationen inom denna kategori är dock mycket stor.

Tabell 22. Utgång av prövade grunder i förvaltningsrätt

	Avslag		Bifall		Prövad		Totalt	
	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Anförd grund								
Brister i förfrågningsunderlaget	371	76%	94	19%	20	4%	485	100%
Ska-krav på upphandlingsföremålet	243	78%	56	18%	12	4%	311	100%
Ska-krav på leverantör	336	82%	58	14%	16	4%	410	100%
Utvärderingen	94	85%	13	12%	4	4%	111	100%
Övriga grunder	250	91%	22	8%	2	1%	274	100%
Totalt	1 294	81%	243	15%	54	3%	1 591	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Antalet avgöranden eller andelen avgöranden ska därför inte summeras. Med *Prövad* avses att en överträdelse av upphandlingsreglerna konstaterats men att skaderekvisitet inte varit uppfyllt. I redovisningen ingår inte utgången *Ingen prövning* av den anförda grunden vilket avser att leverantören inte lidit skada eller att domstolen dömt/bifallit ansökan på annan grund.

Vid en redovisning av grunder på en lägre nivå ges en mer detaljerad bild av vilka typer av grunder som anförts och prövas. Särskilt inom kategorin *brister i förfrågningsunderlaget* finns en rad olika underkategorier av grunder. Av dessa grunder är den vanligast förekommande att ett krav i förfrågningsunderlaget bryter mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna. De principer som oftast påstås ha överträtts när det gäller utformningen av ett ska-krav är principen om öppenhet följt av principen om proportionalitet. I detta sammanhang förekommer övriga principer förhållandevis sällan.

Den näst vanligaste grunden när det gäller *brister i förfrågningsunderlaget* är att utvärderingsmodellen bryter mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna. Här är det klart vanligast att sökanden anför att utvärderingsmodellen bryter mot principen om öppenhet.

Inom kategorin *övriga grunder* kan det uppmärksammas att grunder som rör komplettering av anbud är vanligt förekommande. Det gäller dels när den sökande anför att denne borde fått komplettera sitt anbud, dels när den sökande anför att en annan anbudsgivare inte borde fått komplettera, det vill säga att det varit fråga om en otillåten komplettering. Ytterligare en grund inom denna kategori som kan uppmärksammas särskilt är påståenden om att en konkurrents anbud är onormalt lågt. För denna grund förekommer inga bifall överhuvudtaget. Se bilaga 3 för en fullständig redogörelse för samtliga grunder fördelat på lägre nivå.

3.3.2 Utgång i förvaltningsrätt efter eget eller annans anbud

En sökande har större möjlighet att vinna bifall om denne anför att en annans anbud har antagits felaktigt än om det anförts att det egna anbudet har förkastats felaktigt. En förklaring till detta kan vara att det är enklare att visa att en annans anbud inte uppfyller vissa krav än att visa att det har gjorts en felaktig bedömning av det egna anbudet.

Tabell 23. Utgång av prövade grunder i förvaltningsrätt efter eget eller annans anbud

Anförda grunder	Avslag	Bifall	Prövad	Totalt
Brister i förfrågningsunderlaget	76%	20%	4%	100%
Annans anbud felaktigt antaget	77%	18%	5%	100%
<i>Varav ska-krav på upphandlingsföremålet - annans anbud felaktigt antaget</i>	76%	19%	5%	100%
<i>Varav ska-krav på leverantör - annans anbud felaktigt antaget</i>	77%	18%	5%	100%
Eget anbud felaktigt förkastat	86%	12%	2%	100%
<i>Varav ska-krav på upphandlingsföremålet - eget anbud felaktigt förkastat</i>	82%	16%	2%	100%
<i>Varav ska-krav på leverantör - eget anbud felaktigt förkastat</i>	88%	9%	3%	100%
Utvärderingen	85%	12%	4%	100%
Övriga grunder	91%	8%	1%	100%

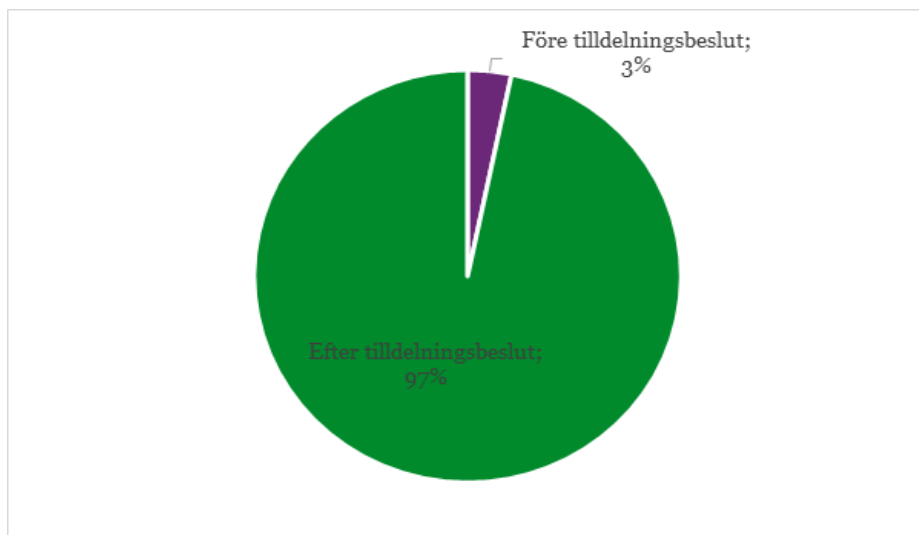
Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. I redovisningen ingår inte utgången *Ingen prövning* av den anförda grunden vilket avser att leverantören inte lidit skada eller att domstolen dömt/bifallit ansökan på annan grund. Procent har avrundats till heltal och summerar därför inte till 100 procent.

3.4 Tidpunkten för ansökan om överprövning

3.4.1 Nästan alla överprövningar sker efter tilldelningsbeslut

Nästan alla upphandlingar i urvalet har överprövats efter att den upphandlande myndigheten meddelat tilldelningsbeslut, det vill säga först när det står klart vem som vunnit upphandlingen. Det är endast tre procent av avgörandena som grundar sig på en ansökan som lämnats in före tilldelningsbeslutet. För en analys av varför så få leverantörer överprövar före tilldelningsbeslutet se avsnitt 9.4.

Diagram 8. Ansökan om överprövning efter skede



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: I redovisningen ingår inte 94 avgöranden där det inte framgår om överprövningen har skett före eller efter tilldelningsbeslutet.

3.4.2 Yrkanden efter skede

I de allra flesta fall har leverantörer som ansökt om överprövning före tilldelningsbeslut har meddelats, yrkat på att upphandlingen ska göras om.

Efter att tilldelningsbeslut har meddelats är det vanligast förekommande yrkandet att upphandlingen ska rättas. Även i detta skede är det dock vanligt att den sökande yrkar på att upphandlingen ska göras om. I 37 procent av avgörandena har en leverantör yrkat både att upphandlingen ska rättas alternativt ska göras om. Detta förekommer till exempel när den sökande anför att ett ska-krav ska anses vara uppfyllt, och om det inte är uppfyllt så är kravet inte transparent. I 16 procent av avgörandena har en sökande enbart yrkat att upphandlingen ska göras om efter att tilldelningsbeslut har meddelats.

Tabell 24. Avgöranden efter yrkande och skede

	Gör om		Rätta		Både rätta och gör om		Annat		Totalt	
Skede	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel

Före tilldelningsbeslut	27	69%	3	8%	5	13%	4	10%	39	100%
Efter tilldelningsbeslut	155	16%	430	43%	372	37%	40	4%	997	100%
Totalt	182	18%	433	42%	377	36%	44	4%	1 036	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: I denna redovisning ingår inte avgöranden där skede inte framgår eller där yrkande inte framgår. Med yrkande *Annat* avses andra yrkande än *gör om* eller *rätta*.

3.4.3 Anförda grunder före och efter tilldelningsbeslut

Grunden *brister i förfrågningsunderlaget* förekommer i 85 procent av avgörandena som rör upphandlingar som överprövats före tilldelningsbeslut har meddelats. Motsvarande andel efter tilldelningsbeslutet är 44 procent. Detta innebär att även efter tilldelningsbeslutet är denna grund den vanligaste. Det bör dock noteras att de allra flesta avgöranden avser ansökningar efter att tilldelningsbeslut har meddelats.

Det har särskilt tagits fram ur kartläggningen hur vanligt det är att den sökande ger in en ansökan efter att tilldelningsbeslut har meddelats, men enbart yrkar att upphandlingen ska göras om och enbart anför grunder som avser *brister i förfrågningsunderlaget*. Dessa kriterier uppfylls av 128 avgöranden vilket motsvarar 9 procent.

Eftersom det är mycket få situationer där det görs överprövningsbara bedömningar före tilldelningsbeslutet är det naturligt att dessa avgöranden främst innehåller grunder som avser förfrågningsunderlagets utformning. Övriga grunder som anförts före tilldelningsbeslut avser ovanliga situationer, främst vid tvåstegsförfaranden, där frågor om kravuppfyllnad och i vissa fall även utvärderande moment kan uppkomma före tilldelningsbeslut.

Tabell 25. Avgöranden efter anförd grund och skede

Anförd grund	Före tilldelningsbeslut		Efter tilldelningsbeslut		Totalt	
	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Brister i förfrågningsunderlaget	33	85%	463	44%	498	45%
Ska-krav på upphandlingsföremålet	1	3%	333	32%	333	30%
Ska-krav på leverantör	1	3%	436	42%	437	40%

Utvärderingen	1	3%	140	13%	141	13%
Övriga grunder	10	26%	308	30%	326	30%

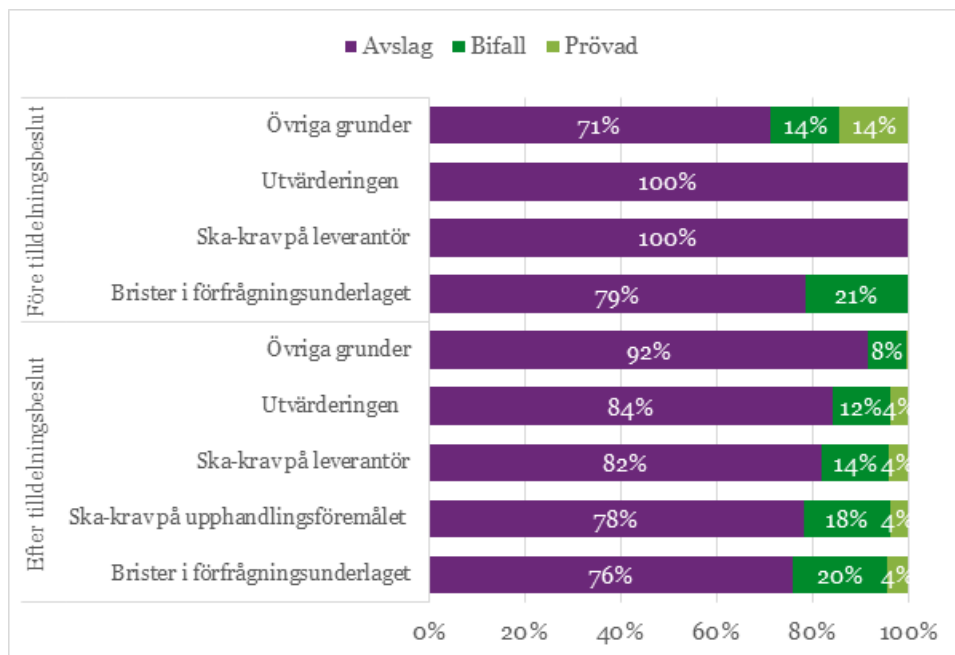
Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Eftersom ett enskilt avgörande kan innehålla flera grunder så kan samma avgörande redovisas flera gånger. Antalet avgöranden eller andelen avgöranden ska därför inte summeras.

3.4.4 När leder vissa grunder till framgång?

Möjligheten att vinna framgång med en viss grund tycks inte påverkas av i vilket skede ansökan ges in. Det gör att det inte utifrån själva domstolsprocessen finns några egentliga incitament för en leverantör att lämna in en ansökan om överprövning före tilldelningsbeslut, då leverantören inte heller förlorar på att invänta tilldelningsbeslutet. För mer information se avsnitt 9.4.

Det är främst när det gäller grunden *brister i förfrågningsunderlaget* som jämförelser före och efter tilldelningsbeslutet är relevanta. När det gäller övriga grunder finns det inte tillräckligt många avgöranden före tilldelningsbeslut, för att det ska vara möjligt att göra några jämförelser.

Diagram 9. Utgång i förvaltningsrätt efter anförd grund och skede



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Flera grunder kan anföras i ett enskilt avgörande om överprövning. I redovisningen ingår inte avskrivningar, avvisningar eller överlämnande. I redovisningen ingår inte ansökningar där tidpunkt för tilldelningsbeslut inte framgår. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent. Med *Prövad* avses att en överträdelse av upphandlingsreglerna konstaterats men att skaderekvisitet inte varit uppfyllt.

3.5 Överklaganden till högre instanser

3.5.1 Prövning av grunder i kammarrätt

De flesta anförda grunder prövas inte i kammarrätt. Anledningen till detta är att de flesta överklaganden till kammarrätt inte beviljas prövningstillstånd. Det är endast 12 procent av de anförda grunderna som prövas i sak av kammarrätten.

Tabell 26. Anförda grunder i alla avgöranden i kammarrätt

Anförd grund	Prövning		Ingen prövning	
	Antal	Andel	Antal	Andel
Brister i förfrågningsunderlaget	16	12%	119	88%
Ska-krav på upphandlingsföremålet	7	10%	65	90%
Ska-krav på leverantör	14	15%	77	85%
Utvärderingen	0	0%	25	100%
Övriga grunder	9	12%	67	88%
Totalt	46	12%	353	88%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Flera grunder kan anföras i ett enskilt avgörande om överprövning.

Av de 12 procent grunder som prövas i sak av kammarrätten bifalls 37 procent. Den grund som oftast bifalls är *brister i förfrågningsunderlaget*. Bifallsfrekvensen är då 69 procent. Detta är markant högre än bifallsfrekvensen för andra grunder. I urvalet förekommer inga sakprövningar av grunden *felaktigheter i utvärderingen av anbud*.

Tabell 27. Prövade grunder i sakprövade avgöranden i kammarrätt

Anförd grund	Avslag		Bifall	
	Antal	Andel	Antal	Andel
Brister i förfrågningsunderlaget	5	31%	11	69%
Ska-krav på upphandlingsföremålet	6	86%	1	14%
Ska-krav på leverantör	10	71%	4	29%
Övriga grunder	8	89%	1	11%
Totalt	29	63%	17	37%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Flera grunder kan anföras i ett enskilt avgörande.

3.5.2 Utgång i kammarrätt

Drygt 16 procent av förvaltningsrättsavgörandena i kartläggningen blev överklagade till kammarrätt. Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten. I 79 procent av avgörandena har kammarrätten inte gjort någon sakprövning. I de flesta fall sker ingen sakprövning eftersom prövningstillstånd inte meddelas eller för att målen avskrivs eller avvisas. Av de 44 överklaganden som sakprövades i kammarrätten ändrades förvaltningsrättens beslut i 31 avgöranden, vilket motsvarar 70 procent av alla överklagade avgöranden som prövades i sak. I kapitel 5 redovisas resultatet av en kartläggning av samtliga kammarrättsavgöranden inklusive till vilken parts fördel kammarrätten ändrade förvaltningsrättsavgöranden.

Tabell 28 Utgång i kammarrätt

Utgång	Antal avgöranden	Andel avgöranden
Ej PT	146	67%
Avskrivning	26	12%
Avvisning	1	0%
Avslag	13	6%
Bifall för upphandlande myndighet	9	4%
Bifall för leverantör	15	7%

varav Gör om	10	5%
varav Rätta	5	2%
Återförvisning	7	3%
Totalt	218	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

3.5.3 Utgång i Högsta förvaltningsdomstolen

Drygt var femte kammarättsavgörande som ingår i kartläggningen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen. Högsta förvaltningsdomstolen fattade 45 beslut, men det var bara ett överklagade som fick prövningstillstånd. Detta överklagande avskrevs dock av Högsta förvaltningsdomstolen. Det innebär att Högsta förvaltningsdomstolen inte sakprövade något av överklagandena i kartläggningen.³⁶

Tabell 29. Utgång i Högsta förvaltningsdomstolen

Utgång	Antal avgöranden
Ej PT	44
Avskrivning	1
Totalt	45

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

3.6 I vilken omfattning vinner leverantörer den slutliga prövningen av ansökan om överprövning?

3.6.1 Avgöranden efter slutlig utgång

De flesta ansökningar om överprövning leder inte till något ingripande i upphandlingen. Totalt ledde 16 procent av ansökningarna till att upphandlingen

³⁶ Under 2015 och 2016 sakprövade Högsta förvaltningsdomstolen totalt 11 upphandlingsmål, varav 6 mål ändrades.

fick göras om eller rättas. Av upphandlingarna i urvalet beslutade domstolen om ingripande i knappt 20 procent av upphandlingarna.³⁷

Tabell 30. Slutlig utgång av ansökningar om överprövning

Slutlig utgång	Ansökningar om överprövning		Upphandlingar	
	Antal	Andel	Antal	Andel
Ej ändrat	1 176	84%	802	80%
Gör om upphandlingen	119	9%	102	10%
Rätta upphandlingen	101	7%	94	9%
Ingen slutlig utgång	2	0%	2	0%
Totalt	1 398	100%	1 000	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: I statistiken finns 91 ansökningar som avslutats genom att lämnas över till annan domstol men som inkluderas i denna redovisning. *Ingen slutlig utgång* avser två avgöranden som inte vunnit laga kraft vid tidpunkten för statistikinsamlingen och där ingen slutlig utgång har kunnat registreras.

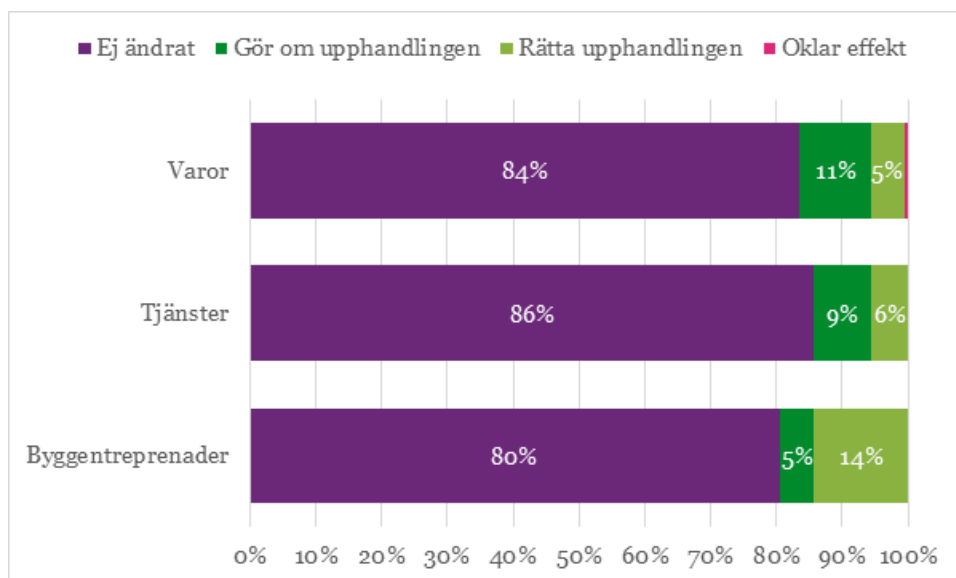
3.6.2 Slutlig utgång av rättsprocessen

I det här avsnittet presenteras utgången av rättsprocesserna i kartläggningen för att avgöra hur ofta den som ansökt om överprövning får rätt i slutändan. Diagrammen nedan visar slutlig utgång för ansökningar av överprövning.

Resultatet kan i några avseenden uppmärksammas särskilt. Vid upphandlingar av byggtreprenader är andelen upphandlingar som måste rättas innan de får avslutas markant högre än för varu- och tjänsteupphandlingar. För upphandlingar av byggtreprenader är andelen utfall som innebär att upphandlingen måste rättas 14 procent, jämfört med 5 respektive 6 procent för varu- och tjänsteupphandlingar. Denna skillnad kan ses mot bakgrund av att grunden *ska-krav på leverantör* förekommer oftare när det gäller byggtreprenader samtidigt som grunden *brister i förfrågningsunderlaget* förekommer betydligt mer sällan.

³⁷ I Upphandlingsmyndighetens och Konkursverketets rapport Statistik om offentlig upphandling 2017 redovisas statistik om överprövning baserat på uppgifter från Domstolsverket. Denna statistik visar att en leverantör får bifall till sin ansökan om överprövning i 3 av 10 fall. Anledningen till att denna statistik visar på andra resultat i förhållande till statistiken som redovisas i denna kartläggning är att den tidigare statistiken redovisas efter målnummer i stället för avgöranden. Denna kartläggning har utgått från avgöranden.

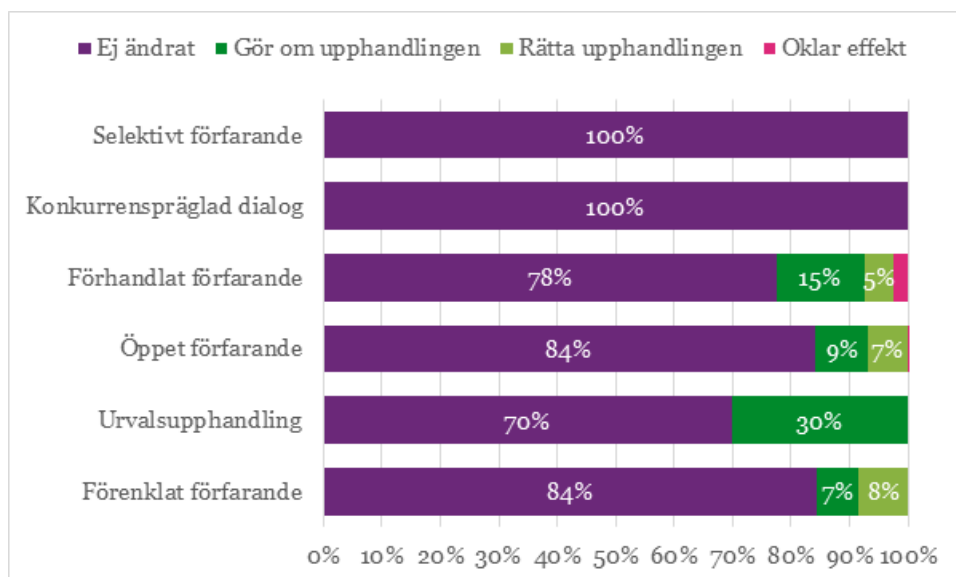
Diagram 10 Slutlig utgång efter upphandlingstyp



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

När det gäller utfallet för direktivstyrda respektive icke-direktivstyrda upphandlingar är det framförallt en jämförelse mellan upphandlingar som genomförts genom ett öppet förfarande och ett förenklat förfarande som är intressant. Anledningen till detta är att övriga jämförbara förfaranden förekommit i så liten omfattning i urvalet att det inte blir möjligt att dra några slutsatser av resultatet. För upphandlingar som genomförts genom ett öppet förfarande och ett förenklat förfarande kan dock konstateras att andelen bifall är ungefär lika stor.

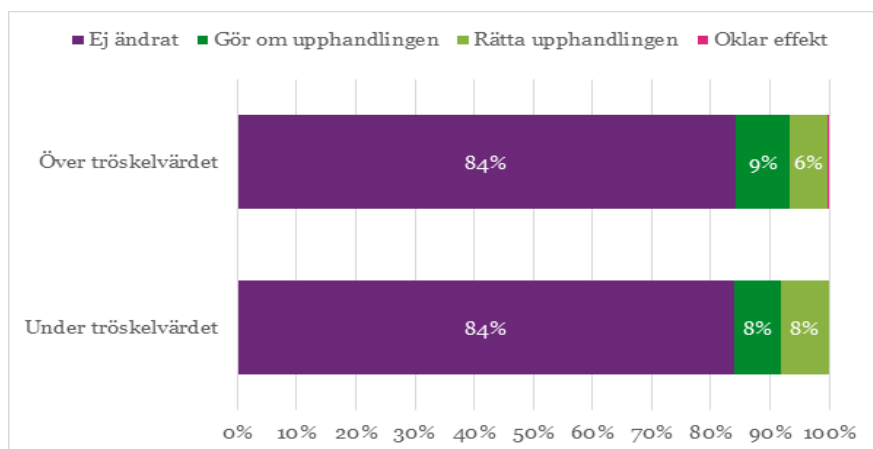
Diagram 11 Slutlig utgång efter förfarande



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: De allra flesta upphandlingar i urvalet genomförs enligt öppet eller förenklat förfarande. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

Det finns ingen skillnad i bifallsfrekvensen över och under tröskelvärden även om andelen upphandlingar som måste göras om är något högre över tröskelvärdena. Sannolikt visar sig inte eventuella skillnader i överprövningarna som kan hänföras till kontraktsvärdet redan vid så pass låga värden som tröskelvärdena.

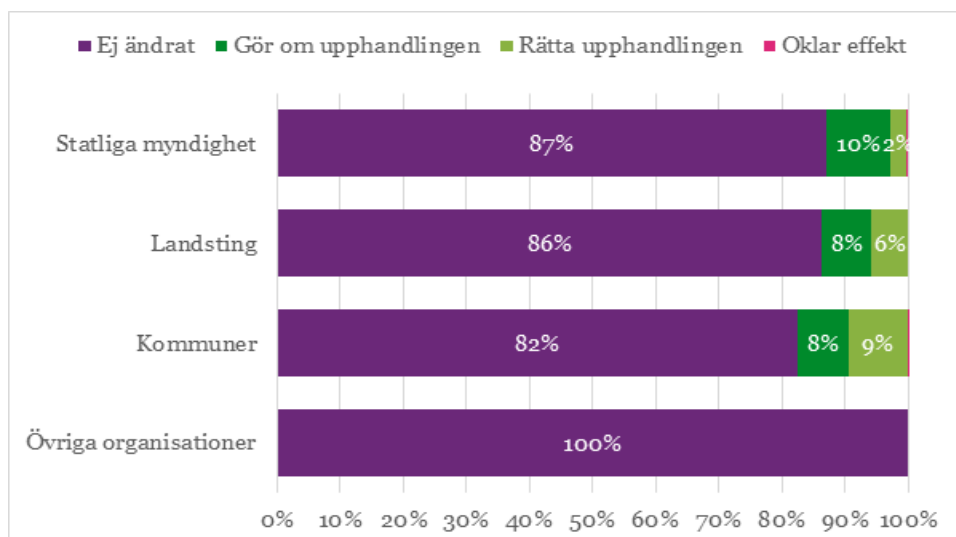
Diagram 12 Slutlig utgång efter tröskelvärdet



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

När det gäller myndighetstyp kan konstateras att kommuner förlorat en högre andel rättsprocesser än landsting och statliga myndigheter. Kommuner får också rätta sina upphandlingar något oftare än andra myndigheter. Noterbart är att statliga myndigheter har haft nära fem gånger så många upphandlingar som måste göras om jämfört med upphandlingar som måste rättas.

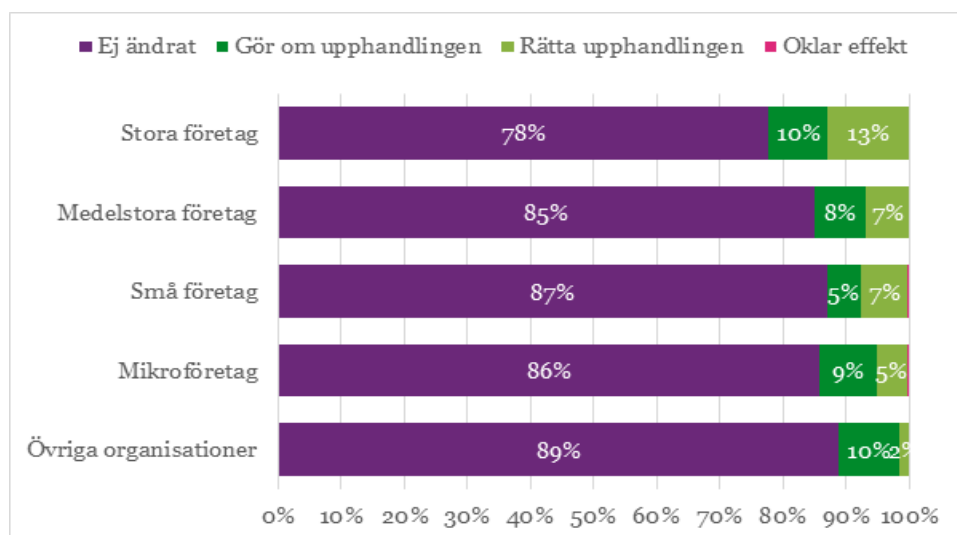
Diagram 13 Slutlig utgång efter myndighetstyp



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Kategorin kommuner, landsting och statliga myndigheter i ovan redovisning omfattar även offentligt ägda bolag inom respektive kategori. Kategorin övriga organisationer innehåller organisationer som varken tillhör kommun, landsting eller stat, exempelvis stiftelser och ekonomiska föreningar. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

Resultatet visar att stora företag vinner en högre andel rättsprocesser än mindre företag. Total leder 23 procent av överprövningarna som görs av stora företag till att domstolen beslutar om ett ingripande i upphandlingen. De grunder som företag anför i överprövningsprocesser verkar dock inte skilja sig åt beroende på företagsstorlek. Däremot kan förstås kvaliteten på processföringen variera. Stora företag använder också juridiska ombud i högre utsträckning än mindre företag. För mer information se kapitel 4 om juridiska ombud.

Diagram 14 Slutlig utgång efter sökandens företagsstorlek

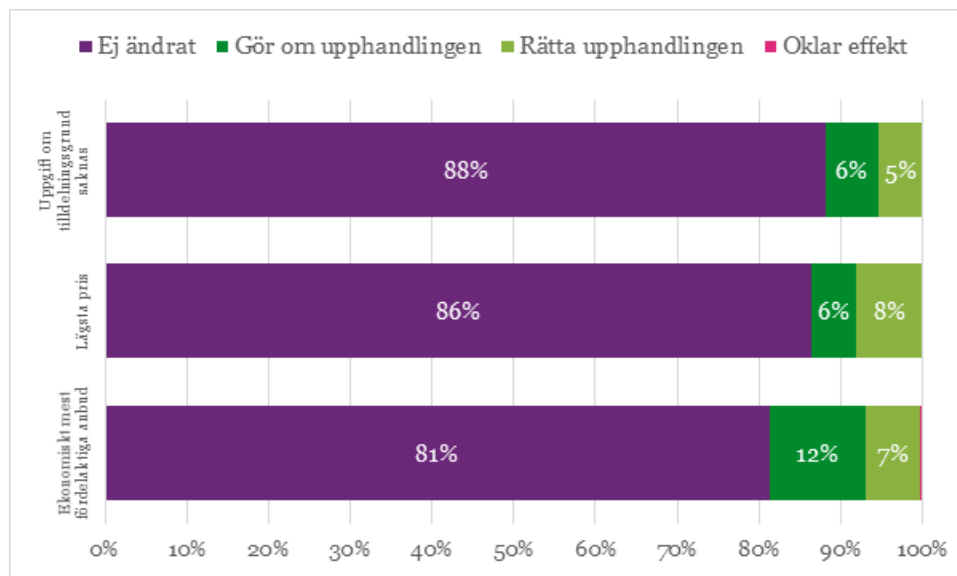


Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Med övriga organisationer avses sådana organisationer som saknar uppgifter som krävs för klassificering. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

Det är vanligare att upphandlingar måste göras om när tilldelningsgrunden har varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet jämfört med när den har varit lägsta pris. När tilldelningsgrunden har varit ekonomiskt mest fördelaktiga anbud har 12 procent av upphandlingarna fått göras om, jämfört med 6 procent när tilldelningsgrunden varit lägsta pris. En förklaring till detta kan vara att

förfrågningsunderlag i lägsta pris-upphandlingar som regel innehåller färre delar som kan överprövas.

Diagram 15 Slutlig utgång efter tilldelningsgrund



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Tilldelningsgrund framgår inte alltid av tillgängliga uppgifter varför det för ett antal avgöranden saknas uppgifter. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

3.7 Slutsatser

Av de överprövade upphandlingarna i urvalet är det 20 procent som efter slutlig prövning i domstol ska göras om eller rättas. I 80 procent av de överprövade upphandlingarna medför således inte överprövningen något ingripande.

Av de ansökningar om överprövning som leder till bifall är det något fler som leder till att upphandlingarna ska göras om än som leder till att upphandlingarna ska rättas. Av de leverantörer som ansöker om överprövning vinner stora företag framgång i högre utsträckning än mindre företag. Bifallsfrekvensen är också högre när tilldelningsgrunden är ekonomiskt mest fördelaktiga anbud än när det är fråga om lägsta pris.

Den vanligaste anförda grunden är *brister i förfrågningsunderlaget* följt av uppfyllnad av ska-krav. Vad gäller utgång i domstol finns det inte någon större skillnad mellan vilka grunder som oftare leder till framgång även om grunden

brister i förfrågningsunderlaget har en marginellt högre bifallsfrekvens än andra grunder.

Endast tre procent av alla ansökningar om överprövning ges in innan tilldelningsbeslut har meddelats. Grunder som avser *brister i förfrågningsunderlaget* får bifall i samma utsträckning oavsett om ansökan ges in före eller efter tilldelningsbeslut meddelats.

I 9 procent av avgörandena har den sökande gett in ansökan efter att tilldelningsbeslut har meddelats, men enbart yrkat att upphandlingen ska göras om och enbart anfört grunder som avser *brister i förfrågningsunderlaget*.

Vad gäller prövning i kammarrätten är det ett fåtal överklaganden som leder till sakprövning. I de avgöranden som prövats i sak leder grunden *brister i förfrågningsunderlaget* till bifall oftare än avslag. Övriga grunder tenderar att avslås oftare än de bifalls. Totalt ändrar kammarrätterna 14 procent av de överklagade avgörandena.

4. Förekomsten av juridiska ombud i mål om överprövning av upphandling

4.1 Inledning

I detta kapitel redogörs för i vilken utsträckning upphandlande myndigheter och leverantörer har företrätts av juridiska ombud vid överprövning av upphandling. Vidare redogörs för hur denna omständighet förhåller sig till att parterna helt eller delvis vunnit framgång och till benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden. Redovisningen baseras på den kartläggning av överprövade upphandlingar som redogörs för i avsnitt 2.1.

Kartläggningen omfattar 1 398 avgöranden i förvaltningsrätt. I 800 av dessa avgöranden har minst en av parterna företrätts av ett juridiskt ombud, vilket motsvarar cirka 57 procent av alla förvaltningsrättsavgöranden. Med ett juridiskt ombud avses i detta kapitel advokater eller andra som kan företräda en part i domstol, till exempel juristbyråer eller upphandlingskonsulter.³⁸

4.2 I vilken utsträckning används juridiska ombud?

4.2.1 Leverantörer använder juridiska ombud oftare än myndigheter

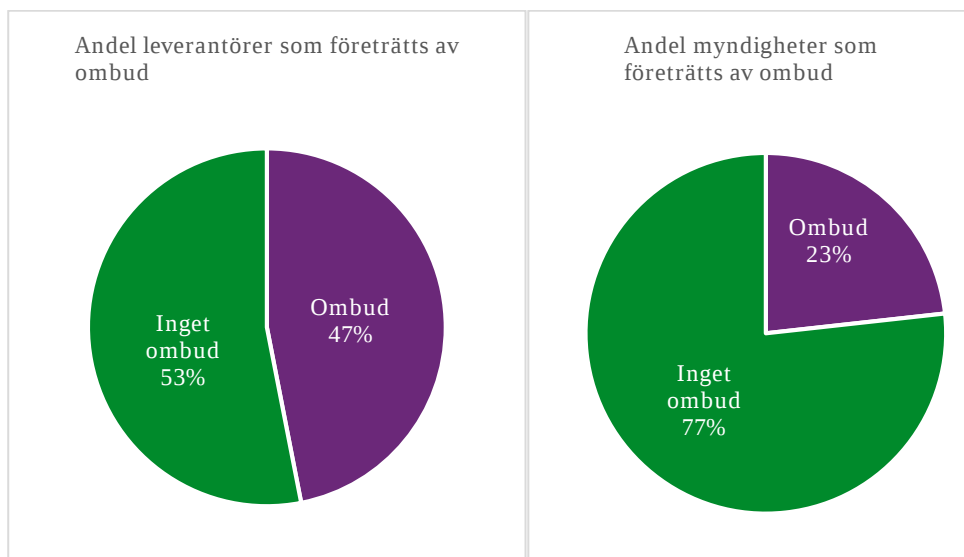
Leverantörer har företrätts av ett juridiskt ombud i 47 procent av alla förvaltningsrättsavgöranden som omfattas av kartläggningen. När en leverantör har företrätts av ett ombud är det vanligare att de företrätts av advokater än av andra juridiska ombud. Advokater förekommer i 37 procent av alla avgöranden jämfört med 10 procent för andra juridiska ombud.

Upphandlande myndigheter har företrätts av ett juridiskt ombud i 23 procent av alla förvaltningsrättsavgöranden. Myndigheter använder sig således av juridiska ombud i betydligt lägre utsträckning än leverantörer. När en upphandlande myndighet har företrätts av ett juridiskt ombud är det vanligare med advokater än andra juridiska ombud. Advokater förekommer i 16 procent av alla avgöranden

³⁸ Det bör noteras att det inte alltid framgår av avgörandena om leverantören eller den upphandlande myndigheten har tagit hjälp av extern juridisk kompetens i överprövningen. Det kan till exempel förekomma så kallade "spökskrivare" som författar inlagor i leverantören eller den upphandlande myndighetens namn. Det är svårt att bedöma hur vanligt detta är men baserat på de genomförda intervjuerna förefaller det vara relativt sällsynt.

jämfört med 7 procent för andra juridiska ombud. Att upphandlande myndigheter inte använder sig av juridiska ombud i samma utsträckning som leverantörer kan bero på att det inte har samma behov av juridiskt stöd. Vid de genomförda intervjuerna med upphandlande myndigheter har exempelvis framkommit att upphandlande myndigheter ofta redan har de funktioner internt som behövs för en överprövningsprocess. Det kan till exempel vara en juridisk avdelning eller annan personal som har processvana i upphandlingsmål.

Diagram 16. Förekomst av ombud



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

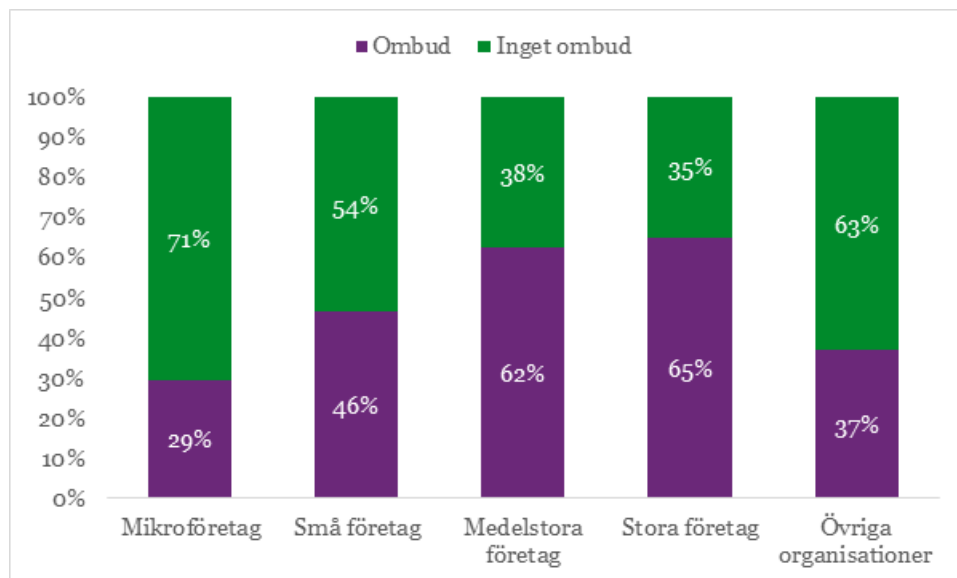
4.2.2 Stora företag använder ombud i högre utsträckning

Stora och medelstora företag har använt sig av juridiska ombud i högre utsträckning än små företag och mikroföretag. Drygt 65 procent av stora och 62 procent av medelstora företag använde sig av ett juridiskt ombud, vilket är att jämföra med 46 procent av små företag och 39 procent av mikroföretag.

En anledning till att större företag använder juridiska ombud i högre utsträckning kan vara att kostnaderna för att anlita ett ombud har större betydelse för mindre företag. Även om större företag i högre utsträckning har egna jurister så kan upphandlingsfrågor kräva sådan specialkompetens som ett ombud kan tillföra. Det kan också ligga närmare till hands för ett större företag som redan har en

upparbetad relation med ett ombud att vända sig till sitt ombud, än ett mindre företag som kanske inte har sådan etablerad kontakt. Ytterligare en anledning kan vara att större företag oftare lägger anbud på större kontrakt och att ombudskostnaden då blir mindre i förhållande till kontraktsvärdet.

Diagram 17 Förekomst av juridiska ombud hos leverantörer

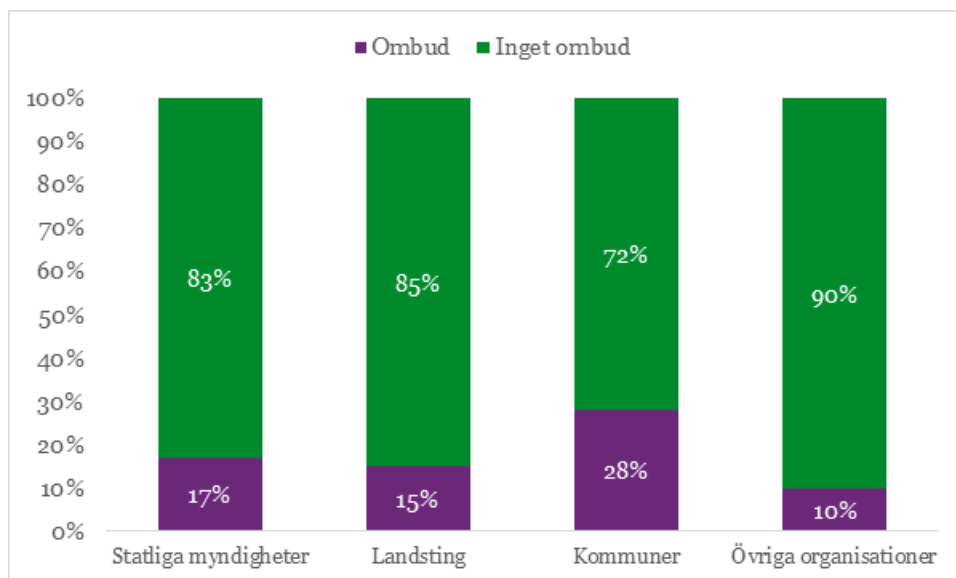


Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Bisnode (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgifter om organisationsnummer för sökande saknas för 184 avgöranden. Kategorin övriga organisationer avser organisationer som saknar nödvändiga uppgifter för klassificering exempelvis ekonomiska föreningar, stiftelser och fonder.

4.2.3 Kommuner använder oftare ombud än andra upphandlande myndigheter

Kommuner är den myndighetstyp som oftast använder ombud vid överprövningar av offentliga upphandlingar. Statliga myndigheter och landsting företräds av ombud i 17 procent respektive 15 procent av alla avgöranden. En förklaring till denna skillnad kan vara att framförallt mindre kommuner har mindre resurser att driva överprövningsprocesser och därför ett större behov av att anlita juridiska ombud än större och mer resursstarka myndigheter.

Diagram 18. Förekomst av ombud efter myndighetstyp



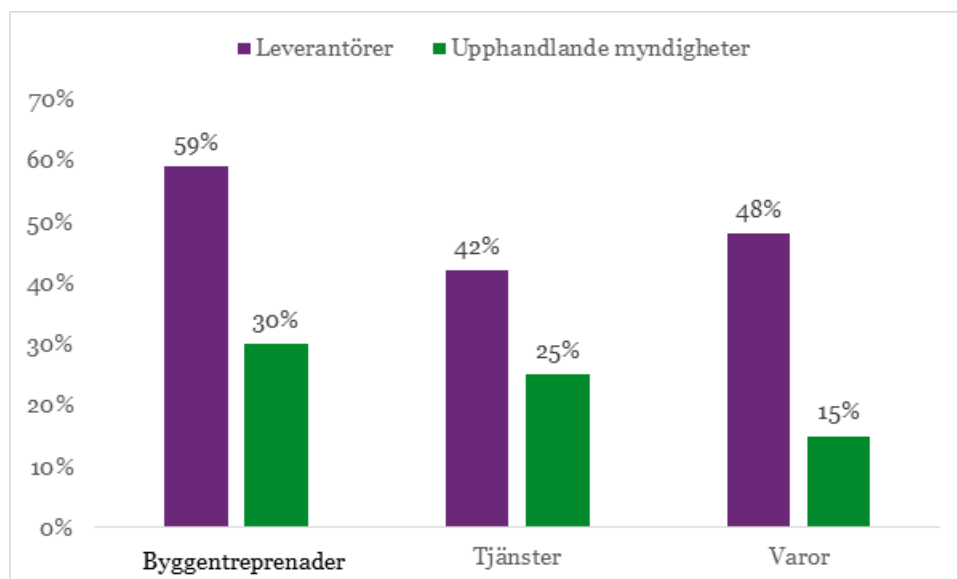
Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Kategorin kommuner, landsting och statliga myndigheter i ovan redovisning omfattar även offentligt ägda bolag inom respektive kategori. Kategorin övriga innehåller organisationer som varken tillhör kommun, landsting eller stat, exempelvis stiftelser och ekonomiska föreningar.

4.2.4 Vanligast med ombud vid upphandling av byggentreprenader

Leverantörer har i högre utsträckning företrätts av juridiska ombud vid överprövningar gällande upphandling av byggentreprenader än vid varu- och tjänsteupphandlingar. Vid upphandlingar av byggentreprenader har leverantörer företrätts av ombud i 59 procent av avgörandena jämfört med 42 procent respektive 48 procent vid varu- och tjänsteupphandlingar.

Även upphandlande myndigheter har använt juridiska ombud i högre utsträckning vid upphandling av byggentreprenader än vid varu- och tjänsteupphandlingar. Vid överprövningar av byggentreprenader har den upphandlande myndigheten företrätts av ett ombud i 30 procent av alla avgöranden jämfört med 15 procent respektive 25 procent vid varu- och tjänsteupphandlingar.

Diagram 19 Förekomst av ombud efter upphandlingstyp



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Tabellen visar hur stor andel av upphandlande myndigheter respektive leverantörer som företräds av ombud.

4.3 Vinner en part med juridiskt ombud framgång oftare?

4.3.1 Utgång i förvaltningsrätt efter förekomst av ombud

Leverantörer som företräts av ett juridiskt ombud har vunnit nära dubbelt så ofta i förvaltningsrätt som leverantörer som inte använt sig av ombud. För leverantörer som har haft ett ombud är bifallsfrekvensen, det vill säga andelen avgöranden där rätten beslutar att upphandlingen ska göras om eller rättas, 21 procent.

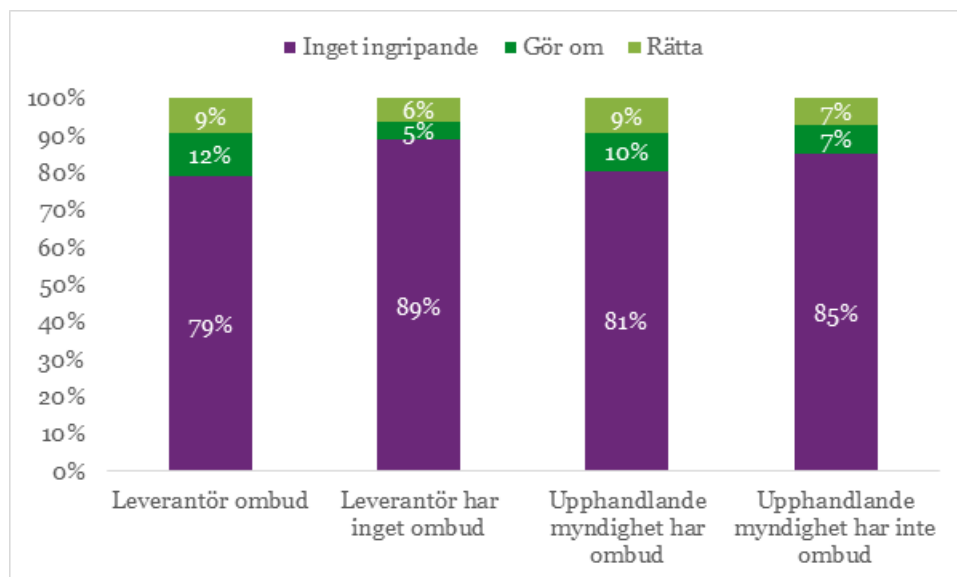
Motsvarande andel för leverantörer som inte har haft ett ombud är 11 procent.

Det är inte möjligt att utläsa ur statistiken varför leverantörer med ombud vinner i större utsträckning än leverantör utan ombud. För detta skulle det krävas en närmare kvalitativ analys av processföringen i samtliga avgöranden.

När upphandlande myndigheter företräts av ett juridiskt ombud har de vunnit ungefär lika ofta i förvaltningsrätt som när de hanterat överprövningar på egen hand. Skillnaden med och utan ombud är bara fyra procentenheter. Leverantörer som företräds av ombud får således bifall till sin talan i högre utsträckning än myndigheter som företräds av ombud. Vad denna skillnad kan bero på är svårt att

uttala sig om utifrån den tillgängliga statistiken. Det bör noteras att ett vunnet avgörande för en upphandlande myndighet i detta sammanhang innebär att en ansökan om överprövning inte har lett till att upphandlingen ska rättas eller göras om.

Diagram 20. Ombud i förhållande till utgång i förvaltningsrätterna



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Med *Inget ingripande* avses avslag, avskrivning, avvisning och överlämnande till annan domstol. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

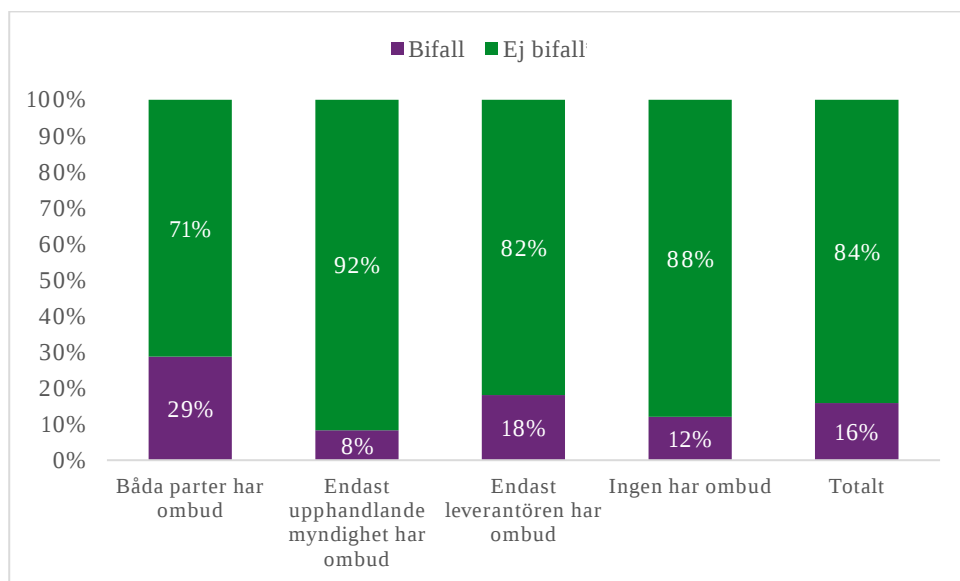
4.3.2 Högre bifallsfrekvens när båda parter företräts av ombud

När båda parter har företräts av ett juridiskt ombud ligger bifallsfrekvensen på 29 procent. Det kan noteras att bifallsfrekvensen i dessa avgöranden är högre än när bara leverantören har företräts av ett ombud, men också jämfört med när bara den upphandlande myndigheten har företräts av ett ombud. Antalet avgöranden i urvalet är dock begränsat vilket gör det svårt att dra några generella slutsatser utifrån resultatet. En möjlig förklaring kan dock vara att ombud anlitas vid överprövningar som rör särskilt komplicerade frågor. Det kan alltså snarare vara överprövningens komplexitet som återspeglas. I de avgöranden där båda parter har haft ombud kan det vara så att frågeställningarna varit särskilt komplexa. Det

innebär att den här typen av avgöranden inte behöver vara representativa för alla typer av avgöranden där ombud förekommer.

När bara leverantören har företrätts av ett juridiskt ombud sjunker bifallsfrekvensen till 18 procent. Detta kan jämföras med bifallsfrekvensen på 8 procent när bara den upphandlande myndigheten har företrätts av ett ombud. När ingen av parterna har företrätts av ett ombud är bifallsfrekvensen 12 procent. En förklaring till att det finns en skillnad i bifallsfrekvens mellan avgöranden där antingen leverantören eller den upphandlande myndigheten har haft ett ombud kan vara att ombud bidrar till att utjämna den upphandlande myndighetens eventuella kunskapsövertag.

Diagram 21 Utgång i förvaltningsrätt efter förekomsten av ombud



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: *Ej bifall* inkluderar både ansökningar som fått avslag och ansökningar som inte blivit sakprövade.

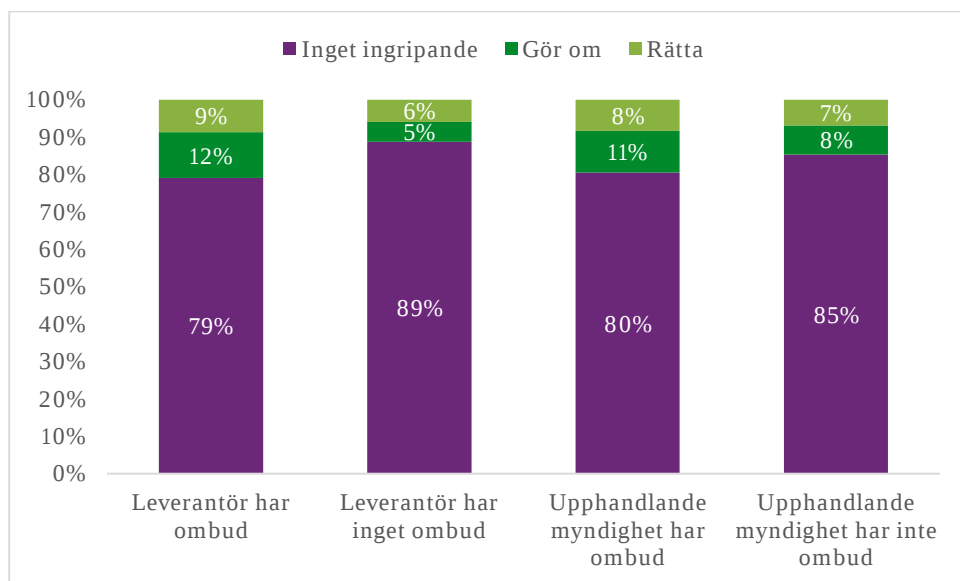
4.3.3 Hur påverkas den slutliga utgången av förekomsten av juridiska ombud?

När en leverantör företrätts av ett ombud blir den slutliga utgången av överprövningsprocessen rätta eller göra om upphandlingen i 21 procent av alla avgöranden. Denna siffra inkluderar även eventuella överklaganden till kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen. Motsvarande siffra om

leverantören inte företräds av ett ombud är 11 procent. När upphandlande myndigheter företräds av ett ombud blir den slutliga utgången av överprövningsprocessen rätta eller göra om upphandlingen i 19 procent av alla avgöranden. Utan ombud blir motsvarande siffra 15 procent.

Att statistiken visar på skillnader i andelen ansökningar som når framgång mellan leverantörssidan och myndighetssidan behöver inte bero på förekomsten av ombud. Det kan även bero på andra faktorer som till exempel vilka förvaltningsrättsavgörande som den upphandlande myndigheten väljer att överklaga. Det är därför svårt att dra några slutsatser om vilken påverkan förekomsten av ombud har på den slutliga utgången i en överprövningsprocess.

Diagram 22 Den slutliga utgången för överprövningsprocesser med eller utan ombud



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Med *Inget ingripande* avses avslag, avskrivning, avvisning och överlämnande till annan domstol. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

4.4 Fler överklaganden med ombud

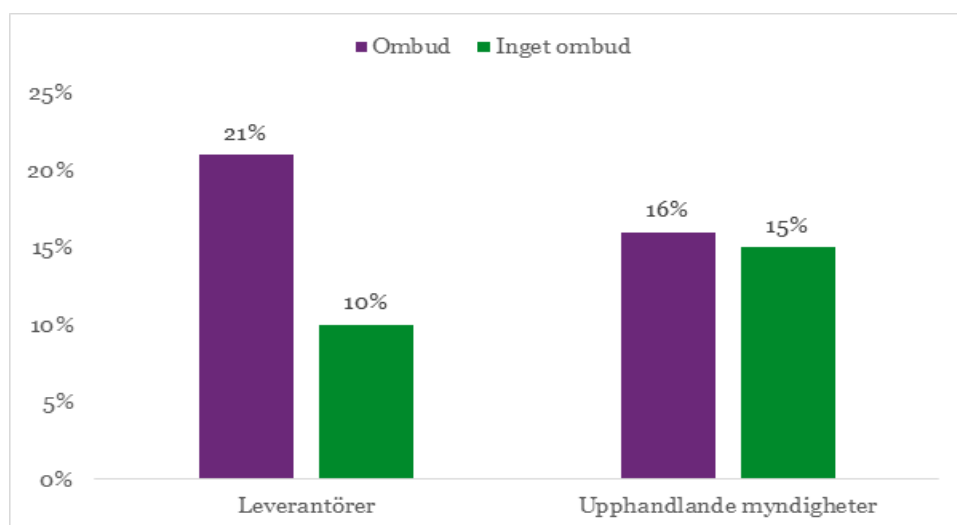
Benägenheten att överklaga till kammarrätt är överlag relativt låg. I genomsnitt överklagas drygt vart sjätte förvaltningsrättsavgörande. Sannolikheten att ett avgörande överklagas är dock nära dubbelt så hög när en leverantör företräds av

ett juridiskt ombud. När leverantören har ett juridiskt ombud blir 21 procent av alla avgöranden överklagade till kammarrätt. Motsvarande andel när leverantören inte har ett juridiskt ombud är 10 procent.

En förklaring till att leverantörer med juridiska ombud överklagar i större utsträckning, vilket framförts under intervjuerna, är att ombud kan hjälpa leverantören att bedöma om förvaltningsrättens dom är riktig eller om det finns skäl att överklaga. Dessutom kan ombudet redan ha utfört mycket av arbetet med processen i förvaltningsrätten. De kostnader som tillkommer vid ett överklagande kan därför vara relativt låga. Ytterligare en förklaring kan vara att leverantörer oftare använder ombud när upphandlingen är ekonomiskt eller strategiskt viktig. Även efter förvaltningsrättens avgörande kvarstår då sannolikt leverantörens skäl för att driva processen. Skillnaderna i statistiken kan sannolikt bero på en kombination av några eller samtliga ovanstående faktorer.

Det finns i princip ingen skillnad i benägenheten att överklaga till kammarrätt som kan kopplas till om den upphandlande myndigheten har haft ett ombud eller inte. Av statistiken framgår att upphandlande myndigheter som företrätts av ett ombud har överklagat 16 procent av alla förvaltningsrättsavgöranden jämfört med 15 procent för upphandlande myndigheter som inte har haft ett ombud. Förekomsten av ombud förfaller således inte påverka upphandlande myndigheters benägenhet att överklaga.

Diagram 23 Andel överklagade förvaltningsrättsavgöranden efter förekomst av ombud



Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

4.5 Slutsatser

Av kartläggningen framgår att leverantörer har företrätts av juridiska ombud i knappt hälften av alla överprövningar av upphandlingar. Det är vanligare att leverantörer företräds av advokater än av andra ombud. Förekomsten av juridiska ombud på leverantörssidan förefaller öka benägenheten att överklaga till kammarrätt. Det kan bero på att leverantörer oftare anlitar juridiska ombud när upphandlingen upplevs som viktig.

Leverantörer som företrätts av juridiska ombud har vunnit framgång vid överprövningarna i högre utsträckning än leverantörer utan ombud. Det går inte att utesluta att det är andra omständigheter än just förekomsten av ombud som påverkar bifallsfrekvensen. De avgöranden där ombud förekommer behöver inte vara representativa för samtliga överprövade upphandlingar. Utifrån statistiken går det därför inte att dra några slutsatser om huruvida det finns ett orsakssamband eller inte mellan förekomsten av ombud och högre bifallsfrekvens.

Upphandlande myndigheter har företrätts av juridiska ombud i knappt en fjärdedel av alla avgöranden. På myndighetssidan finns det inte lika tydliga kopplingar mellan förekomsten av ombud och framgång i domstol. Benägenheten att överklaga till kammarrätt är också ungefär densamma med eller utan ombud.

5. Kartläggning av kammarrättsavgöranden

5.1 Inledning

I detta kapitel redovisas resultatet av en kartläggning av samtliga av kammarrätternas avgöranden under 2015 och 2016. Syftet med kartläggningen har varit att kunna svara på till vilken parts fördel avgörandena ändrades – leverantörens eller den upphandlande myndighetens.

Av de 3 911³⁹ förvaltningsrättsavgöranden i upphandlingsmål som meddelades under 2015 och 2016 överklagades 940 till kammarrätt. Av dessa ändrade kammarrätten 100 avgöranden. Samtliga avgöranden enligt LOU, LUF eller LUFSS, har ingått i kartläggningen varav 513 avgöranden (55 procent) meddelades 2015 och 427 avgöranden (45 procent) 2016.⁴⁰ De upphandlingar som ingår i kartläggningen kan på grund av handläggningstiderna i förvaltningsdomstolarna ha annonserats före 2015. Kartläggningen utgår från avgöranden och inte målnummer. För mer information se avsnitt 2.1.

5.2 Överklagade förvaltningsrättsavgöranden

5.2.1 Leverantörer överklagar fler förvaltningsrättsavgöranden

Av de sammanlagt 940 förvaltningsrättsavgöranden som överklagades under 2015 och 2016 var den klagade parten i 832 överklaganden en leverantör och i 97 överklaganden en upphandlande myndighet. Resterande 11 överklaganden har bland annat avsett Konkurrensverkets ansökningar om upphandlingsskadeavgift.

Sett till *antalet* överklaganden är det således betydligt vanligare att det är en leverantör som har varit den klagande parten, vilket kan förklaras av att leverantörer också förlorar fler förvaltningsrättsavgöranden än upphandlande myndigheter.

³⁹ Med 3 911 avses det totala antalet förvaltningsrättsavgöranden som finns registrerade i Vismas databas för 2015 och 2016. Detta kan jämföras med urvalet i kapitel 4 som uppgår till 1 398 avgöranden.

⁴⁰ Ett fåtal avgöranden om upphandlingsskadeavgift ingår i den statistik som redovisas. I de fall upphandlande myndigheter har överklagat ett sådant avgörande tas de upp bland övriga avgöranden där den upphandlande myndigheten har överklagat. I de fall då Konkurrensverket har överklagat domar om upphandlingsskadeavgift ingår dessa i summeringen av avgöranden men räknas dock bort i analysen av överklaganden från leverantörer och upphandlande myndigheter.

Men även sett till *andelen* överklaganden finns det en betydande skillnad mellan upphandlande myndigheter och leverantörer. Upphandlande myndigheter överklagar i betydligt mindre utsträckning än leverantörer. Om upphandlande myndigheter hade överklagat i samma utsträckning som leverantörer skulle de ha överklagat drygt vart femte förlorat förvaltningsrättsavgörande. Statistiken visar dock att de endast har överklagat vart tionde förlorat förvaltningsrättsavgörande.

Av de genomförda intervjuerna har framgått att det ofta är viktigare för en upphandlande myndighet att få ett avtal på plats än att få rätt i domstol. Att överklaga innebär i regel att det tar längre tid innan den upphandlande myndigheten kan ingå avtal. Därför kan det ibland vara ett bättre alternativ för den upphandlande myndigheten att istället avbryta upphandlingen eller självkräva tilldelningsbeslutet. Det är således verksamhetens behov som får styra den upphandlande myndighetens agerande.

5.2.2 Leverantörer nekades oftare prövningstillstånd

För att ett överklagat förvaltningsrättsavgörande ska tas upp till prövning krävs att kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Nära tre av fyra överklagade förvaltningsrättsavgöranden togs inte upp till prövning i sak i kammarrätten. De flesta av dessa överklaganden beviljades inte prövningstillstånd, medan en mindre del avskrevs eller avvisades.

När det gäller prövningstillstånd var det betydligt vanligare att kammarrätterna inte meddelade prövningstillstånd när det var en leverantör som överklagade. Leverantörer nekades prövningstillstånd i 64 procent av alla överklaganden. Detta kan jämföras med 37 procent för upphandlande myndigheter. De genomförda intervjuerna tyder på att upphandlande myndigheter kan vara mer selektiva när det gäller vilka avgöranden som överklagas, till exempel just för att det ibland är viktigare att få ett avtal på plats än att få rätt i domstol. När överprövningar väl sker kan det därför i större utsträckning gälla frågor där kammarrätten får meddela prövningstillstånd.

5.3 Till vilken parts fördel ändrade kammarrätterna

Av de 100 förvaltningsrättsavgöranden som ändrades av kammarrätterna blev 81 avgöranden ändrade till leverantörens fördel och 19 avgöranden ändrade till den upphandlande myndighetens fördel. Leverantörer överklagade emellertid betydligt fler förvaltningsrättsavgöranden än upphandlande myndigheter. Sett enbart till

andelen bifall ändrade kammarrätterna förvaltningsrättens avgörande dubbelt så ofta när den klagande var en upphandlande myndighet. Upphandlande myndigheter har dock även en högre andel avslag i avgöranden som blev prövade i sak.

Tabell 31. Antal avgöranden efter utgång i kammarrätt efter klagande (enbart leverantörer och upphandlande myndigheter)

Utgång	Leverantör		Upphandlande myndighet	
	Antal	Andel	Antal	Andel
Ej sakprövat	640	77%	45	46%
Avslag	78	9%	24	25%
Bifall	81	10%	19	20%
Återförvisning	24	3%	9	9%
Annat	9	1%	0	0%
Totalt	832	100%	97	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.
 Not: Inkluderar inte gruppen övriga klaganden. Ett fåtal avgöranden låter sig inte klassificeras som avslag, bifall eller ej sakprövat. Bland dessa finns exempelvis avgöranden där kammarrätten upphäver en dom i vilken förvaltningsrätten avslagit ansökan om överprövning för att istället avvisa ansökan om överprövning. Ett annat exempel är avgöranden med blandade utgångar, där delar avvisas eller avskrivs och andra delar prövas.

I sammanhanget bör uppmärksammas att det är relativt ovanligt att förvaltningsrättsavgöranden i upphandlingsmål blir ändrade i kammarrätt. Totalt finns 3 911 avgöranden från förvaltningsrätterna registrerade av Visma för 2015 och 2016. Kartläggningen omfattar 940 kammarrättsavgöranden. Av dessa har enbart 235 sakprövats. Av de sakprövade avgörandena har kammarrätterna ändrat förvaltningsrättens avgörande i 100 fall. De övriga 135 avgöranden avser avslag eller återförvisningar. Av de 100 ändrade avgöranden har 81 ändrats till fördel för en leverantör och 19 till fördel för en upphandlande myndighet. Detta motsvarar att 2 procent förvaltningsrätternas avgöranden ändras till fördel för en leverantör och 0,5 procent till fördel för en upphandlande myndighet. Annorlunda uttryckt motsvarar det även att 81 procent av de ändrade avgörandena ändras till fördel för en leverantör och 19 procent till fördel för en upphandlande myndighet.

5.4 Vilka överväganden görs inför beslutet att överklaga förvaltningsrättens avgörande

Av intervjuerna har framgått att om ett förvaltningsrättsavgörande upplevs som otydligt eller ofullständigt så kan det öka benägenheten att överklaga. Det har också framförts i intervjuerna med leverantörer att eftersom leverantören redan lagt ner tid och kostnader för processen i förvaltningsrätt kan den ytterligare kostnaden för att överklaga förvaltningsrättens dom vara relativt liten.

Som framgått av statistiken överklagar upphandlande myndigheter relativt sällan ett förvaltningsrättsavgörande. Av intervjuerna har framgått att så ofta är fallet även om förvaltningsrättens dom anses felaktig. Enligt intervjuerna beror den lägre benägenheten att överklaga ofta på en press att få ett avtal på plats. Särskilt i domar som avser rättelse kan det vara lättare, och ge mindre konsekvenser, att genomföra rättelsen istället för att överklaga och på så sätt fördröja avtalsstart ytterligare.

5.5 Slutsatser

Leverantörer överklagar fler förvaltningsrättsavgöranden än upphandlande myndigheter. En förklaring till detta kan vara av att det är viktigare för leverantör att vinna kontrakt än det är för den upphandlande myndigheter att få en viss leverantör. Den ytterligare kostnaden för att överklaga kan också vara relativt liten i förhållande till den redan nedlagda kostnaden för processen i förvaltningsrätt.

Vidare framgår av kartläggningen att de flesta överklaganden inte får prövningstillstånd i kammarrätt. Detta gäller både för leverantörer och upphandlande myndigheter. Upphandlande myndigheter beviljas en högre andel prövningstillstånd än leverantörer, men har samtidigt en högre andel avslag i sak.

Intervjuerna tyder på att upphandlande myndigheter i större utsträckning begränsar sina överklaganden till frågor som upplevs vara principiellt viktiga. Det skulle exempelvis kunna röra sig om möjligheten att använda en utvärderingsmodell som i förvaltningsrätt bedömts vara oförenlig med de upphandlingsrättsliga principerna.

6. Överprövningsbenägenhet i olika branscher

6.1 Inledning

I detta kapitel redovisas och analyseras om leverantörer i vissa branscher är mer eller mindre benägna att ansöka om överprövning och vad orsakerna till detta kan vara. Det redogörs för hur överprövningar fördelar sig mellan olika branscher och segment och hur detta har förändrats över tid samt vilka faktorer som kan påverka benägenheten att överpröva en upphandling. Redovisningen bygger på en analys av samtliga upphandlingar som har överprövats tillsammans med vad som framförts vid de intervjuer som har genomförts med leverantörer och ombud.

6.2 Branschindeldad överprövningsfrekvens

Alla varor, tjänster och byggentreprenader som upphandlas har en egen sifferkod, så kallad CPV-kod som fastställs av Europeiska kommissionen. En upphandlingsannons ska alltid innehålla minst en CPV-kod som beskriver vad upphandlingen avser. CPV-koderna är uppbyggda i en trädstruktur och består av åtta siffror, där de två första siffrorna anger CPV-huvudgrupp och varje efterföljande siffra anger en ökande grad av precisering. Utifrån CPV-huvudgrupperna går det att kategorisera upphandlingar efter bransch och segment.

Tabell 32 redovisar antalet och andelen överprövade upphandlingar efter CPV-huvudgrupp under de senaste fem åren, det vill säga år 2012 till 2016. Under denna tidsperiod har upphandlande myndigheter annonserat 94 694 upphandlingar enligt upphandlingslagarna varav 7 484 upphandlingar har överprövats. Detta innebär att andelen överprövade upphandlingar totalt har varit 7,9 procent under tidsperioden. Genom att analysera utvecklingen över en längre tidsperiod ges en mer fullständig bild av överprövning inom respektive CPV-huvudgrupp eftersom underlaget för analys är större och eventuella variationer inom olika branscher och segment mellan enskilda år får mindre genomslag.

Andelen upphandlingar som har blivit föremål för överprövning varierar relativt kraftigt mellan olika branscher och segment. För 28 CPV-huvudgrupper är andelen överprövade upphandlingar högre än genomsnittet medan andelen är lägre än genomsnittet för 17 CPV-huvudgrupper.

Under denna tidsperiod var överprövningar vanligast inom CPV-huvudgruppen *Transporter (utom avfallstransport)* där 15,5 procent av alla upphandlingar

överprövades. Näst vanligast var överprövningar inom *Kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara* där 15,1 procent av upphandlingarna överprövades. Även *Kringtjänster för transporter; resebyråttjänster* hade en förhållandevis hög andel överprövningar, 13,6 procent.

Den CPV-huvudgrupp som hade lägst andel överprövade upphandlingar under tidsperioden var *Uppsamlat och renat vatten* där bara 2,3 procent av alla upphandlingar överprövades. Totalt gjordes dock endast 44 upphandlingar inom denna kategori. Näst lägst andel överprövade upphandlingar hade *Jordbruksmaskiner* med 2,4 procent.

Noterbart är att CPV-huvudgruppen *Anläggningsarbete* som omfattar mer än en tredjedel av samtliga annonserade upphandlingar hade en överprövningsfrekvens på relativt låga 5,7 procent, alltså klart under genomsnittet på 7,9 procent.

Tabell 32. Överprövade upphandlingar efter CPV-huvudgrupp, 2012–2016 (ackumulerat)

CPV-huvud-grupp	Benämning	Antal upphandlingar	Antal överprövade	Andelen överprövade
60	Transporter (utom avfallstransport)	2 219	343	15,50%
30	Kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara	1 736	262	15,10%
63	Kringtjänster för transporter; resebyråttjänster	972	132	13,60%
18	Kläder, skor, väskor och tillbehör	1 003	135	13,50%
33	Medicinsk utrustning, läkemedel och hygienartiklar	4 385	562	12,80%
39	Möbler (inkl. kontorsmöbler), inredning, hushållsapparater (exkl. belysning) och rengöringsprodukter	3 650	451	12,40%
22	Trycksaker och tillhörande produkter	713	88	12,30%
98	Andra samhälleliga och personliga tjänster	2 044	243	11,90%
19	Skin och textilier, plast- och gummimaterial	374	44	11,80%
35	Säkerhets-, brandbekämpnings-, polis- och försvarsutrustning	1 527	179	11,70%
48	Programvara och informationssystem	2 531	283	11,20%
85	Hälsö- och sjukvård samt socialvård	3 689	413	11,20%
80	Undervisning och utbildning	2 375	264	11,10%
75	Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster	767	83	10,80%
92	Fritids-, kultur- och sporttjänster	1 372	148	10,80%
64	Post- och telekommunikationstjänster	1 005	103	10,20%
79	Företagstjänster: lagstiftning, marknadsföring, rådgivning, rekrytering, tryckning och säkerhet	8 504	871	10,20%
55	Hotell-, restaurang- och detaljhandelstjänster	1 160	117	10,10%

32	Radio-, televisions-, kommunikations- och telekommunikationsutrustning samt tillhörande utrustning	2 145	212	9,90%
15	Livsmedel, drycker, tobak och dylikt	1 408	138	9,80%
72	IT-tjänster: konsultverksamhet, programvaruutveckling, Internet och stöd	4 347	428	9,80%
50	Reparation och underhåll	5 249	488	9,30%
90	Avlopps- och avfallshantering, sanering och miljötjänster	6 923	623	9,00%
24	Kemiska produkter	761	68	8,90%
42	Industrimaskiner	3 879	328	8,50%
37	Musikinstrument, sportartiklar, spel, leksaker, hantverk, konsthantverksmateriel och tillbehör	848	70	8,30%
3	Jordbruks-, jakt-, fiske- och skogsbruksprodukter samt tillhörande produkter	974	80	8,20%
77	Jordbruks-, skogsbruks-, trädgårds-, vattenbruks- och biodlingstjänster	2 563	209	8,20%
31	Elektriska maskiner, apparater och förbrukningsvaror samt elektrisk utrustning; belysning	2 846	217	7,60%
38	Laboratorieutrustning, optisk utrustning och precisionsutrustning (exkl. glas)	2 771	194	7,00%
44	Konstruktioner och konstruktionsmaterial; konstruktionshjälpmedel (utom el-utrustning)	5 473	379	6,90%
71	Arkitekt-, bygg-, ingenjörs- och besiktningstjänster	9 416	629	6,70%
43	Maskiner för brytning och byggnadsarbeten	888	57	6,40%
70	Tjänster avseende fast egendom	576	37	6,40%
34	Transportutrustning och transporthjälpmedel	5 485	348	6,30%
51	Installation (utom programvara)	3 794	237	6,20%
73	FoU-tjänster samt tillhörande konsulttjänster	501	30	6,00%
45	Anläggningsarbete	37 184	2 125	5,70%
65	El-, vatten- och energiverk	780	44	5,60%
76	Tjänster för olje- och gasindustrin	257	12	4,70%
9	Petroleumprodukter, bränsle, elektricitet och andra energikällor	1 051	40	3,80%
66	Finans- och försäkringstjänster	1 909	73	3,80%
14	Gruvprodukter, basmetaller och tillhörande produkter	484	18	3,70%
16	Jordbruksmaskiner	779	19	2,40%
41	Uppsamlat och renat vatten	44	1	2,30%

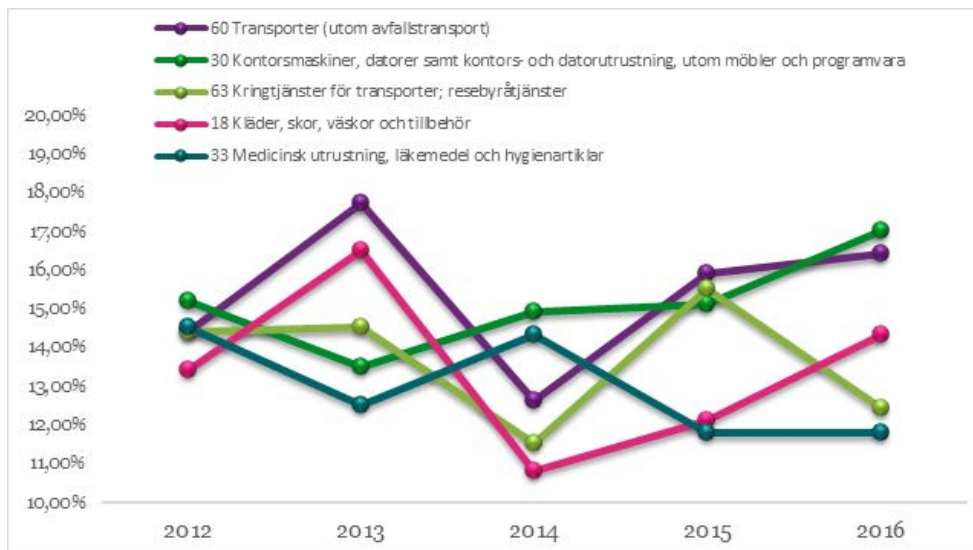
Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. En upphandling kan innehålla flera CPV-koder.

6.3 Överprövningar över tid

Tabell 33 visar andelen upphandlingar som har överprövats inom olika CPV-huvudgrupper över tid. Inom många CPV-huvudgrupper är utvecklingen över tid relativt oförändrad. Inom ett antal CPV-huvudgrupper är förändringen mellan enskilda år desto större. Inom CPV-huvudgruppen *Livsmedel, drycker, tobak och*

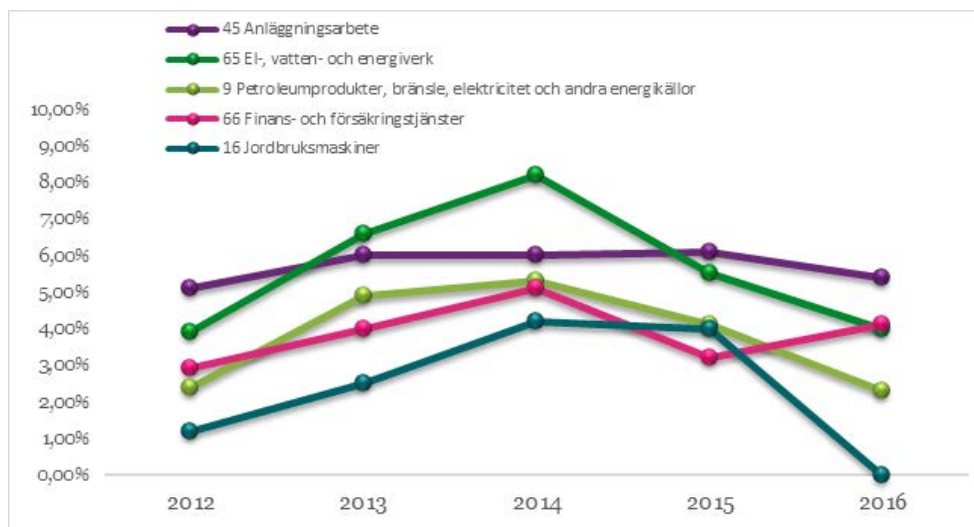
dylikt har till exempel andelen överprövade upphandlingar under tidsperioden minskat med drygt 8 procentenheter.

Diagram 24. Förändring över tid för de fem CPV-huvudgrupper som har högst andel överprövade upphandlingar under tidsperioden 2012–2016



Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Diagram 25. Förändring över tid för de fem CPV-huvudgrupper som har lägst andel överprövade upphandlingar under tidsperioden, 2012–2016⁴¹



Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

CPV-huvudgrupper med färre än 500 annonserade upphandlingar har exkluderats ur redovisningen. Det gäller CPV-huvudgrupperna 41 *Uppsamlat och renat vatten*, 14 *Gruvprodukter, basmetaller och tillhörande produkter* och 76 *Tjänster för olje- och gasindustrin*.

Tabell 33. Andelen överprövade upphandlingar efter CPV-huvudgrupp, 2012–2016

CPV-huvud-grupp	Benämning	2012	2013	2014	2015	2016	Förändring 2012–2016
03	Jordbruks-, jakt-, fiske- och skogsbruksprodukter samt tillhörande produkter	7,5%	8,8%	6,4%	7,9%	10,4%	2,9%
09	Petroleumprodukter, bränsle, elektricitet och andra energikällor	2,4%	4,9%	5,3%	4,1%	2,3%	-0,1%
14	Gruvprodukter, basmetaller och tillhörande produkter	5,4%	4,3%	4,7%	2,2%	1,3%	-4,1%
15	Livsmedel, drycker, tobak och dylikt	14,2%	12,2%	11,9%	5,9%	6,3%	-8,0%

⁴¹ CPV-huvudgrupperna 41 *Uppsamlat och renat vatten*, 14 *Gruvprodukter, basmetaller och tillhörande produkter* och 76 *Tjänster för olje- och gasindustrin* har exkluderats ur diagrammet eftersom det genomförs så få upphandlingar varje år inom dessa kategorier att även ett fåtal överprövningar kan ge mycket stora utslag i statistiken.

16	Jordbruksmaskiner	1,2%	2,5%	4,2%	4,0%	0,0%	-1,2%
18	Kläder, skor, väskor och tillbehör	13,4%	16,5%	10,8%	12,1%	14,3%	0,9%
19	Skinns och textilier, plast- och gummimaterial	20,3%	12,3%	9,5%	10,8%	6,3%	-14,0%
22	Trycksaker och tillhörande produkter	10,8%	11,9%	10,8%	16,7%	12,6%	1,8%
24	Kemiska produkter	12,0%	8,4%	12,6%	6,4%	4,6%	-7,4%
30	Kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datorutrustning, utom möbler och programvara	15,2%	13,5%	14,9%	15,1%	17,0%	1,8%
31	Elektriska maskiner, apparater och förbrukningsvaror samt elektrisk utrustning; belysning	4,7%	8,8%	7,9%	9,2%	7,9%	3,2%
32	Radio-, televisions-, kommunikations- och telekommunikationsutrustning samt tillhörande utrustning	12,5%	9,0%	8,9%	8,2%	10,4%	-2,1%
33	Medicinsk utrustning, läkemedel och hygienartiklar	14,5%	12,5%	14,3%	11,8%	11,0%	-3,5%
34	Transportutrustning och transporthjälpmedel	7,2%	6,8%	6,1%	6,2%	5,3%	-1,8%
35	Säkerhets-, brandbekämpnings-, polis- och försvarsutrustning	12,2%	8,6%	9,5%	12,8%	16,5%	4,3%
37	Musikinstrument, sportartiklar, spel, leksaker, hantverk, konsthantverksmateriel och tillbehör	7,8%	8,8%	6,6%	8,2%	9,9%	2,1%
38	Laboratorieutrustning, optisk utrustning och precisionsutrustning (exkl. glas)	6,6%	5,8%	7,8%	7,6%	7,9%	1,3%
39	Möbler (inkl. kontorsmöbler), inredning, hushållsapparater (exkl. belysning) och rengöringsprodukter	14,1%	13,2%	11,8%	10,3%	11,9%	-2,2%
41	Uppsamlat och renat vatten	0,0%	0,0%	0,0%	16,7%	0,0%	0,0%
42	Industrimaskiner	6,9%	7,9%	9,9%	10,3%	8,1%	1,3%
43	Maskiner för brytning och byggnadsarbeten	5,6%	4,9%	7,9%	9,0%	5,2%	-0,4%
44	Konstruktioner och konstruktionsmaterial; konstruktionshjälpmedel (utom el-utrustning)	7,2%	6,1%	6,6%	7,2%	7,5%	0,3%
45	Anläggningsarbete	5,1%	6,0%	6,0%	6,1%	5,4%	0,4%
48	Programvara och informationssystem	13,7%	10,2%	11,1%	12,6%	8,6%	-5,0%
50	Reparation och underhåll	8,5%	9,8%	9,3%	9,2%	9,8%	1,3%
51	Installation (utom programvara)	7,6%	5,1%	6,9%	6,0%	5,8%	-1,8%
55	Hotell-, restaurang- och detaljhandelstjänster	11,8%	11,1%	9,8%	10,6%	7,0%	-4,9%
60	Transporter (utom avfallstransport)	14,4%	17,7%	12,6%	15,9%	16,4%	2,0%
63	Kringtjänster för transporter; resebyråttjänster	14,4%	14,5%	11,5%	15,5%	12,4%	-2,0%
64	Post- och telekommunikationstjänster	19,6%	6,8%	9,2%	8,3%	9,9%	-9,7%
65	El-, vatten- och energiverk	3,9%	6,6%	8,2%	5,5%	4,0%	0,2%
66	Finans- och försäkringstjänster	2,9%	4,0%	5,1%	3,2%	4,1%	1,2%
70	Tjänster avseende fast egendom	4,6%	4,5%	6,0%	10,3%	6,6%	2,0%
71	Arkitekt-, bygg-, ingenjör- och besiktningstjänster	6,7%	7,1%	7,2%	6,6%	5,8%	-1,0%
72	IT-tjänster: konsultverksamhet, programvaruutveckling, Internet och stöd	11,0%	8,6%	11,0%	10,6%	8,0%	-3,0%

73	FoU-tjänster samt tillhörande konsulttjänster	6,5%	5,5%	6,8%	8,4%	3,0%	-3,5%
75	Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster	9,6%	11,0%	12,6%	10,1%	10,7%	1,0%
76	Tjänster för olje- och gasindustrin	1,8%	8,8%	0,0%	6,7%	5,7%	3,9%
77	Jordbruks-, skogsbruks-, trädgårds-, vattenbruks- och biodlingstjänster	7,2%	10,0%	9,6%	6,9%	7,2%	0,0%
79	Företagstjänster: lagstiftning, marknadsföring, rådgivning, rekrytering, tryckning och säkerhet	11,5%	10,7%	11,0%	9,2%	8,6%	-2,9%
80	Undervisning och utbildning	13,2%	9,6%	10,2%	13,0%	9,4%	-3,8%
85	Hälsa- och sjukvård samt socialvård	10,9%	13,3%	10,8%	8,3%	13,1%	2,3%
90	Avlopps- och avfallshantering, sanering och miljötjänster	8,9%	8,7%	9,4%	9,7%	8,3%	-0,6%
92	Fritids-, kultur- och sporttjänster	12,7%	11,2%	10,3%	10,3%	9,4%	-3,2%
98	Andra samhälleliga och personliga tjänster	12,0%	13,6%	12,4%	11,3%	10,1%	-1,9%

Källa: Visma (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

6.4 Varför vissa branscher har högre andel överprövningar än andra

Av statistiken framgår tydligt att det finns skillnader i andelen överprövningar mellan olika branscher och segment. Enbart utifrån statistiken är det dock svårt att dra några slutsatser om varför vissa branscher har högre andel överprövade upphandlingar än andra. Förmodligen har detta förklaringar som är helt eller delvis specifika för varje bransch och marknad.

De intervjuer som har genomförts med ombud och leverantörer tyder på att det finns en rad faktorer som kan påverka överprövningsbenägenheten i en bransch. Betydelsen av dessa faktorer kan vara mer eller mindre framträdande i olika branscher och variera över tid. Det kan till exempel handla om konkurrenssituationen, branschmogenhet, om offentlig sektor är den enda köparen, eller om det är en bransch med komplexa upphandlingar och brukligt med omfattande kravställningar.

När det gäller konkurrenssituationen har det framförts att överprövningsbenägenheten tenderar att vara högre när det är hård konkurrens. Det kan både avse branscher med ett fåtal aktörer som ofta lämnar anbud i samma upphandlingar, och branscher där det finns många anbudsgivare i varje upphandling.

En annan faktor som flera har pekat på vid intervjuerna är ”branschmogenheten” i den meningen att det kan vara svårt för upphandlande myndigheter att ställa krav

på upphandlingsföremålet, men också att leverantörer i branschen kan ha bristande kunskap om offentliga upphandlingar.

Vid intervjuerna har det även framförts att överprövningsbenägenheten kan öka när den offentliga sektorn är den enda köparen eller där det är vanligt att upphandla större ramavtal. Under sådana förutsättningar kan en förlorad upphandling slå hårt mot företaget. Även i en sådan situation kan det därför vara hård konkurrens om avtalen.

Vidare har det framförts att det kan vara fler överprövningar i branscher där det förekommer komplexa upphandlingar med många ska-krav som leverantörerna måste uppfylla.

Vid intervjuerna har det även framförts att enskilda händelser kan sätta igång överprövningar i en viss bransch. Det kan till exempel vara en ny aktör som påverkar hur marknadsdynamiken ser ut för tillfället eller att flera upphandlande myndigheter beslutar sig för att göra en samordnad upphandling som blir viktigare för leverantörerna att vinna.

Ibland talas det om att det finns en så kallad "överprövningskultur" i vissa branscher. Det är inget entydigt begrepp men vanligtvis åsyftas branscher som på grund av hög överprövningsbenägenhet ses som särskilt problematiska att upphandla inom. Intervjuerna tyder dock inte på att det finns något som kan beskrivas som en "överprövningskultur" och i sådana fall inom vilka branscher. Om en hög andel överprövningar ska tas som intäkt för att det finns en överprövningskultur bör det dock framhållas att denna andel kan förändras. Ett exempel är livsmedelsbranschen som av Upphandlingsutredningen 2011 lyftes fram som särskilt problematisk.⁴² I denna bransch har andelen överprövningar mer än halverats från 2012 till 2016, och den ligger för närvarande under genomsnittet för alla branscher. Vid intervjuerna har framkommit att flera leverantörer i branschen upplever att upphandlingsdokumenten och dialogen med de upphandlande myndigheterna har förbättrats, men också att ryktet som

⁴² SOU 2011:73, s. 164 ff.

problembransch blev en belastning. Det föranledde en självreglering bland leverantörerna.

6.5 Slutsatser

Det finns tydliga skillnader i andelen överprövningar mellan branscher. Dessa skillnader är inte konstanta utan kan variera över tid. Varför vissa branscher har högre andel överprövningar än andra är dock en komplex fråga där en rad aspekter som till exempel konkurrenssituationen och segmentering bland leverantörer inom olika områden av marknaden kan ha betydelse.

Andelen överprövade upphandlingar i en bransch måste även skiljas från antalet överprövade upphandlingar. Att anläggningsbranschen, som framgår ovan, har ett mycket stort antal överprövningar betyder inte att andelen överprövade upphandlingar är hög. Tvärtom ligger andelen överprövningar inom den branschen under genomsnittet. För upphandlande myndigheter kan därför andra branscher med högre andel överprövningar utgöra ett större problem. Detta utesluter naturligtvis inte att det stora antalet överprövningar kan vara förenat med stora kostnader för samhället.

7. Kartläggning av överprövning av avtals giltighet

7.1 Inledning

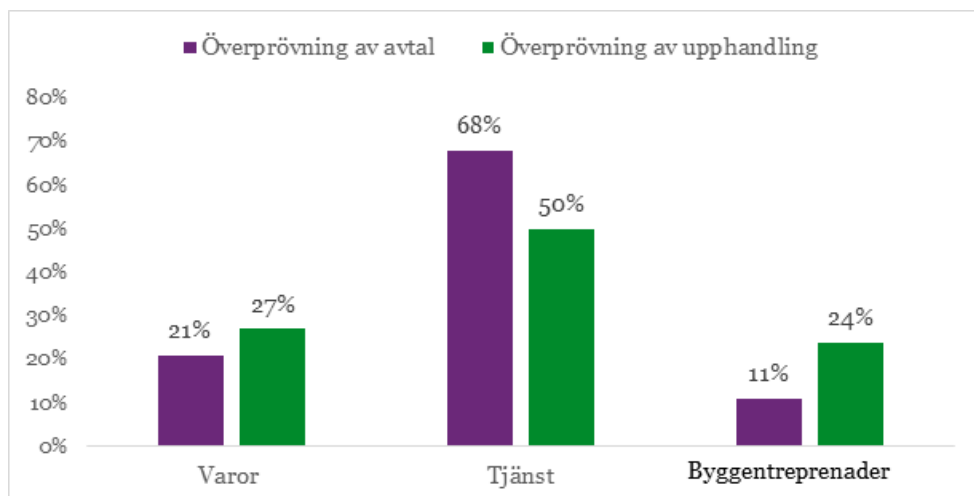
Avgöranden om avtals giltighet skiljer sig från avgöranden om överprövning av upphandlingar eftersom de berör förhållanden efter ett avtals ingående. En stor del av dessa avgöranden avser direktupphandlingar och upphandlingar som genomförts med tillämpning av reglerna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Sådana upphandlingar annonseras vanligtvis inte och därför saknas de i den kartläggning av överprövade upphandlingar som genomförts. En särskild kartläggning har därför genomförts av samtliga 103 avgöranden som rör ett avtals giltighet från åren 2015 och 2016. Redovisningen baseras på den metod som beskrivs i avsnitt 2.3.3.

I detta kapitel redovisas och analyseras bland annat på vilka grunder överprövning av ett avtals giltighet sker och i vilken utsträckning som en leverantör har vunnit framgång med att åberopa en viss grund. Vidare redogörs för i vilken utsträckning upphandlande myndigheter och leverantörer har företrätts av juridiska ombud i överprövningarna och hur denna omständighet förhåller sig till att parterna vunnit framgång och till benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden.

7.2 Bygg-, tjänste- och varuupphandlingar

De flesta upphandlingar där avtalets giltighet har överprövats – 68 procent – har avsett tjänsteupphandlingar. Andelen varuupphandlingar uppgår till 21 procent medan antalet byggupphandlingar uppgår till 11 procent. Om man jämför med kartläggningen av överprövade upphandlingar är skillnaderna störst avseende tjänste- och byggupphandlingar. Där var andelen överprövade tjänsteupphandlingar 50 procent. Andelen byggupphandlingar uppgick till 24 procent, att jämföra med 11 procent när det gäller andelen överprövade avtal.

Diagram 26. Överprövning av avtals giltighet och överprövning av upphandling efter upphandlingstyp



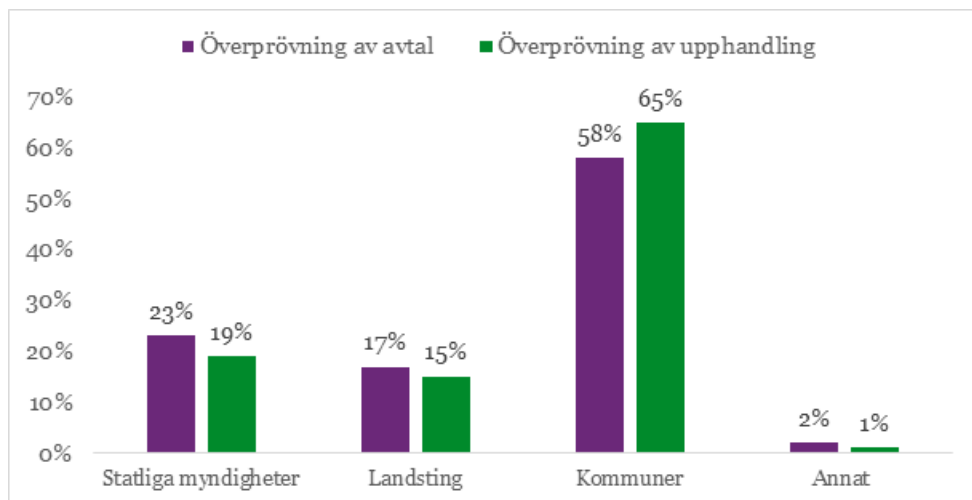
Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.
 Not: I tre avgöranden framgår inte vad upphandlingsföremålet är. Dessa har räknats bort.
 Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

7.3 Andel överprövningar efter myndighetstyp

Det är oftast kommuner som har varit föremål för talan om ett avtals giltighet. Även avseende offentliga bolag är kommunala bolag representerade i större utsträckning än statliga och landstingsägda bolag.⁴³ Om man jämför med resultatet i kartläggningen av överprövningar av upphandlingar så är andelarna mellan statliga myndigheter, landsting, kommuner och andra i princip överensstämmande.

⁴³ Kommuner förekom i 46 avgöranden, statliga myndigheter i 22 avgöranden och landsting i 13 avgöranden. Kommunala bolag förekom i 14 av 103 avgöranden men även statliga bolag (två avgöranden) och landstingsägda bolag (två avgöranden) har varit föremål för talan om avtals giltighet. I två avgöranden förekom Sametinget respektive SKL Kommentus AB vilka har kategoriserats som Annat.

Diagram 27 Överprövning av avtals giltighet och överprövning av upphandling efter myndighetstyp

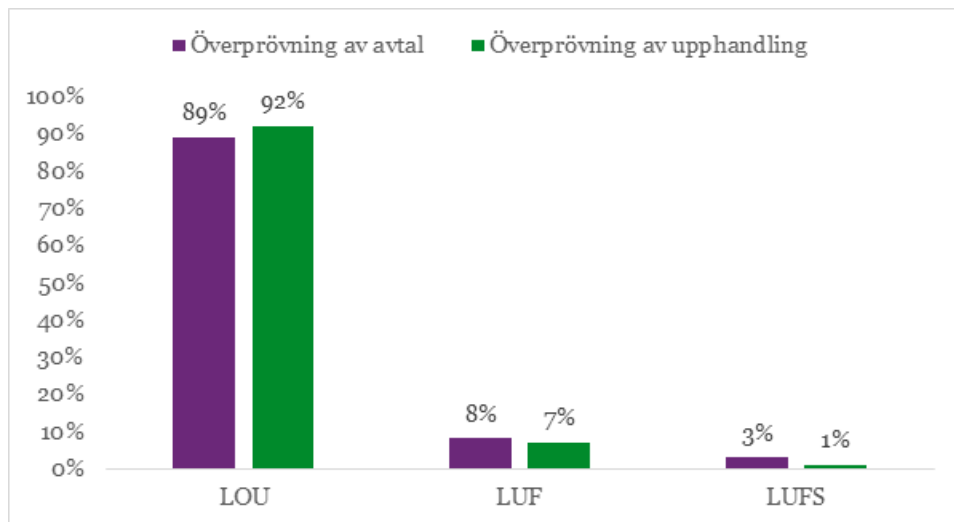


Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

7.4 Andel överprövningar efter lag

Fördelningen mellan respektive lag – LOU, LUF och LUFSS – visar att nio av tio ansökningar om ett avtals giltighet rör påstådda överträdelser av LOU. Andelarna för respektive lag överensstämmer i stora drag med fördelningen efter lag för kartläggningen av överprövningar av upphandlingar.

Diagram 28. Överprövning av avtals giltighet och överprövning av upphandling efter lag



Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

7.5 Grunder vid överprövningar av avtals giltighet

7.5.1 Vanligaste skäl för ansökan om överprövning av avtals giltighet

Avtal kan förklaras ogiltigt på tre olika grunder:

- Upphandlingen har inte annonserats trots att annonseringsskyldighet föreläggat (nedan kallat utebliven annonsering)
- Felaktigt genomförd förnyad konkurrensutsättning (nedan kallat avrop)
- Avtal har tecknats trots avtalsspärr, interimistiskt beslut eller innan tilldelningsmeddelandet skickats ut (nedan kallat *avtalsspärr*).

Den största antalet, 75 avgöranden, avser ansökningar om avtals ogiltighet på grund av utebliven annonsering. Detta motsvarar cirka 73 procent. Vidare avser nio ansökningar överträdelser av avtalsspärr, tio ansökningar avser avrop från ramavtal i strid med villkoren för förnyad konkurrensutsättning och två ansökningar avser en blandning av olika typer av överträdelser. I sju avgöranden framgår det inte vad som anförts och någon sakprövning har inte gjorts.

Tabell 34 Grunder vid överprövning av ett avtals giltighet

Grund	Antal	Andel
Avrop	10	10%
Avtalsspärr	9	9%
Utebliven annonsering	75	73%
<i>Varav Direktupphandling</i>	35	34%
<i>Varav Förhandlat förfarande utan föregående annonsering</i>	40	39%
Övrigt	2	2%
Framgår inte	7	7%
Totalt	103	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Procent redovisas som heltal och summerar därför inte till 100 procent.

7.5.2 Skäl för att genomföra upphandling utan annonsering

Det är svårt att utläsa specifika mönster beträffande vilka skäl den upphandlande myndigheten haft för att genomföra direktupphandlingar eller upphandlingar med förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I 26 av de 75 avgörandena har de upphandlande myndigheterna framfört att synnerlig brådska alternativt synnerliga skäl har förelegat som förklaring till att annonsering uteblivit. I 16 avgöranden argumenterar den upphandlande myndigheten för att anskaffningen varit under direktupphandlingsgränsen.

Upphandlande myndigheten har i 12 avgöranden gjort förändringar av avtal utan att den upphandlande myndigheten ansett att förändringen varit väsentlig. Att framföra tekniska eller konstnärliga skäl har endast anförts i ett fåtal avgöranden. Den upphandlande myndigheten argumenterar även i vissa fall för att anskaffningen inte omfattas av upphandlingslagarnas tillämpningsområde, till exempel för att hyres- eller teleundantaget är tillämpligt.

Det har i fyra avgöranden anförts en kombination av synnerliga skäl eller synnerlig brådska och att anskaffningen har varit under direktupphandlingsgränsen. Sammantaget har dessa tre typer av skäl förekommit i 38 av de 75 avgörandena.

I cirka en tredjedel av dessa 38 avgöranden, 13 stycken, har det framgått av avgörandet att det varit fråga om täckningsköp på grund av att ett annonserat upphandlingsförfarande har blivit överprövat. Det kan dock inte uteslutas att det kan vara fråga om fler överprövningar som rör täckningsköp, men detta har inte framkommit i avgörandena.

Även om grund för ogiltighet föreligger ska domstolen ändå inte ogiltigförklara avtalet om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, utan låta avtalet få bestå. Av de 13 avgöranden där det framgick att det varit fråga om ett täckningsköp med anledning av en överprövningsprocess har domstolen funnit att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänt intresse i nästan hälften av fallen.

Det är vidare svårt att utläsa något mönster beträffande när en upphandlande myndighet anför tvingande hänsyn till allmänintresse som skäl för att avtalet ska få bestå. Vissa upphandlingsföremål, till exempel transporter och personlig skyddsutrustning, står ut som fall där det har bedömts finnas tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I dessa avgöranden har domstolen tagit hänsyn till den samhällsfunktion som är kopplad till upphandlingsföremålet samt till människors liv och hälsa.

Tabell 35. Förekomst av täckningsköp och tvingande hänsyn

	Täckningsköp, antal	Täckningsköp andel	Tvingande hänsyn, antal	Tvingande hänsyn, andel
Ja	13	34%	6	46%
Nej	25	66%	7	54%
Totalt	38	100%	13	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

7.6 Utgång i förvaltningsrätt

Av samtliga 103 avgöranden har förvaltningsrätten avslagit 56 ansökningar. I dessa 56 ingår 12 avgöranden där avtalet har fått bestå med hänsyn till ett tvingande allmänintresse trots att det har förelegat en grund för ogiltighet.

83 av 103 avgöranden har prövats i sak. Grund för ogiltigförklaring har förelegat i 39 avgöranden. Dessa 39 avgöranden utgörs av 27 avtal som ogiltigförklarats och 12 avtal som har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det är alltså i nära hälften av alla avgöranden som har prövats i sak som en leverantör har haft fog för sin ansökan om att ett avtal ska ogiltigförklaras, vilket är en högre andel än för överprövning av en upphandling.

Tabell 36. Utgång i förvaltningsrätt för överprövning av avtals giltighet

Utgång i FR	Antal	Andel
Avslag	56	54%
Ogiltigförklaring	27	26%
Ej sakprövat	20	20%
Totalt	103	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

7.7 Överklagade avgöranden

Av förvaltningsrättens avgöranden som överklagats har drygt hälften, 54 procent, inte fått prövningstillstånd i kammarrätt.⁴⁴ Sammanräknat med avskrivning och avvisning uppgår andelen avgöranden som inte har prövats i sak till 64 procent. En inte obetydlig andel, 37 procent, prövas i sak, vilket är något högre än vad som gäller för överprövning av upphandling.

Tabell 37. Överklagade förvaltningsrättsavgöranden efter utgång i kammarrätt

Utgång i KR	Antal	Andel
Avslag/förvaltningsrättens dom står fast	10	24%
Avslag till ansökan/upphävande av förvaltningsrättens dom	2	5%
Ogiltigförklaring/ändring av förvaltningsrättens dom	3	7%
Ej sakprövat	4	10%

⁴⁴ Se avsnitt 1.3 Rättsmedel och domstolsprocessen gällande i vilka fall kammarrätten beviljar prövningstillstånd.

Ej PT	22	54%
Totalt	41	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Liksom vid förvaltningsrättens avgöranden om upphandling överklagar leverantörer till kammarrätt oftare än upphandlande myndigheter och upphandlande myndigheter beviljas oftare prövningstillstånd.⁴⁵ I 13 fall har kammarrättsavgöranden överklagats till HFD varav 2 avgöranden beviljades prövningstillstånd.

Tabell 38 Överklagade kammarrättsavgörande efter utgång i HFD

Utgång i HFD	Antal	Andel
Avslag	1	8%
Ej PT	8	62%
Ej PT och avvisning av resningsansökan	3	23%
Undanröjer KR-dom och PT i den del av målet som vilandeförklarats	1	8%
Totalt	13	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

Av de avtal som kartläggningen omfattade så ogiltigförklarades 25 procent efter att prövningen hade slutförts.

Tabell 39 Slutlig utgång efter prövning i samtliga instanser

Utgång	Antal	Andel
Inget ingripande	77	75%
Ogiltigförklarat avtal	26	25%
Total	103	100%

⁴⁵ Av de 41 överklagade förvaltningsrättsavgörandena har leverantörer överklagat 30 avgöranden och upphandlande myndigheter nio avgöranden. I ytterligare två avgöranden har både den upphandlande myndigheten och leverantören överklagat.

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017
Not: I *Inget ingripande* ingår avgöranden som inte har prövats i sak samt avgöranden där avtalet fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

7.8 Juridiska ombud vid avgöranden om avtals giltighet

7.8.1 Leverantörer och ombud

Det är vanligare att leverantörer företräds av juridiska ombud än att de inte gör det. Av tabellen framgår att leverantör har använt sig av juridiskt ombud i 69 av de 103 avgörandena, vilket motsvarar 67 procent. Av dessa 69 avgöranden blir cirka fyra av fem avgöranden prövade i sak men lite under hälften får avslag.

Efter en slutlig prövning har avtalet ogiltigförklarats i 21 av de 69 avgöranden då leverantörer företräds av ombud, vilket motsvarar 30 procent. I ytterligare 12 avgöranden har det funnits grund för ogiltigförklaring av avtalet men det har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

I de 34 avgöranden där leverantören inte har använt sig av ombud har avtalet ogiltigförklarats i fem avgöranden och inget ingripande har därmed skett i 29 avgöranden. Leverantörer som företräds av juridiska ombud har således vunnit framgång i högre utsträckning än leverantörer som inte har företräts av juridiska ombud.

Tabell 40 Slutlig utgång efter förekomst av juridiska ombud hos leverantören

Slutlig utgång	Har ombud, antal	Har ombud, andel	Inget ombud, antal	Inget ombud, andel
Ogiltigförklaring	21	30%	5	15%
Inget ingripande	48	70%	29	85%
Total	69	100%	34	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

7.8.2 Myndigheter och ombud

Myndighet har använt sig av juridiska ombud i 29 av 103 slutliga avgöranden. Av dessa har avtalet ogiltigförklarats i sex avgöranden och fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse i fem avgöranden.

I 74 av 103 avgöranden har myndigheten inte använt sig av juridiska ombud. Av dessa har avtalet ogiltigförklarats i 20 avgöranden och i 54 har därmed inget ingripande skett. Avtalet har fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse i sju avgöranden.

Det tycks inte föreligga någon väsentlig skillnad för myndigheten när den företräds av juridiska ombud eller inte.

Tabell 41 Slutlig utgång efter förekomst av ombud hos myndigheten

Slutlig utgång	Har ombud, antal	Har ombud, andel	Inget ombud, antal	Inget ombud, andel
Ogiltighet	6	21%	20	27%
Inget ingripande	23	79%	54	73%
Total	29	100%	74	100%

Källa: Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

7.9 Slutsatser

Då det endast förekommit 103 avgöranden avseende överprövning av avtals giltighet under 2015 och 2016, kan det antas finnas ett mörkertal avseende upphandlingar som inte annonserats, både vad gäller tillåtna och otillåtna direktupphandlingar. Sannolikt blir många direktupphandlingar inte föremål för prövning och därmed kan inte en kartläggning som rör bli uttömmande.

Att det inte förekommer fler prövningar om avtals giltighet skulle kunna bero på att icke annonserade upphandlingar inte alltid kommer konkurrerande leverantörer till kännedom, och i de fall de kommer till kännedom finns en osäkerhet om möjligheten att tilldelas avtalet. Denna osäkerhet är större än vid en överprövning av en upphandling. Vid en ansökan om överprövning av upphandling kan den klagande leverantören i många situationer förutse sina möjligheter att tilldelas avtalet om den vinner bifall i domstol, till exempel beroende på sin plats i utvärderingen. Vid en talan om ogiltighet är det avtalet som ogiltigförklaras. Om myndigheten då väljer att annonsera en ny upphandling kan den leverantör som väckt talan i så fall välja att delta, dock utan att veta vilka möjligheter den har att tilldelas avtalet i det nya upphandlingsförfarandet.

När det gäller avtal som ingåtts utan föregående annonsering kan det dessutom vara svårt att inom lagens tidsfrister upptäcka och begära överprövning av avtalet. Det kan även bero på att det är fråga om ett relativt nytt rättsmedel, som eventuellt inte är lika väl känt som överprövning av en upphandling, vilket kan påverka benägenheten att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.⁴⁶

I nära hälften av de avgöranden som har prövats i sak har förvaltningsrätterna funnit att förutsättningar för ogiltighet har förelegat. I och med detta konstateras att det finns en överträdelse av upphandlingslagarna i nästan hälften av avgörandena, vilket är en högre andel än vid överprövning av upphandling. Det är dock så att vissa avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn och registreras därför som avslag.

Det är vanligt att leverantörer låter sig företräddas av juridiska ombud vid prövningar av ett avtals giltighet. Det förekommer i 67 procent av avgörandena jämfört med knappt hälften av avgöranden beträffande överprövning av en upphandling. En högre andel av leverantörerna som företräds av juridiska ombud vinner framgång i domstol. Även myndigheter som företräds av juridiska ombud vinner framgång i domstol något oftare, men inte i lika stor utsträckning som leverantörerna.

⁴⁶ Överprövning av ett avtals giltighet infördes med de förändringar av rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen som trädde i kraft den 15 juli 2010. Se vidare avsnitt 1.3 Rättsmedel och domstolsprocessen.

8. Handläggningstid i domstol

8.1 Inledning

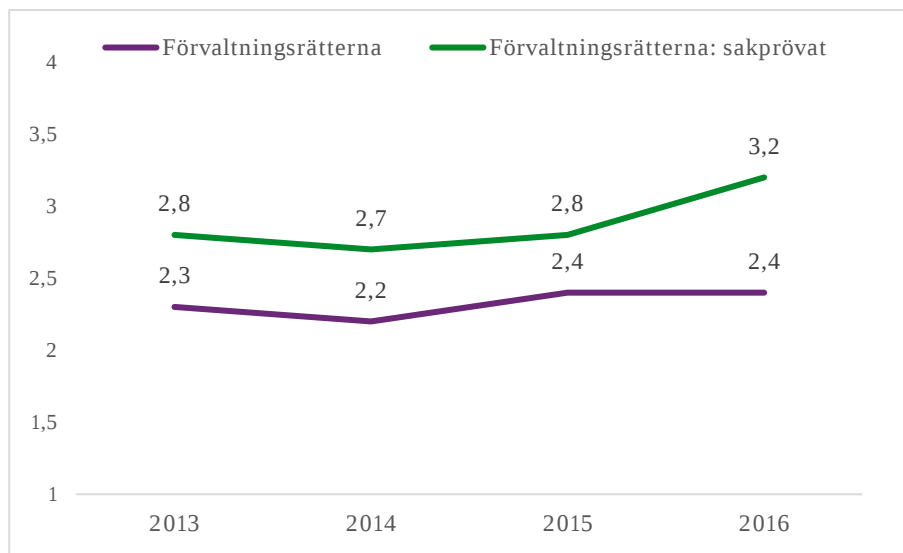
Detta kapitel redogör för handläggningstider i domstol och syftar till att ge en kompletterande bild av handläggningstiden i domstol till Domstolsverkets statistik. Av intervjuer som genomförts framgår att handläggningstiden i domstol upplevs som ett problem för såväl leverantörer som för upphandlande myndigheter. Många av de som intervjuats upplever att handläggningstiden är längre än statistiken från Domstolsverket ger uttryck för och att handläggningstiden även kan vara oförutsägbar. En kartläggning av handläggningstider i domstol har genomförts. Analysen utgår från den kartläggning av överprövade upphandlingar som redovisas i avsnitt 2.1. Underlaget omfattar 500 överprövade upphandlingar för år 2016.

8.2 Domstolsverkets statistik om handläggningstider i förvaltningsrätt

Domstolsverkets uppgifter om handläggningstider visar hur lång tid det tar från att ett mål om överprövning inkommer till en domstol tills domstolen fattat beslut. Den genomsnittliga handläggningstiden för upphandlingsmål i förvaltningsrätterna var 2,4 månader 2016. Sedan 2013 har den genomsnittliga handläggningstiden varit drygt 2 månader. Denna siffra innefattar mål som avslutats genom avvisning, avskrivning eller som är överlämnade till annan domstol där handläggningstiden i regel är avsevärt kortare än för mål som blir prövade i sak.

För mål som sakprövades i förvaltningsrätt var handläggningstiden 2016 i genomsnitt 3,2 månader. För de mål som blivit sakprövade har sedan 2013 den genomsnittliga handläggningstiden varit drygt 3 månader. Noterbart är att handläggningstiden för det upphandlingsmål som tog längst tid i förvaltningsrätterna under 2016 uppgick till 20,8 månader.

Diagram 29 Genomsnittlig handläggningstid i mål om överprövning i förvaltningsrätterna (månader), 2013–2016



Källa: Domstolsverket (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

8.3 Längre handläggningstid för mål som överklagas till högre instans

I fyra av fem överprövningar avslutas domstolsprocessen när förvaltningsrätten har avgjort målet. Om myndigheten får rätt i sak kan avtal tecknas när tiodagarsfristen har löpt ut, om inte ett överklagande har kommit in eller kammarrätten fattat interimistiskt beslut.

Knappt vart femte av de mål som avgörs i förvaltningsrätterna blir överklagade till kammarrätt. Totalt 307 mål beviljades prövningstillstånd och sakprövades i en kammarrätt under 2016.

Om ett mål överklagas till högre instans innebär det i regel att den sammanlagda handläggningstiden blir betydligt längre. För de mål som överklagades till kammarrätten och som sakprövades var handläggningstiden i genomsnitt ytterligare 3,2 månader från det att målet inkom till kammarrätten till det att målet slutligen avgjordes.

För mål som inte beviljades prövningstillstånd var handläggningstiden i genomsnitt 1,5 månader i kammarrätten från det att överklagandet inkom till det att det avgjordes.

Under 2016 fattade Högsta förvaltningsdomstolen beslut i 151 upphandlingsmål, men endast 9 av de mål som blev överklagade till Högsta förvaltningsdomstolen blev prövade i sak. Ungefär hälften av besluten i sakprövade mål innebar att det tidigare beslutet fastställdes och hälften att det ändrades. Den genomsnittliga handläggningstiden i Högsta förvaltningsdomstolen för dessa mål var 14,7 månader. Detta är en kraftig ökning jämfört med 2015 då de sex ärenden som sakprövades hade en genomsnittlig handläggningstid på 4,4 månader. Eftersom antalet ärenden är så litet ger ett enskilt ärende mycket stort utslag på den genomsnittliga handläggningstiden. Förändringen kan bero på en generell ökning av handläggningstiderna eller på att ett fåtal ärenden har haft en lång handläggningstid. Den längsta handläggningstiden har ökat från 11,6 till 18,2 månader.⁴⁷

Tabell 42 Handläggningstid (månader) i domstol, 2016

Instans	Antal	Andel av ärendena i förvaltningsrätt	Genomsnittlig handläggningstid	Längsta handläggningstid
Förvaltningsrätterna	3 737	100,0 %	2,4	20,8
Kammarrätterna – prövningstillstånd inte beviljat	429	11,5 %	1,5	6,8
Kammarrätterna – sakprövning	307	8,2 %	3,2	16
Högsta förvaltningsdomstolen - prövningstillstånd inte beviljat	142	3,8 %	2	12,9
Högsta förvaltningsdomstolen – sakprövning	9	0,2 %	14,7	18,2

Källa: Domstolsverket (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017.

8.4 Handläggningstid i domstol beräknat per annonserad upphandling

Till skillnad från den statistik som presenteras i den här rapporten utgår Domstolsverket uppgifter om handläggningstider från registrerade mål och inte ansökningar om överprövning. Eftersom en ansökan kan registreras som flera mål

⁴⁷ Se Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5 och Konkurrensverkets rapport 2017:11 Statistik om offentlig upphandling 2017.

finns det emellertid en risk för att enskilda ansökningar kan få mycket stor påverkan på statistiken. Därför har en kartläggning gjorts av hur lång tid det tar från att en upphandlande myndighet har meddelat tilldelningsbeslut till att överprövningsprocessen har avslutats. Undersökningen omfattar prövningen i samtliga instanser men har begränsats till upphandlingar där en ansökan om överprövning blivit prövad i sak. Det innebär att bland annat avskrivnings- och avvisningsbeslut inte tagits med i statistiken.

I denna undersökning har utgångspunkten varit urvalet av överprövade upphandlingar under 2016. För mer information se avsnitt 2.1. Urvalet för 2016 omfattar totalt 500 överprövade upphandlingar. I 319 av dessa 500 upphandlingar har uppgifter funnits om både när tilldelningsbeslutet och det sista avgörandet som hör till upphandlingen meddelades.

Den genomsnittliga överprövningstiden har i dessa fall uppgått till cirka 125 dagar. I denna tid ingår även tiden för avtalsspärr efter tilldelningsbeslutet. Bortses från 10 dagar för avtalsspärren så avviker den genomsnittliga överprövningstiden mindre än 30 dagar från Domstolsverkets statistik för mål prövade i sak i förvaltningsrätt. Spridningen har dock varit stor. Av de överprövade upphandlingarna hade 10 procent en kortare handläggningstid än 54 dagar medan 10 procent hade en längre handläggningstid än 218 dagar.

8.5 Slutsatser

En överprövning innebär att upphandlingsprocessen stannar upp eftersom den vinnande leverantören och den upphandlande myndigheten normalt sett inte får ingå avtal förrän handläggningen i domstolen är avslutad. Det kan innebära bekymmer, inte bara för den upphandlande myndighet som genomför upphandlingen utan även för den leverantör som inte vet om den kommer att ingå avtal eller inte. Det har framförts under intervjuerna att såväl upphandlande myndigheter som leverantörer upplever att det är svårt att förutse handläggningstiden i domstol, vilket skapar osäkerhet och gör det svårt att planera verksamheten på ett bra sätt.

För mål som blev sakprövade i förvaltningsrätt var handläggningstiden 2016 i genomsnitt 3,2 månader. Eftersom en ansökan om överprövning kan ge upphov till flera mål har det även kartlagts hur lång tid det tar från att en upphandlande myndighet har meddelat tilldelningsbeslut till att överprövningsprocessen har avslutats. Med detta sätt att beräkna tiden för överprövningsprocessen var genomsnittet för sakprövade avgöranden 2016 drygt fyra månader. Med detta inte

sagt att handläggningstiden i vissa fall kan bli avsevärt längre. Det gäller framförallt när domstolsavgöranden blir överklagade till högre instans.

Mot denna bakgrund bör det göras en bredare och mer grundlig kartläggning och analys än vad som har varit möjligt inom ramen för detta uppdrag. En sådan kartläggning kan bland annat omfatta handläggningstiden i domstol efter att skriftväxlingen mellan parterna är avslutad, samt vilka förseningar överprövningar i praktiken innebär för upphandlande myndigheter och leverantörer.

9. Överväganden inför ansökan om överprövning

9.1 Inledning

I detta kapitel behandlas frågan om vilka överväganden som görs inför en ansökan om överprövning och vid vilken tidpunkt en sådan ansökan bör ges in. Det redogörs även för vilka omständigheter som kan påverka dessa överväganden. Vidare redogörs för begreppet strategiska överprövningar och i vilken utsträckning sådana kan förekomma. Redovisningen baseras på underlag från intervjuer med leverantörer, ombud och upphandlande myndigheter. Samtliga överväganden och omständigheter som redogörelsen omfattar har framförts av minst en av de intervjuade.

9.2 Vilka överväganden görs inför en överprövning?

Inför ett beslut om att överpröva ställs en leverantör inför en rad såväl rättsliga som affärsmässiga överväganden. Det behöver inte vara en enskild faktor som är avgörande för leverantörens övervägande att överpröva, utan det kan vara flera faktorer som har betydelse. Nedan redogörs för ett antal faktorer som kan ha betydelse för ett sådant beslut, men det måste beaktas att varje överprövningssituation är unik.

9.2.1 Sannolikheten att nå framgång

För de flesta leverantörer har sannolikheten att nå framgång avgörande betydelse för beslutet att ansöka om överprövning. Få leverantörer överprövar om de inte anser att den upphandlande myndigheten har gjort något fel, och att de därför kan vinna upphandlingen genom en överprövning.

Det framgår av intervjuerna att det avgörande dock inte alltid behöver vara att vinna upphandlingen, utan det kan ibland vara att få en viss fråga prövad i domstol. Det kan till exempel röra sig om att det ställts krav i upphandlingen som leverantören inte vill ska spridas till andra upphandlingar och tvärtom kan förstås också risken för att skapa ny oönskad rättspraxis avhålla leverantörer från att överpröva. Under intervjuerna har det också framförts att risken för att upphandlingen avbryts eller måste göras om ofta har stor betydelse inför ett beslut att överpröva. Många gånger är en leverantör endast intresserad av att upphandlingen ska rättas. Så kan till exempel vara fallet om leverantören tilldelats ramavtal men vill förbättra sin plats i rangordningen.

9.2.2 Avtalets ekonomiska och strategiska värde

Det har framförts under intervjuerna att leverantörer kan vara mer benägna att ansöka om överprövning när det gäller avtal som har betydande ekonomiska eller strategiska värden. Ett exempel på avtal som kan ha stora ekonomiska eller strategiska värden är ramavtal eftersom dessa dels kan avse stora värden, dels kan "låsa" marknaden under en längre tid. Även avtal där det offentliga är den enda beställaren är exempel på sådana avtal som kan ha stort ekonomiskt och strategiskt värde för en leverantör.

För en leverantör kan förlusten av ett sådant avtal innebära att hela eller delar av verksamheten måste avvecklas. Flera ombud har också lyft fram att en leverantör som förlorat ett viktigt avtal kan välja att överpröva för att visa sin personal att de gjort vad de kunnat för att säkerställa att de inte förlorat avtalet på felaktiga grunder.

9.2.3 Kostnaderna för domstolsprocessen

Vid intervjuerna har det framförts att kostnaderna för domstolsprocessen kan ha betydelse för beslutet att ansöka om överprövning. Om den möjliga vinsten överstiger kostnaderna för en domstolsprocess kan det tala för att en leverantör väljer att överpröva. Eftersom domstolen inte heller tar ut några ansökningsavgifter och vardera parten betalar sina egna kostnader, till exempel ombudsarvoden, kan kostnaderna för domstolsprocessen vara små jämfört med den möjliga vinsten. Dessutom kan kostnaderna för att lämna anbud vara mycket höga. Eftersom bara upphandlingsvinnaren har möjlighet att få tillbaka dessa pengar blir det också en fråga om att antingen acceptera en ekonomisk förlust eller ansöka om överprövning för att ges möjlighet att vinna upphandlingen.

9.2.4 Tiden för domstolsprocessen

För en leverantör som överväger att ansöka om överprövning kan den tid som en domstolsprocess tar ha stor betydelse. En leverantör måste under hela domstolsprocessen vara beredd att åta sig uppdraget, ofta med relativt kort varsel. Detta innebär att leverantören har begränsade möjligheter att åta sig andra uppdrag under tiden eller ens lägga anbud i andra upphandlingar. Om överprövningen drar ut på tiden kan även andra problem dyka upp, till exempel om leverantörens underleverantörer ändrar sina priser. Tiden kan därför vara en viktig faktor för beslutet att överpröva.

Det har visat sig under intervjuerna att såväl leverantörer som upphandlande myndigheter upplever att det är svårt att förutse handläggningstiden i domstol.

Det gäller dels domstolsprocessen i sig, dels enskilda moment i handläggningen som till exempel tiden från att kommunikeringen har avslutats till att målet avgörs samt tiden för beslut om prövningstillstånd vid ett överklagande. Detta skapar osäkerhet och gör det svårt att planera verksamheten på ett bra sätt. Denna osäkerhet kan därför göra att leverantörer avstår från att överpröva upphandlingar.

9.2.5 Risken för försämrad relation med den upphandlande myndigheten

En leverantör som överväger att överpröva ställs inför risken att detta kan leda till en försämrad relation med den upphandlande myndigheten. Såvitt framgått av intervjuerna har detta främst betydelse när avtalet förutsätter ett nära samarbete mellan leverantören och den upphandlande myndigheten. Det bör dock beaktas att det kan förhålla sig så att den enhet inom den upphandlande myndigheten som upphandlar avtalet inte är den enhet leverantören kommer att arbeta med under utförandet av avtalet. När det gäller avtal som upphandlas centralt av en inköpscentral bör till exempel risken för att relationen med de avropsberättigade myndigheterna försämrats sannolikt försumbar eller åtminstone övergående.

9.3 Omständigheter som kan påverka beslutet att överpröva

9.3.1 Dialogen med den upphandlande myndigheten

Det har genomgående framkommit vid intervjuerna att dialogen med den upphandlande myndigheten är viktig för leverantörerna. Det gäller inte bara dialogen efter tilldelningsbeslutet, utan även dialogen före och under anbudstiden. Man anser att en bristfällig dialog kan vara en omständighet som leder till fler överprövningar.

Det har varit tydligt vid intervjuerna att många leverantörer upplever det som positivt att upphandlande myndigheter skickar ut RFI:er och förfrågningsunderlag på remiss före annonseringen. Tidig dialog är viktig eftersom det kan ge den upphandlande myndigheten bättre kunskap om upphandlingsföremålet och marknaden. Det kan också göra det lättare för den upphandlande myndigheten att ställa relevanta krav och undvika kravställningar som på ett onödigt sätt begränsar konkurrensen. Dialogen under anbudstiden är också viktig. Att den upphandlande myndigheten är lyhörd och svarar på frågor kan exempelvis göra att brister eller oklarheter uppmärksammas i ett tidigt skede. Men det har också framförts att leverantörer inte alltid utnyttjar möjligheten att ställa frågor fullt ut. Det kan till

exempel vara så att en leverantör bedömer att ställandet av en viss fråga skulle kunna avslöja dennes anbudsstrategi eller ge konkurrenterna andra fördelar.

Efter tilldelningsbeslutet är det viktigt att den upphandlande myndigheten kan förklara hur den har gjort vid kvalificeringen och utvärderingen. Ibland kan det vara svårt för anbudsgivarna att förstå hur den upphandlande myndigheten har resonerat. Om den upphandlande myndigheten upplevs som mottaglig för dialog och ser över påstådda felaktigheter så kan det minska risken för överprövningar.

9.3.2 Lättillgängliga rättsmedel

Flera av de intervjuade har framfört att den omständigheten att det är lätt för en leverantör att överpröva en offentlig upphandling kan vara en förklaring till att Sverige har förhållandevis många överprövningar. Det finns i princip inga formella krav som reglerar hur en ansökan om överprövning måste se ut. Domstolarna tar inte heller ut någon ansökningsavgift. Det innebär att tröskeln för att överpröva är låg.

9.3.3 Offentlighetsprincipen

Det har påpekats vid intervjuerna att offentlighetsprincipen kan vara en omständighet som medför att Sverige har en förhållandevis hög andel överprövningar av upphandlingar. Anledningen till det är att det är möjligt för leverantörer att begära ut och få tillgång till konkurrenters anbud, i den mån anbudet inte omfattas av sekretess. Det finns därför möjlighet att göra en mycket detaljerad kontroll av konkurrenternas anbud och den upphandlande myndighetens beslut.

9.3.4 På vilken nivå beslutet om överprövning fattas

Vid några intervjuer har det framförts att benägenheten att överpröva påverkas av på vilken nivå i företaget beslutet fattas. Ofta är det en ledningsfråga om en ansökan om överprövning ska lämnas in men det förekommer att beslutet fattas på lägre nivå. Hos några leverantörer där beslutsfattandet lyfts till ledningen har det lett till färre ansökningar om överprövning. Då kan andra faktorer väga tyngre för beslutet, som exempelvis företagets rykte och varumärke.

9.4 Tidpunkten när ansökan om överprövning ges in

Det är förhållandevis ovanligt att leverantörer ansöker om överprövning före tilldelningsbeslutet. Under den tidsperiod som studerats i kartläggningen var det bara drygt 3 procent av alla ansökningar om överprövning som lämnades in före tilldelningsbeslutet. Vid intervjuerna har framförts att en förklaring till att det inte

förekommer fler överprövningar innan tilldelningsbeslut är att det normalt saknas incitament att överpröva i det skedet av upphandlingsprocessen.

Det är i princip endast när det förekommer krav som omöjliggör för en leverantör att lämna anbud eller när en leverantör inte kvalificerat sig vid ett tvåstegsförfarande som de intervjuade har uppgett att det finns skäl att överpröva en upphandling före tilldelningsbeslutet.

9.4.1 Varför brister inte alltid påtalas under anbudstiden

En vanlig förekommande uppfattning vid intervjuerna med ombud och leverantörer har varit att det är först när tilldelningsbeslutet har meddelats som det står klart hur den upphandlande myndigheten har tillämpat ett visst krav, eller hur utvärderingsmodellen har fallit ut. Därför kan det vara först vid den tidpunkten som det finns tillräckligt med information för att bedöma om det finns anledning att begära överprövning. Det har också påtalats att bevisläget i vissa fall kan vara bättre efter tilldelningsbeslutet. Det gäller till exempel möjligheten att visa på bristande transparens om flera leverantörer har tolkat ett krav på olika sätt.

Det har även varit tydligt att många ombud och leverantörer anser att upphandlande myndigheter kan bli bättre på att svara på frågor under anbudstiden. I enstaka fall kan det krävas att leverantören ansöker om överprövning för att få den upphandlande myndigheten att reagera på påstådda felaktigheter. Samtidigt har det påpekats att det förekommer att leverantörer av affärsstrategiska skäl avstår från att ställa frågor, till exempel för att inte avslöja något om det egna företagets strategi i kalkylen och upphandlingen eller på något annat sätt vara till fördel för konkurrenterna. Att den upphandlande myndigheten inte ger tillfredställande svar kan bland annat bero på att den inte vill riskera att göra otillåtna väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget eller på annat sätt riskera att bryta mot likabehandlingsprincipen. En annan förklaring till detta skulle kunna vara att förfarandet i normalfallet är skriftligt vilket minskar möjligheterna till dialog.

Vid intervjuerna har det påpekats att det kan vara så att den som ansvarar för att lämna anbud saknar tillräckliga kunskaper om upphandlingsregelverket, och att det är först när leverantören låtit ett juridiskt ombud granska upphandlingen som det uppmärksammas att det finns ett fel i förfrågningsunderlaget.

Slutligen har även framkommit att det kan framstå som onaturligt för en leverantör att överpröva innan ett tilldelningsbeslut har fattats eftersom det är då

den upphandlande myndigheten fattat beslut och det är synligt hur utvärderingen gjorts och hur kraven tillämpats. Men det kan också, såvitt framkommit vid intervjuerna, helt enkelt vara så att en leverantör avvaktar med att ansöka om överprövning och hoppas på att vinna upphandlingen. Leverantörens tolkning av ett ottydligt krav kan ju visa sig överensstämma med den upphandlande myndighetens tolkning.

9.5 Hur hanterar upphandlande myndigheter situationen då en upphandling överprövas?

En upphandlande myndighet kan hantera en överprövningssituation på olika sätt. Om den upphandlande myndigheten bedömer att det finns fog för leverantörens invändningar kan den upphandlande myndigheten själv rätta något fel i upphandlingen, ändra tilldelningsbeslutet eller avbryta upphandlingen. Den upphandlande myndigheten kan också medge talan i domstol. Om den upphandlande myndigheten väljer att processa i domstol kan det bero på att de inte ansett sig begått något fel i upphandlingen eller anser sig ha goda möjligheter att vinna framgång. Det kan även bero på att den upphandlande myndigheten vill få en fråga prövad i domstol, till exempel att få en viss utvärderingsmodell prövad. Det har framförts vid intervjuerna att det som är mest avgörande för den upphandlande myndighetens beslut är verksamhetens behov.

9.6 Strategiska överprövningar

Så kallade strategiska överprövningar eller "okynnesöverprövningar" är något som förekommit i debatten om offentlig upphandling.⁴⁸ Det finns ingen fastställd definition av vad som ska anses utgöra en okynnesöverprövning. Med begreppet åsyftas dock vanligen överprövningsmål, där syftet är att fördröja eller förhindra avtalstecknandet med den vinnande anbudsgivaren, och inte att vinna det aktuella upphandlingskontraktet.⁴⁹ Det kan till exempel vara fråga om att en befintlig leverantör väljer att överpröva ett tilldelningsbeslut för att det befintliga avtalet ska fortsätta att generera intäkter under ytterligare en tid, eller att en leverantör

⁴⁸ Begreppet "strategiska överprövningar" används ibland mer eller mindre synonymt med "okynnesöverprövningar".

⁴⁹ Inom ramen för detta uppdrag har det inte kunnat utredas huruvida detta skulle vara vanligare på marknader med högt konkurrenstryck som till exempel oligopol, upphandlingar hos inköpscentraler eller kontrakt med stora värden.

överprövar för att genom en domstolsprövning fördröja och försvåra för en vinnande konkurrent att planera sin verksamhet eller helt enkelt att förhindra att vinnande leverantören ökar sina marknadsandelar.

Okynnesöverprövningar skulle även kunna avse fall där en leverantör överprövar av rent "okynne", det vill säga utan något kommersiellt syfte alls, för att leverantören på något sätt känner sig förfördelad av den upphandlande myndigheten.

Så kallade "okynnesöverprövningar" måste således skiljas från överprövningar där det primära syftet är att den klagande leverantören ska tilldelas upphandlingskontraktet.

9.6.1 Förekommer strategiska överprövningar?

De bakomliggande motiven till en ansökan om överprövning, eller de överväganden en leverantör gör inför en ansökan om överprövning, kan inte fastställas genom kartläggningen av avgöranden. Inom ramen för detta uppdrag har det inte varit möjligt att ta fram någon statistik över i vilken utsträckning sådana överprövningar som beskrivits ovan faktiskt förekommer.

Att det förekommer sådana överprövningar får dock sägas ha kunnat bekräftas genom de intervjuer som genomförts inom ramen för uppdraget. Däremot har det inte framkommit några indikationer på att detta skulle förekomma i någon större omfattning. Tvärtom talar resultatet av intervjuerna för att dessa överprövningar är ovanliga. Med det inte sagt att sådana överprövningar inte kan vara mer vanligt förekommande i vissa branscher, vissa typer av marknader eller för vissa typer av upphandlingar.

I intervjuerna har det framförts att förekomsten av sådana "okynnesöverprövningar" som i grunden ändå har ett affärsmässigt syfte har ett tydligt samband med hur starka ekonomiska incitament en leverantör har för att inleda en domstolsprocess.

Sammantaget beskrivs i intervjuerna att om den förväntade vinsten av en överprövning överstiger kostnaderna kan en leverantör antas ha incitament att överpröva ett tilldelningsbeslut, även om utsikterna att tilldelas kontraktet är mycket små. I grunden är det således frågan om en affärsmässig bedömning. Risker för överprövningar av den här typen ökar sannolikt ju större upphandlingens värde är och hur strategiskt viktig upphandlingen är för de enskilda leverantörerna. Det har även framkommit i intervjuerna att ekonomiska

incitament för befintlig leverantör att överpröva sannolikt skulle minska om handläggningstiden i domstol reduceras samt om upphandlande myndighet tar höjd för en eventuell överprövningstid, eftersom det då inte genereras en möjlighet att avtalet förlängs.

Men relationen till den upphandlande myndigheten spelar också en viktig roll i den samlade bedömningen inför en eventuell överprövning. Leverantören överväger noga vilken påverkan en överprövning kan få på relationen med den upphandlande myndigheten.

Vidare uppger leverantörer att relationen till andra konkurrenter spelar en viss roll, bland annat vad gäller anseende och den interna företagskulturen.

För leverantörer är dock ett rent ekonomiskt incitament inte en nödvändig förutsättning för att en överprövning av den här typen ska vara affärsmässigt försvarbar. För leverantören kan det handla om att, på grund av ett förlorat kontrakt riskera att behöva lägga ner hela eller delar av verksamheten. Det kan då finnas andra starka skäl för att ansöka om överprövning, till exempel för att visa företagets personal att ledningen gjort sitt yttersta och det har säkerställts att upphandlingen har gått rätt till. Det skulle kunna antas att de affärsmässiga övervägandena för leverantören i en sådan situation kan vara att få vederlagt att inga misstänkta upphandlingsrättsliga fel har begåtts.

En leverantör ställs inför en rad överväganden inför ett beslut att överpröva och det behöver inte vara en enskild faktor som är avgörande. Det måste även beaktas att varje upphandling och varje överprövningssituation är unik. Det är inte möjligt att bedöma vilka bakomliggande motiv en leverantör har haft för att överpröva endast genom att kartlägga domstolsavgöranden. Det har inte vid de genomförda intervjuerna framkommit några indikationer på att det skulle förekomma okynnesöverprövningar i någon större omfattning. Resultatet från intervjuerna talar för att dessa överprövningar är ovanliga.

9.7 Slutsatser

Det är svårt att dra några generella slutsatser angående vilka överväganden en leverantör gör inför ett beslut att överpröva eftersom varje överprövningssituation är unik. Det betyder att det inte behöver vara en enskild faktor som är avgörande för leverantörens övervägande att överpröva, utan det kan vara flera faktorer som har betydelse.

I grunden är det fråga om en affärsmässig bedömning. Sannolikhet att vinna framgång behöver därför inte vara särskilt hög för att motivera en leverantör att ansöka om överprövning. Den egna risken, i form av exempelvis kostnader för ombudsarvoden, kan vara förutsebar och lätt att ställa i relation till den förväntade vinsten. Det skulle därför kunna sägas att det ibland läggs större vikt vid affärsmässiga än rättsliga överväganden.

Av de omständigheter som framförts vid intervjuerna har framförallt dialogen mellan den upphandlande myndigheten och leverantörer framhållits som särskilt viktig för att undvika överprövningar. En bristande dialog kan leda till fler överprövningar. Men ansvaret för detta kan förstås inte ensamt läggas på de upphandlande myndigheterna. Det har exempelvis framförts vid intervjuerna med leverantörer att det förekommer att leverantörer av taktiska skäl inte alltid ställer frågor som skulle kunna reda ut oklarheter redan under anbudstiden.

När det gäller tidpunkten för en ansökan om överprövning är det ovanligt att ansökan ges in före tilldelningsbeslutet. Såvitt framgått av intervjuerna kan detta förklaras med att leverantörer normalt saknar incitament för att ansöka om överprövning i detta skede. Det har också framförts att det kan vara svårt för leverantören att se brister i förfrågningsunderlaget innan det står klart hur kraven och utvärderingsmodellen kommit att tillämpas. I detta sammanhang bör dock betonas att det framgår av vår kartläggning av överprövningsmål att det förekommer även överprövningar gällande sådana brister i förfrågningsunderlag som borde ha varit tydliga före tilldelningsbeslutet.

Det har även framförts att leverantörer sällan granskar förfrågningsunderlagen ur ett upphandlingsjuridiskt perspektiv före anbudsinlämnandet utan detta sker först vid ett negativt tilldelningsbeslut. Det kan också vara så att den som ansvarar för att lämna anbud saknar tillräckliga kunskaper om upphandlingsregelverket, och att det är först när leverantören låtit ett juridiskt ombud granska upphandlingen.

10. Konsekvenser av överprövade upphandlingar

10.1 Inledning

I detta kapitel redogörs för de konsekvenser som kan följa av en överprövning för både upphandlande myndigheter och leverantörer. Kapitlet syftar till att ge en bild av negativa konsekvenser som en överprövning kan medföra för både upphandlande myndigheter och leverantörer. I den första delen redogörs för konsekvenserna av en överprövning för upphandlande myndigheter. I den andra delen redogörs för motsvarande konsekvenser för leverantörer. Redovisningen baseras på underlag från intervjuer med leverantörer och upphandlande myndigheter. Samtliga överväganden och omständigheter som redogörelsen omfattar har framförts av minst en av de intervjuade. Det kan understrykas att konsekvenserna kan påverkas av upphandlingssituationen och att redogörelsen inte är uttömmande.

10.2 Konsekvenser för upphandlande myndigheter

När en upphandling överprövas får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal under överprövningsprocessen, vilket kan göra det svårt för den upphandlande myndigheten att tillgodose sitt behov. Det största upplevda problemet är utebliven leverans till följd av att avtal inte kan slutas. Upphandlande myndigheter kan behöva täcka sitt behov tillfälligt. Osäkerheten hur lång tid prövningen i domstol tar upplevs som ett stort problem och är försvårande för att kunna sluta tillfälliga avtal. Ovisshet om avtalstiden för det tillfälliga avtalet samt det faktum att upphandlande myndighet är i behov av ett skyndsamt täckningsköp försämrar förhandlingspositionen vilket riskerar resultera i mindre förmånliga avtal.

Upphandlande myndigheter som måste täcka sitt behov riskerar även att göra en otillåten direktupphandling och riskerar då ytterligare en överprövning samt eventuell upphandlingsskadeavgift för samma anskaffning. Därutöver tillkommer ökade resurskostnader hos den upphandlande myndigheten, till exempel administrationen för att genomföra direktupphandlingen och hantering av överprövningen.

Det är vanligt att upphandlande myndigheter i sådana situationer väljer att låta den befintliga leverantören fortsätta leverera varan eller tjänsten. Det finns dock en strävan hos upphandlande myndigheter att ingå avtal med den leverantör som vunnit upphandlingen trots att upphandlingen har överprövats. Detta är dock inte möjligt i branscher där omställningskostnaden för upphandlande myndighet att

byta leverantör är hög och uppstartstiden för ett nytt avtal är lång. Det kräver även en bransch där kostnaderna förenade med ett nytt avtal är låga på leverantörssida. I vissa branscher som kräver stora investeringar och långa leveranstider för investeringar, är byte till ny leverantör uteslutet. Flera upphandlande myndigheter framhåller att risken att bli överprövad inte hämmar viljan att prova nya metoder och utvärderingsmodeller.

10.3 Konsekvenser för leverantörer

Även leverantörerna anser att det största problemet med överprövade upphandlingar är att handläggningstiden i domstol är oförutsägbar. Det har starkt negativa konsekvenser som oftast är relaterade till ekonomisk osäkerhet och ökade kostnader. Ovissheten om tidsaspekten och om man överhuvudtaget kommer att tilldelas avtalet medför svårigheter att planera verksamheten. Det kan vara kostnadsdrivande avseende både anläggningar, investeringar och personal som behöver hållas flytande under överprövningsperioden. Ovissheten medför svårigheter att ta beslut om stora och för avtalet nödvändiga investeringar som även kan innebära långa leveranstider.

En överprövning kan även då den inte innebär stora investeringar påverka både vinnande leverantören och den leverantör som överprövar genom att de måste ha beredskap att leverera enligt krav i upphandlingen, utan att veta när eller om upphandlingen står sig i domstol. Osäkerheten är en kostnadsdrivande faktor eftersom leverantören inte kan planera sin verksamhet.

Vidare är det för vissa leverantörer osäkert om de kan lämna anbud i andra upphandlingar under tiden överprövningen pågår då de inte har kapacitet att leverera utöver denna. Om den upphandlande myndigheten väljer att avbryta upphandlingen eller domstolen kommer fram till att upphandlingen måste göras om, krävs att hela anbudsförfarandet behöver göras om. Flertalet leverantörer påtalar att det är mycket kostsamt att utarbeta anbud. Kostnaden varierar i olika branscher men omfattande anbud kan uppgå till mycket höga belopp. Visst arbete kan återanvändas om upphandlingen, och då även anbudet, ska göras om men det innebär att en återinvestering i nytt anbud behöver göras. Om ombud anlitas i överprövningen är det också en kostnad som behöver tas i beaktande. Det kan även gälla för den vinnande leverantören om denna ges tillfälle att yttra sig i överprövningsprocessen.

10.4 Slutsatser

Upphandlingar som försenas på grund av överprövningsprocessen kan få till följd att behov som en upphandlande myndighet har inte kan tillgodoses. Det kan innebära stora konsekvenser exempelvis för byggentreprenader, inom vård och skola samt behov som en upphandlande myndighet enligt lag har skyldighet att tillgodose.

Vid intervjuerna har framförts att de upphandlande myndigheter som intervjuats ofta tillgodoser sitt behov genom att förlänga avtalet med befintlig leverantör. I vissa fall väljer dock de upphandlande myndigheter som intervjuats att istället gå vidare med den leverantör som vunnit det överprövade avtalet trots att byte av leverantör kan vara både tidskrävande och dyrt för den upphandlande myndigheten. En överprövning medför negativa konsekvenser för såväl den upphandlande myndigheten som leverantörerna. Kostnaderna för fördröjningen av avtalets genomförande kan uppgå till betydande belopp, förutom att den upphandlande myndigheten inte får sitt behov tillgodosett i tid. Men även för leverantören kan osäkerheten innebära höga kostnader. Vid flera intervjuer har det framgått att just osäkerheten om hur lång tid överprövningsprocessen tar är en negativ effekt av själva överprövningen.

11. Referenslista

Rättsfallsregister

EU-domstolen

C-81/98 Alcatel

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2015 ref 55

HFD 2013 ref 36

HFD 2013 ref 5

HFD 2011 ref 29

RÅ 2005 ref 10

RÅ 1996 ref 50

Högsta domstolen

NJA 2016 s 369

NJA 2013 s 762

Författningar

EU-rättslig lagstiftning

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (klassiska direktivet),

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (koncessionsdirektivet)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG samt rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG.

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

Svensk lagstiftning

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling

Lag (2016:1146) upphandling inom försörjningssektorerna

Upphandlingsförordning (2016:1162)

Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transport, posttjänster

Lag (1992:1528) om offentlig upphandling (1992 års LOU)

Förvaltningsprocesslag (1971:291)

Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

Offentligt tryck

SOU

SOU 2015:12

SOU 2011:73

Propositioner

Prop. 2001/02:142

Prop. 1992/93:88

Övrigt

Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:5 och Konkurrensverket rapport 2017:11
Statistik om offentlig upphandling 2017

Konkurrensverkets rapport 2013:5 Överprövningar av offentlig upphandling –
Siffror och fakta

Konkurrensverkets rapport 2007:2 Länsrätternas domar om offentlig upphandling

Litteratur

Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU
och LUF, Jure Förlag AB, Stockholm 2012

12. Bilagor

12.1 Bilaga 1: Kategorisering av grunder

I kartläggningen av överprövade upphandlingar har de grunder som anförts av sökande kategoriserats och registrerats i de avgöranden som registrerats har de grunder som anförts av sökande kategoriserats och registrerats.

Kategoriseringen har gjorts för att möjliggöra en enhetlig registrering och göra möjligt att jämföra i kartläggningen. Kategoriseringen av grunderna uppdelad/indelat i fyra huvudkategorier med tillhörande underkategorier samt ytterligare kategoriseringar för grunder som inte passar in i huvudkategorierna. Kategorierna överensstämmer med olika faser i en upphandling eller mot specifika bestämmelser. Utöver huvudgrunderna finns det ytterligare 10 övriga kategorier för grunder som inte passar in i de fem huvudkategorierna men ändå är så vanligt förekommande att det bedömts lämpligt med en ytterligare kategori.

Huvudkategorierna och vissa av de övriga kategorierna har även underkategorier vilket ger möjlighet till jämförelser på en exaktare nivå. Ett fåtal kategorier har även en andra underkategorisering.

I detta system registreras en anförd grund i ett avgörande med en sifferkod som kan vara en till tre siffror lång, i förekommande fall separerad med punkter.

Huvudkategorier

1. **Brister i förfrågningsunderlagets utformning** rör invändningar i den konkurrensuppsökande fasen, till exempel kravens utformning, upphandlingsförfarandet, utvärderingsmodellen
2. **Felaktig hantering av ska-krav på upphandlingsföremålet** rör invändningar beträffande hur kraven på upphandlingsföremålet tillämpas, exempelvis frågan om offererad produkt klarar ett tekniskt krav.
3. **Felaktig hantering av ska-krav på leverantören** rör invändningar beträffande hur kraven på leverantören tillämpas, det är främst frågan om kvalificeringskrav.
4. **Utvärdering** rör invändningar beträffande hur utvärderingsmodellen tillämpas, i huvudsak frågor om poängsättning.

Övriga kategorier

5. **Uteslutningsprövning** invändningar beträffande hur uteslutningsgrunderna, både de obligatoriska och de fakultativa, har tillämpats

6. **Lagens tillämplighet** avser frågor om upphandlingslagarnas tillämplighet
7. **Avser invändningar mot tilldelningsbeslutet** typiskt sett formella frågor om tilldelningsbeslutet
9. **Avser invändningar mot avbrytandebeslut** typiskt sett att det inte finns sakliga skäl för att avbryta
10. **Övrigt** invändningar som inte passar i någon annan kategori eller inte är av upphandlingsjuridisk art eller uppenbara felregistreringar
11. **Otillåten komplettering** avser situationer där reglerna om komplettering av anbud tillämpas, det är typiskt sett frågan om att sökanden anför att en konkurrent fått komplettera sitt anbud på ett otillåtet sätt
12. **Onormalt låga anbud** avser situationer där reglerna om onormalt låga anbud tillämpas, ofta i form av en invändning om att det egna anbudet inte ska betraktas som onormalt lågt.
20. **Ogiltighet på grund av otillåten direktupphandling**
21. **Ogiltighet på grund av överträdelse av avtalsspärr**
22. **Ogiltighet på grund av överträdelse fel vid förnyad konkurrensutsättning**

Underkategorier

Kategori 1 Förfrågningsunderlagets utformning

- 1.1. **Ska-krav strider mot principerna**
 - 1.1.1. Avser principen om **likabehandling**
 - 1.1.2. Avser principen om **icke-diskriminering**
 - 1.1.3. Avser principen om **öppenhet**
 - 1.1.4. Avser principen om **proportionalitet**
 - 1.1.5. Avser principen om **ömsesidigt erkännande**
- 1.2. **Ska-krav strider mot någon specifik bestämmelse i upphandlingslagarna**
- 1.3. **Utvärderingsmodellen strider mot principerna**
 - 1.3.1. Avser principen om **likabehandling**
 - 1.3.2. Avser principen om **icke-diskriminering**
 - 1.3.3. Avser principen om **öppenhet**
 - 1.3.4. Avser principen om **proportionalitet**
 - 1.3.5. Avser principen om **ömsesidigt erkännande**

- 1.4. **Utvärderingsmodellen strider mot någon specifik bestämmelse i upphandlingslagarna**
- 1.5. **Fel förfarande har använts**
- 1.6. **Förfrågningsunderlaget är allmänt transparent** invändningar som inte specifikt går att hänföra till krav eller utvärderingsmodell, till exempel frågor om att förväntade volymer inte är tillräckligt precist angivna
- 1.7. **Felaktig annonsering** invändningar om att det finns formella fel, till exempel att obligatoriska uppgifter saknas i annonsen eller att annonseringstiden är för kort
- 1.8. Invändningar om att det skett en **sammanblandning mellan kvalificering och utvärdering**
- 1.9. Invändningar om att **ramavtalstiden överstiger den maximala tiden enligt lagen** och det inte finns särskilda skäl
- 1.10. **Andra brister i förfrågningsunderlaget** avser brister i förfrågningsunderlaget som inte kan sorteras in under någon annan kategori
- 1.11. **Ramavtal används på ett konkurrensbegränsande sätt** avser främst frågor om paketering att ramavtalsområden är för stora eller slår ihop flera kategorier av varor eller tjänster

Kategori 2 Krav på upphandlingsföremålet

- 2.1. **Eget anbud uppfyller krav på upphandlingsföremålet** invändningar som tar sikte på att det egna anbudet felaktigt inte anses uppfylla krav på upphandlingsföremålet
- 2.1.4. **Eget anbud uppfyller krav på upphandlingsföremålet och för det fall kravet inte anses uppfyllt ska det i vart fall anses oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av det aktuella kravet**
- 2.2. **Konkurrents anbud uppfyller inte krav på upphandlingsföremålet** invändningar som tar sikte på att en konkurrents anbud felaktigt anses uppfylla krav på upphandlingsföremålet

Kategori 3 Krav på leverantören

- 3.1. **Eget anbud uppfyller krav på leverantören** invändningar som tar sikte på att det egna anbudet felaktigt inte anses uppfylla krav på leverantören
- 3.2. **Konkurrents anbud uppfyller inte krav på leverantören -** Invändningar som tar sikte på att en konkurrents anbud felaktigt anses uppfylla krav på leverantören
- 3.1.4. **Eget anbud uppfyller krav på leverantören och för det fall kravet inte anses uppfyllt ska det i vart fall anses oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av det aktuella kravet**

Kategori 4 Utvärdering

- 4.1. **Eget anbud är felaktigt utvärderat** invändningar som tar sikte på att det egna anbudet har utvärderats på ett felaktigt sätt
- 4.2. **Konkurrents anbud är felaktigt utvärderat** invändningar som tar sikte på att en konkurrents anbud har utvärderats på ett felaktigt sätt

Kategori 5 Uteslutningsprövning

- 5.1. **Eget anbud borde inte uteslutas** invändningar som tar sikte på att det egna anbudet utesluts på grund av en felaktig tillämpning av uteslutningsgrunderna
- 5.2. **Konkurrents anbud borde uteslutas** invändningar som tar sikte på att en konkurrents anbud inte utesluts trots att en uteslutningsgrund är tillämplig

Kategori 7 Invändningar mot tilldelningsbeslutet

- 7.1. **Tilldelningsbeslutet avviker från vad som anges i förfrågningsunderlaget** ex att det anges att 5 leverantörer ska tilldelas ramavtal men i tilldelningsbeslutet anges bara fyra

Kategori 11 Otillåten komplettering

Avser fall där en av invändningarna är att en konkurrent på ett otillåtet sätt fått komplettera sitt anbud, anförs ofta i kombination med en invändning om att konkurrenten inte uppfyller ett eller flera ska-krav

- 11.1. **Det egna anbudet borde ha fått kompletteras**

Kategori 12 Onormalt låga priser

- 12.1. **Eget anbud är inte onormalt lågt** invändningar som tar sikte på att det egna anbudet felaktigt betraktats som onormalt lågt
- 12.2. **Konkurrents anbud är onormalt lågt** invändningar som tar sikte på att det en konkurrents anbud felaktigt inte betraktats som onormalt lågt

12.2 Bilaga 2: Redovisning av anförda grunder

Nedan följer en redovisning av anförda grunder utifrån en mer detaljerad kategorisering av vilka grunder som anförts i ansökningar om överprövning. I kartläggningen har 4 huvudkategorier av grunder registrerats. Varje huvudkategori kan innehålla flera underkategorier och sammantaget har runt 30 olika underkategorier registrerats. Redovisning av grunderna kan därmed göras på flera olika nivåer och sammansättningar. Kartläggningen visar dock att flera av grunderna anförts i en mycket begränsad omfattning. I redovisningen har sådana grunder därför kategoriserats under kategorin *övriga grunder*. Denna kategori rymmer exempelvis uteslutningsprövning, otillåten komplettering eller ett avbrytandebeslut som strider mot LOU. Av samtliga avgöranden som ingått i det slumpmässiga urvalet fördelar sig anförda grunder enligt följande:

Anförda grunder i avgöranden

Anförda grunder	Antal
Brister i förfrågningsunderlaget	694
Skallkrav strider mot principerna	349
Skallkrav strider mot en specifik bestämmelse	37
Utvärderingsmodellen strider mot principerna	162
Utvärderingsmodellen strider mot en specifik bestämmelse	34
Fel förfarande har använts	7
Förfrågningsunderlaget är allmänt otransparent	47
Felaktig annonsering	15
Sammanblandning kvalificering och utvärdering	18
För långt ramavtal	5
Andra brister i FFU	17
Ramavtal används på ett konkurrensbegränsande sätt	3
Felaktig bedömning huruvida ska krav på upphandlingsföremålet för upphandlingen varit uppfyllda	354
Krav på upphandlingsföremålet - eget anbud felaktigt förkastat	152
Krav på upphandlingsföremålet - konkurrens anbud felaktigt antaget	202
Felaktig bedömning huruvida ska krav på leverantören varit uppfyllda	488
Krav på leverantören - eget anbud felaktigt förkastat	255
Krav på leverantören - konkurrens anbud felaktigt antaget	233
Felaktigheter i utvärderingen av anbud	153

Eget anbud felaktigt utvärderat	103
Konkurrents anbud felaktigt utvärderat	49
Uteslutningsprövning	18
Eget anbud felaktigt uteslutet	13
Konkurrents anbud borde ha uteslutits	5
LOU:s tillämplighet	3
Tilldelningsbeslutet	20
Avbrytandebeslut	47
Otillåten komplettering	116
Onormalt låga priser	48
Ogiltighet på grund av otillåten direktupphandling	4
Ogiltighet på grund av överträdelse av avtalsspärr	2
Övriga grunder	70

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) och Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Flera grunder kan anföras i ett enskilt avgörande.

12.3 Bilaga 3: Redovisning av utgång i förvaltningsrätt

Anförda grunder efter prövning

	Avslag		Bifall		Prövad*		Ingen prövning		Totalt	
	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Anförd grund										
Skallkrav strider mot principen om likabehandling	23	64%	9	25%	0	0%	4	11%	36	100%
Skallkrav strider mot principen om icke-diskriminering	10	77%	3	23%	0	0%	0	0%	13	100%
Skallkrav strider mot principen om öppenhet	129	77%	18	11%	7	4%	14	8%	168	100%
Skallkrav strider mot principen om proportionalitet	100	77%	11	8%	5	4%	14	11%	130	100%
Skallkrav strider mot principen om ömsesidigt erkännande	0	0%	0	0%	0	0%	1	100%	1	100%
Skallkrav strider mot en specifik bestämmelse	23	62%	7	19%	3	8%	4	11%	37	100%
Utvärderingsmodellen strider mot principerna	13	59%	6	27%	1	5%	2	9%	22	100%
Utvärderingsmodellen strider mot principen om likabehandling	15	68%	7	32%	0	0%	0	0%	22	100%
Utvärderingsmodellen strider mot principen om icke-diskriminering	4	100%	0	0%	0	0%	0	0%	4	100%
Utvärderingsmodellen strider mot principen om öppenhet	78	76%	20	19%	2	2%	3	3%	103	100%
Utvärderingsmodellen strider mot principen om proportionalitet	9	82%	0	0%	0	0%	2	18%	11	100%
Utvärderingsmodellen strider mot en specifik bestämmelse	18	53%	8	24%	1	3%	7	21%	34	100%
Fel förfarande har använts	6	86%	0	0%	1	14%	0	0%	7	100%
Förfrågningsunderlaget är allmänt otransparent	31	66%	7	15%	0	0%	9	19%	47	100%

	Avslag		Bifall		Prövad*		Ingen prövning		Totalt	
	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Anförd grund forts.										
Felaktig annonsering	11	73%	2	13%	1	7%	1	7%	15	100%
Sammanblandning kvalificering och utvärdering	12	67%	4	22%	0	0%	2	11%	18	100%
För långt ramavtal	1	20%	3	60%	0	0%	1	20%	5	100%
Andra brister i FFU	13	76%	1	6%	0	0%	3	18%	17	100%
Ramavtal används på ett konkurrensbegränsande sätt	3	100%	0	0%	0	0%		0%	3	100%
Krav på upphandlingsföremålet - eget anbud felaktigt förkastat	114	77%	22	15%	3	2%	10	7%	149	100%
Krav på upphandlingsföremålet - eget anbud felaktigt förkastat - även om det föreligger en brist är det oproportionerligt att förkasta	2	67%		0%		0%	1	33%	3	100%
Krav på upphandlingsföremålet - konkurrens anbud felaktigt antaget	139	69%	34	17%	10	5%	19	9%	202	100%
Krav på leverantören - eget anbud felaktigt förkastat	189	81%	21	9%	5	2%	17	7%	232	100%
Krav på leverantören - eget anbud felaktigt förkastat men om kravet inte anses uppfyllt så är det ändå oproportionerligt att förkasta	15	65%	1	4%	1	4%	6	26%	23	100%
Krav på leverantören - konkurrens anbud felaktigt antaget	157	67%	36	15%	10	4%	30	13%	233	100%
Eget anbud felaktigt utvärderat	69	67%	9	9%	2	2%	23	22%	103	100%
Konkurrens anbud felaktigt utvärderat	30	61%	4	8%	3	6%	12	24%	49	100%
Eget anbud felaktigt uteslutet	6	46%	3	23%	0	0%	4	31%	13	100%
Konkurrens anbud borde ha uteslutits	5	100%	0	0%	0	0%	0	0%	5	100%
LOU:s tillämplighet	2	67%	0	0%	0	0%	1	33%	3	100%

	Avslag		Bifall		Prövad*		Ingen prövning		Totalt	
Anförd grund forts.	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel	Antal	Andel
Tilldelningsbeslutet	12	80%	0	0%	0	0%	3	20%	15	100%
Tilldelningsbeslutet avviker från förfrågningsunderlaget	2	67%	0	0%	0	0%	1	33%	3	100%
Avbrytandebeslut	42	89%	0	0%	0	0%	5	11%	47	100%
Övriga grunder	45	58%	4	5%	2	3%	27	35%	78	100%
Otillåten komplettering	37	62%	13	22%	0	0%	10	17%	60	100%
Borde ha fått komplettera anbud	51	91%	0	0%	0	0%	5	9%	56	100%
Eget anbud inte onormalt lågt	2	50%	0	0%	0	0%	2	50%	4	100%
Konkurrents anbud är onormalt lågt	42	98%	0	0%	0	0%	1	2%	43	100%
Ogiltighet på grund av otillåten direktupphandling	0	0%	2	100%	0	0%	0	0%	2	100%
Ogiltighet på grund av överträdelse av avtalsspärr	3	75%	0	0%	0	0%	1	25%	4	100%

Källa: Visma (uppgifter) och Sveriges domstolar (uppgifter) samt Upphandlingsmyndigheten (bearbetning) 2017. Not: Uppgift om vilken grund som anförts saknas för 296 avgöranden. Flera grunder kan anföras i ett enskilt avgörande.

*Med Prövad avses skaderekvisitet inte uppfyllt.

12.4 Bilaga 4: Intervjufrågor

Frågor till juridiska ombud

1. Företräder ni både upphandlande myndigheter och leverantörer?
2. Varför tror ni Sverige har en högre andel överprövningar än andra medlemsstater?
3. Upplever ni att det är en stor andel överprövningar i Sverige och upplever ni att antalet överprövningar är ett problem?
4. Vilka överväganden tror ni /gör en/ upphandlande myndighet då en upphandling ska annonseras?
5. Beskriv vilka överväganden en anbudsgivare gör /tror ni gör/ inför en ansökan om överprövning samt vilka överväganden som görs avseende tidpunkten en ansökan ges in.
6. Vilka överväganden /tror ni/ en upphandlande myndighet gör då en ansökan om överprövning inkommer?
7. Hur hanterar en upphandlande myndighet situationen då en upphandling har blivit överprövad?
8. Vilka överväganden gör ni som ombud inför en ansökan om överprövning och vid vilken tidpunkt en ansökan bör ges in?
9. Vilka överväganden görs inför att förvaltningsrättens avgöranden eventuellt överklagas?
10. Om leverantör/upphandlande myndighet företräds av ett juridiskt ombud kan det påverka möjligheten att vinna framgång i ett mål och/eller benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden till kammarrätt?
11. Är det vanligt att den tidigare leverantören väjer att överpröva för att kunna fortsätta leverera under en tid?

Frågor till leverantörer

1. Varför tror ni Sverige har en högre andel överprövningar än andra medlemsstater?
2. Upplever ni att det är en stor andel upphandlingar som överprövas i Sverige och upplever ni att det ett problem?
3. Hur påverkar överprövningar er verksamhet?
4. Beskriv vilka överväganden ni, som anbudsgivare, gör inför en ansökan om överprövning samt vilka överväganden som görs avseende tidpunkten en ansökan ges in.
5. Om leverantörer/upphandlande myndighet företräds av ett juridiskt ombud kan det påverka möjligheten att vinna framgång i ett mål och/eller benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden till kammarrätt?
6. Vilka överväganden görs inför att förvaltningsrättens avgöranden eventuellt överklagas?
7. Är det vanligt att den tidigare leverantören väjer att överpröva för att kunna fortsätta leverera under en tid?

I så fall finns det statistik/har ni statistik/ om hur vanligt detta är?
8. Är leverantörer inom vissa branscher mer eller mindre benägna att ansöka om överprövning och vad kan orsaken av detta vara?
9. Förekommer geografiska skillnader?
10. Centrala ramavtal i förhållande till lokala avtal/kontrakt – vilken påverkan får det?
11. Har ni erfarenhet om huruvida en mer öppen och tydlig dialog mellan anbudsgivare och upphandlande myndighet får effekt?
12. Vilka åtgärder tror ni skulle minska antalet överprövningar?

Frågor till upphandlande myndigheter

1. Varför tror ni Sverige har en högre andel överprövningar än andra medlemsstater?
2. Upplever ni att ni har stor andel överprövningar och är det ett problem?
3. Hur påverkar överprövningar er verksamhet?
4. Påverkar risken för överprövningar hur ni väljer att genomföra era upphandlingar?
5. Vilka överväganden görs/som upphandlande myndighet/ då en ansökan om överprövning inkommer?
6. Hur hanterar en upphandlande myndighet situationen då en upphandling har blivit överprövad?
7. Beskriv hur ni tror att en anbudsgivare/ombud resonerar inför en ansökan om överprövning.
8. Om leverantör/upphandlande myndighet företräds av ett juridiskt ombud kan det påverka möjligheten att vinna framgång i ett mål och/eller benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden till kammarrätt?
9. Vilka överväganden görs inför att förvaltningsrättens avgöranden eventuellt överklagas?
10. Är det vanligt att den befintliga leverantören väjer att överpröva för att kunna fortsätta leverera under en tid?

I så fall finns det statistik/har ni statistik/ om hur vanligt detta är?
11. Är leverantörer inom vissa branscher mer eller mindre benägna att ansöka om överprövning och vad kan orsaken av detta vara?
12. Finns det geografiska skillnader?
13. Centrala ramavtal i förhållande till lokala avtal – vilken påverkan får det?

14. Finns erfarenhet om en mer öppen och tydlig dialog mellan upphandlande myndighet och leverantör får effekt?

15. Vilka åtgärder tror ni skulle minska antalet överprövningar?

16. Vad kan en upphandlande myndighet göra för att påverka så att antalet överprövade upphandlingar minskar? Vad gör ni själva för att minska risk för överprövningar?

Frågor till domstolar

1. Varför tror ni Sverige har en högre andel överprövningar än andra medlemsstater?

2. Upplever ni att det är en stor andel överprövningar i Sverige och upplever ni att antalet överprövningar är ett problem?

3. Upplever ni att det förekommer ogrundade ansökningar om överprövning?

4. Om leverantör/upphandlande myndighet företräds av ett juridiskt ombud kan det påverka möjligheten att vinna framgång i ett mål och/eller benägenheten att överklaga förvaltningsrätternas avgöranden till kammarrätt?

5. Hur ser er organisation kring handläggning av upphandlingsmål ut? (Till exempel handläggningsstöd, prioritering och kompetensutveckling)

6. Vilka faktorer påverkar handläggningstiderna?

7. Är leverantörer inom vissa branscher mer eller mindre benägna att ansöka om överprövning och vad kan orsaken av detta vara?

8. Centrala ramavtal i förhållande till lokala avtal – vilken påverkan får det?

9. Finns det någon typ av leverantör som är mer vanligt förekommande, till exempel små eller stora bolag?

10. Vilka åtgärder tror ni skulle minska antalet överprövningar?

11. Hur skulle ni ställa er till muntlig förhandling i överprövningsmål?



Box 1194, SE-171 23 Solna
Besöksadress: Svetsarvägen 10, Solna
Telefon: 08 586 21 700
Epost: info@uhmynd.se
upphandlingsmyndigheten.se