



Datum: 230109

Handläggare: Fredrik Rogö

Diarienummer: N050-0037/23

Rapport överprövningar 2022 (compliance)

Sammanfattning

Under 2022 har 18 procent av alla upphandlingar som Inköp och upphandling annonserat blivit överprövade (att jämföra med 27 procent 2021 och 15 procent 2020). Det begärdes överprövning av leverantörer i förvaltningsrätten vid 20 tillfällen, kopplat till 11 annonserade upphandlingar från året (och en ansökan som rörde en tidigare upphandling).

Det innebär att antalet överprövningsmål i förvaltningsrätten för året är lägre än genomsnittet – 25 överprövningsmål per år – för mätperioden (2012-2022). Antalet överprövningar per år i förvaltningsrätt varierar dock kraftigt från år till år, med 12 mål som lägst och 44 mål som högst. Andelen överprövade upphandlingar, som egentligen har större påverkan för verksamheten, ligger dock på en genomsnittsnivå.

Under året har Inköp och upphandling inte haft någon förlust i de överprövningar som avgjorts genom dom som fått laga kraft. Det är andra året på rad utan att förvaltningen fått någon dom i ett överprövningsmål som inneburit ett ingripande enligt LOU. Senast förvaltningen förlorade ett överprövningsmål var i september 2020. Sedan den senaste förlusten har 58 avgöranden till förvaltningens fördel meddelats som fått laga kraft.

Den vanligaste grunden som åberopas i ansökan om överprövning under 2022 har rört bedömningen av klagandens eget anbud följt av påstådda brister i själva upphandlingsdokumentet.

Överklagandefrekvensen till kammarrätten ligger på 38 procent. I samtliga fall har det varit en leverantör som överklagat och kammarrätten har under 2022 inte meddelat prövningstillstånd (PT) i något fall.

Den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätten var 4,2 månader, vilket är helt i linje med den genomsnittliga handläggningstid vi haft under de sex senaste åren. Tiden håller sig inom förvaltningens riktvärde för planering i upphandlingsprocessen på sex månader mellan tilldelning och planerad avtalsstart.

1 Rapportens syfte

Överprövningar kan användas som en form av kontrollfunktion av upplevda brister från leverantörer (grunder för ansökan) och konstaterade brister (grund för bifall i en dom) i en upphandling. Om man vill spetsa till det är alltså överprövningar en form av oberoende kontroll av regelefterlevnad (compliance) av en extern part (domstolen) av vårt upphandlingsarbete. Denna rapport har upprättats för att kunna jämföra verksamhetens överprövningar över tid och även i jämförelse med andra upphandlande myndigheter och nationell statistik. Syftet är också att kunna identifiera om det finns brister i mallar eller upphandlingsbedömningar för att ständigt kunna förbättra verksamheten.

I rapporten undersöks även vilka handläggningstider som gällt för förvaltningens överprövningar för att kunna anpassa upphandlingsarbetet så att avtalslöshet kan undvikas eller möjligheten till temporära avtal finns om en överprövningsprocess drar ut på tiden.

Som jämförelsetal används de statistikuppgifter som redovisas i Domstolsverkets årsredovisning 2021, Konkurrensverkets rapport 2021:2 ”Statistik om överprövningsärenden i domstol 2020 – samt nyckeltal för antal överprövade upphandlingar”, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7

och SOU 2018:44. Upphandlingsmyndigheten har under 2022 infört en statistikdatabas, men tyvärr är funktionen rättsfallsstatistik ännu inte i drift, varför jämförelser därför inte går att göra för nationella siffror för 2022 utan baseras på tidigare år.

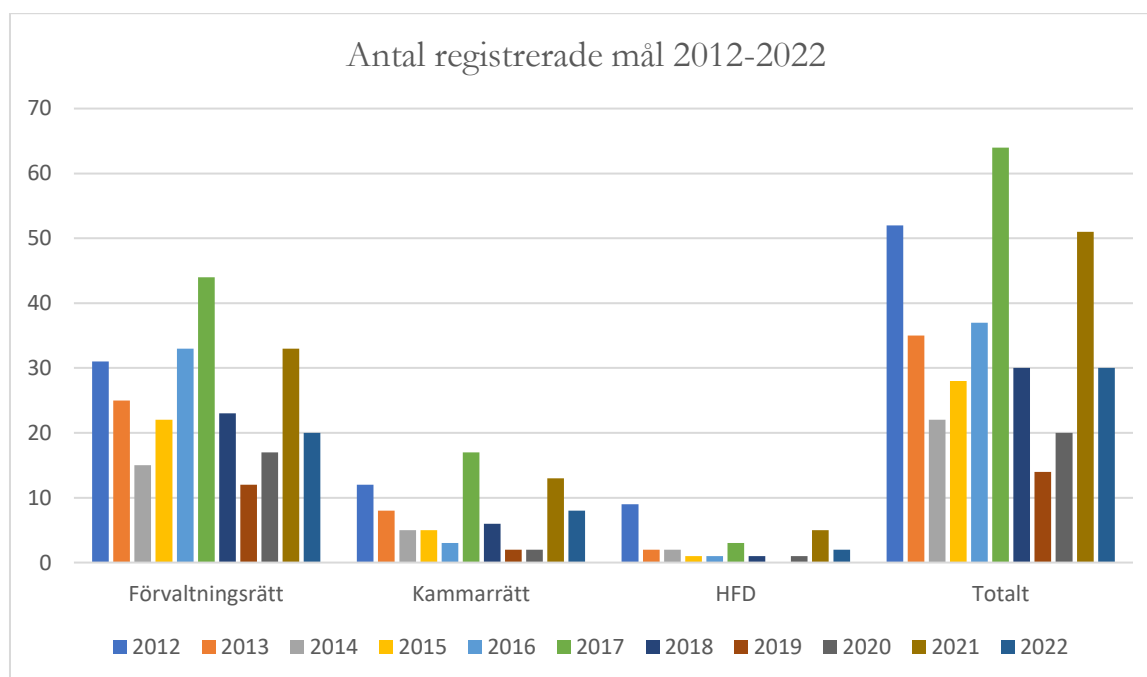
2 Överprövningar 2022

2.1 Antal ansökningar om överprövning och andelen överprövade upphandlingar

En jämförelse mellan antal registrerade mål¹ per år som rör ramavtalsupphandlingar under 2012-2022 med Inköp och upphandling (och tidigare Upphandlingsbolaget) som part visar att årets antal ligger som under ett genomsnittså.

	Förvaltningsrätt	Kammarrätt	HFD	Totalt
2022	20	8	2	30
2021	33	13	5	51
2020	17	2	1	20
2019	12	2	0	14
2018	23	6	1	30
2017	44	17	3	64
2016	33	3	1	37
2015	22	5	1	28
2014	15	5	2	22
2013	25	8	2	35
2012	31	12	9	52

Statistiken illustreras i nedanstående graf.



¹ Inga mål som rört överflyttning till annan domstol har tagits med.



Någon egentlig tendens kan inte utläsas av statistiken. I stället avviker de olika åren kraftigt från varandra. Antalet överprövningar under året, 20 mål, ligger under genomsnittet (25 mål per år i förvaltningsrätt) under mätperioden. Det kan konstateras att fördelningen under året på inget sätt är jämn. Av årets 20 överprövningar har 16 av dessa inkommit under det första halvåret.

Ansökningarna i förvaltningsrätten under 2022 är relaterade till totalt 11 olika ramavtalsupphandlingar. Under 2022 har Inköp och upphandling annonserat 60 ramavtalsupphandlingar. Andelen upphandlingar som blivit överprövade är därmed 18 procent. Det är dock inte fråga om en exakt matchning eftersom vissa överprövningar är hänförliga till upphandlingar annonserade under 2021 och en del av de upphandlingar som annonserats under 2022 har ännu inte tilldelats.

Någon egentlig ”cykel” på fyra år (ramavtalsstiden) som gör att vissa typer av upphandlingar återkommer som mer frekvent överprövade kan inte heller utläsas. Av de 11 olika ramavtalsupphandlingar som överprövades under 2022 var fyra av dessa överprövade vid föregående upphandling. Att en upphandling blir överprövad beror alltså snarare på specifika omständigheter i den aktuella upphandlingen än beroende på vilken bransch/område det är fråga om.

Alla ansökningar under 2022 har handlat om rena överprövningar av upphandling. Inget mål har alltså rört ansökan om upphandlingsskadeavgift eller överprövning av avtals giltighet. I ett mål handlar frågan dock om överprövning av ett avbrytandebeslut och alltså inte en upphandling som blivit tilldelad. I övrigt har samtliga överprövningar skett efter att tilldelningsbeslut meddelats och ingen leverantör har alltså valt att inleda en överprövning redan under anbudstiden.

Den upphandling som genererat flest antal överprövningar var *Konsulentstött familjehemsvård, barn och unga 0-20 år*, där fem leverantörer ansökte om överprövning följt av *Tekniska konsulter – Arkitekter plan*, där tre leverantörer överprövade upphandlingen.

Någon nationell statistik för 2022 finns ännu inte tillgänglig, men tendensen på nationell nivå har varit en kraftig minskning med 30 procent av antalet överprövningsmål i förvaltningsrätter och 38 procent i kammarrätterna under 2021. I jämförelse med andra stora upphandlande myndigheter är 18 procent en relativt hög nivå om man jämför med mer historiska data.² Det gäller också i förhållande till Göteborgs Stad som helhet – där andelen överprövade upphandlingar under 2019 (den senaste tillgängliga statistiken) var 10 procent.

På nationell nivå var andelen överprövade upphandlingar 7,6 procent enligt senast tillgängliga statistik (som avser 2020). Denna siffra bör dock vara lägre för 2021 och 2022, eftersom antalet överprövningsmål minskat medan antalet annonserade upphandlingar ligger på en relativt konstant nivå. Rent allmänt överprövas oftare ramavtalsupphandlingar (eftersom det rör sig om en lång avtalsperiod och många anbudslämnare) och upphandlingar av betydande värde, vilket i sig medför att Inköp och upphandling har en hög andel överprövade upphandlingar.

² Det finns inga jämförande siffror efter 2019, men det året var andelen överprövade upphandlingar följande för andra stora upphandlande myndigheter: Stockholms stad (12,0 %), Region Stockholm (10,5 %), Västra Götalandsregionen (10,5 %), Trafikverket (5,8 %), Malmö Stad (12,8 %), Statens Inköpscentral (36,4 %), se UHM:s rapport 2020:4, s. 154.



Prövningar i överrätt

Under 2022 har endast ett ärende avgjorts i sak av kammarrätten, där kammarrätten avslog överklagandet från leverantören. Det som är något anmärkningsvärt är att kammarrätten under 2022 inte i något fall meddelat prövningstillstånd för den leverantör som överklagat förvaltningsrättens dom (av sju överklagade domar under 2022 där PT-frågan har prövats). Även om överklagandefrekvensen till kammarrätten under 2022 varit 38 procent har det alltså inte haft någon större påverkan på den totala handläggningstiden för överprövningsärendena. Överklagandefrekvensen för våra upphandlingsmål ligger klart över den nationella statistiken som visar att ungefär vart femte sakprövat mål i förvaltningsrätten överklagas.

Två leverantörer har under 2022 fullföljt sin talan till Högsta förvaltningsdomstolen (HFD), som inte meddelade prövningstillstånd. Överklagandefrekvensen till HFD stämmer relativt väl med hur det ser ut enligt nationell statistik.

3 Utfall i sakprövade mål

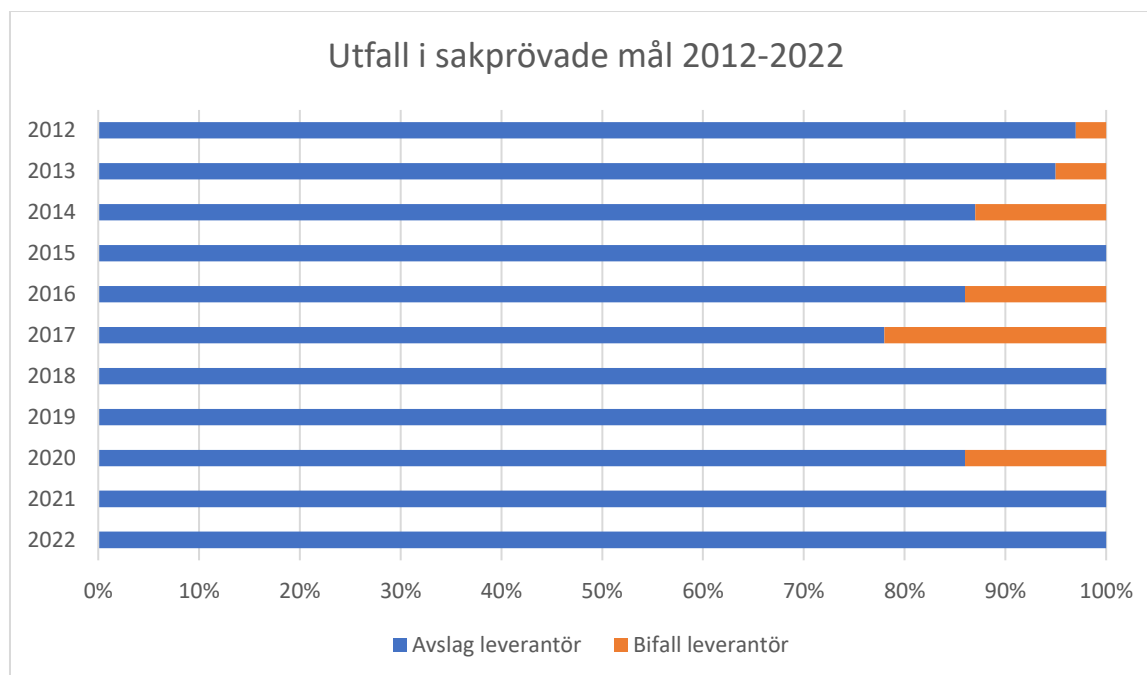
Det mätetal som ger mest rättvisande bild av utfallet är att mäta utfall i avgöranden som sakprövats och fått laga kraft. Först då kan man konstatera vad utfallet av överprövningen slutligen blev. Mål som inte prövats i sak (avvisningar, avskrivningar) räknas därför inte med och inte heller om avgörandet inte fått laga kraft, exempelvis prövats i förvaltningsrätten men därefter överklagats till kammarrätten och där processen pågår per den 31 december 2022. Varje process räknas därför bara en gång, oavsett om den prövats i en eller flera instanser.

Under mätperioden ser utfallet för sakprövade mål som fått laga kraft ut som följande.

	Bifall leverantör	Avslag leverantör
Inköp och upphandling 2022	0 % (0/21)	100 % (21/21)
Inköp och upphandling 2021	0 % (0/32)	100 % (32/32)
Inköp och upphandling 2020	14 % (1/7)	86 % (6/7)
Inköp och upphandling 2019	0 % (0/11)	100 % (11/11)
Inköp och upphandling 2018	0 % (0/25)	100 % (25/25)
Inköp och upphandling 2017 ³	22 % (8/36)	78 % (28/36)
Upphandlingsbolaget 2016	14 % (2/14)	86 % (12/14)
Upphandlingsbolaget 2015	0 % (0/13)	100 % (13/13)
Upphandlingsbolaget 2014	13 % (2/15)	87 % (13/15)
Upphandlingsbolaget 2013	5 % (1/20)	95 % (19/20)
Upphandlingsbolaget 2012	3 % (1/31)	97 % (30/31)

Tendensen illustreras i nedanstående graf.

³ Vissa av målen, där upphandlingen påbörjats innan den 1 januari 2017, har haft Upphandlingsbolaget som part men räknas här till Inköp och upphandling.



På nationell nivå finns inga tillgängliga siffror för 2022 ännu men för 2020 fick leverantör bifall till sin talan i 18 procent av de sakprövade målen i förvaltningsrätten (och för 2019 var motsvarande siffra 25 procent).

Den senaste förlusten i ett överprövningsmål skedde i september 2020 och sedan dess har 58 avgöranden till förvaltningens fördel prövats i sak och fått laga kraft. Kvaliteten på både underlag och upphandlingsbedömningar ligger därmed på en hög nivå utifrån regelefterlevnad.

4 Kvalitetskontroll och förbättringsområden

Under 2022 har inget avgörande inneburit att en leverantör fått bifall till sin ansökan. Det har inte heller förekommit något mål där leverantören i och för sig kunnat visa en överträdelse av LOU eller de upphandlingsrättsliga principerna men sedan inte uppfyllt det s.k. skaderekvisitet och att ansökan därför ändå avslagits.

Under året har ingen upphandling avbrutits under överprövningsprocess, eller nytt tilldelningsbeslut fattats i korrigerande syfte efter att en överprövning inletts, vilket annars är möjligt som en form av ”självrättelse”. I några enstaka fall har nya justerade tilldelningsbeslut fattats under avtalspärren efter påpekande från en leverantör.

Det finns dock ändå lärdomar kring förbättringar att dra av de överprövningar som varit under året.

Nyttjande av priskrav för att undvika obalanserad prissättning

Frågan om onormalt låga anbud varit uppe i ett antal mål (totalt 6 av årets 20 överprövningar). Det gäller frågor både där anbud förkastats efter en bedömning av förklaring (eller utebliven förklaring) eller där en konkurrent ansett att anbud med låg prissättning borde ha förkastats. Problematiken rör inte sällan strategisk prissättning/obalanserad budgivning. Bestämmelserna om onormalt låga anbud är ett trubbigt instrument och vi bör därför i större utsträckning använda oss av



olika former av priskrav i upphandlingar för att helt enkelt motverka den typen av prissättning. Rättspraxis har utvecklats och det finns utrymme att ställa upp olika former av priskrav mellan delar av ett anbud (jfr HFD 2020 ref. 24) eller tillämpa automatisk prisuträkning mellan olika prisposter (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 31 augusti 2022 i mål nr 2675-22), utan att detta står i strid med LOU eller betraktas som otillåtet golvpris. Denna möjlighet bör helt enkelt användas i större utsträckning.

Antal leverantörer i flerleverantörsavtal

Det är vanligt att det inkommer frågor under anbudstiden som handlar om att leverantörer vill få antalet leverantörer som ramavtal ska tecknas med specificerat på förhand. Vår uppfattning är att det inte är lämpligt att göra så och att en bedömning kring antalet leverantörer som ramavtal ska tecknas med kan göras först efter att kapaciteten i inkomna anbud kan ”matchas” mot behovet för ramavtalet. Denna fråga har prövats med oss som part totalt 13 gånger i olika överprövningsmål under åren och domstolen har samtliga dessa prövningar ansett att metodiken är förenligt med LOU. Även under 2022 var frågan uppe i tre överprövningsmål. För att undvika att vi framåt återigen får överprövningar som rör denna fråga har det från juridiskt håll tagits fram ett utvecklat svar som kan användas när frågor av denna karaktär ställs under anbudstiden. När frågan framåt kommer ska vi därför inte svara kortfattat och enbart hänvisa till formuleringen i upphandlingsdokumentet utan i stället använda det mer utvecklade svaret som också förklarar anledningen till metodiken. Svaret kan dock behöva anpassas i den särskilda situationen så kontakta upphandlingsjurist som hjälper till med ett anpassat svar.

Aktivitetsplikten och skaderevisitet

Under året har efterlängtd praxis kommit kring att en leverantör som avser att överpröva en påstådd brist i upphandlingsdokumentet behöver vara aktiv under anbudstiden och först påtala bristen (jfr HFD 2022 ref. 4 I och II och HFD 2022 ref. 30). I konsekvens med detta är det samtidigt viktigt att de svar som lämnas under anbudstiden verkligen är klagörande (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 6 april i mål nr 9774-21 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 maj 2022 i mål nr 995-22). Vi har i några av årets överprövningar haft uppe bedömning kring om det svar som lämnats under anbudstiden verkligen besvarat frågan eller snarare skapat ytterligare osäkerhet kring anbudsförutsättningarna. Kontentan är att det numera är ännu viktigare att inte endast besvara frågor på så sätt att ”kravet kvarstår” eller liknande utan även lämna en motivering till bedömningen och relevansen av kravet när frågor besvaras.



5 Vilka grunder har återopats?

I tabellen nedan redovisas de vanligaste grunderna för ansökan om överprövning i inkomna mål under 2022 (två mål har tagits bort då dessa avskrivits). En ansökan kan innehålla flera grunder.

Anförda grunder	Antal avgöranden med anförd grund	Andelen avgöranden där grunden anförts (totalt 18 avgöranden)	Jämförelse mellan andelen i UHM:s rapport ⁴
Brister i upphandlingsdokumentet (proportionalitet gällande krav, bristande tydlighet, missvisande annonsering (CPV-kod), brister i utvärderingsmodell, väsentliga ändringar, erfarenhetskrav, referenser, antal leverantörer i ramavtal, konkurrensbegränsning)	10	56 %	45 %
Annans anbud felaktigt antaget	4	22 %	39 %
Eget anbud felaktigt förkastat	11	61 %	37 %
Utvärderingen	1	1 %	13 %
Övriga grunder	1	1 %	30 %

Trenden under de fyra senaste åren är att de flesta brister anföras från klagande leverantör i våra överprövningar hänför sig till påstådda brister i upphandlingsdokumentet. Det har handlat om krav som i den specifika upphandlingen upplevts begränsa konkurrensen, prissättningskrav, antal leverantörer, utvärderings- eller prismodeller. Däremot verkar frågor om påstådda brister kopplade till takvolymerna ha ebbat ut, vilket kan förklaras av att det kommit tydlig praxis både från EU-domstolen och HFD i frågorna.

Under 2022 var dock påståenden om brister i hanteringen av klagandens eget anbud något högre än just brister i upphandlingsdokumenten. I dessa fall rör det sig om helt olika typer av bedömning av kravuppfyllelse. Vid sidan av bristande kravuppfyllelse har den vanligaste invändningen varit att anbudet ansetts för lågt och därför borde ifrågasatts alternativt förkastats enligt bestämmelsen om onormalt låga anbud.

6 Handläggningstider m.m.

Handläggningstiden för våra sakprövade mål i förvaltningsrätten under 2022 var i genomsnitt 4,2 månader. Det är precis den tid som varit vår genomsnittliga handläggningstid under de sex senaste åren. Det finns dock stora skillnader i handläggningstiden mellan målen. De mål som avgjorts snabbast i förvaltningsrätten under 2022 har handlagts på under en månad medan de mål

⁴ Se UHM:s rapport 2017:7, s. 63-64, rapporten avser prövade mål under 2015-2016



som tog längst tid hade en handläggningstid på 7 månader. I målen med längst handläggningstid berodde inte den långa handläggningen på omfattande kommunikering utan domstolen tog helt enkelt ett halvår på sig från det att målet var kommunicerat färdigt till dom meddelades.

Den process som tagit längst tid totalt (upphandlingen av *Servicearbeten, mindre entreprenader - mark*) tog cirka 14 månader och sakprövades i två instanser.

I tabellen redovisas handläggningstiden för de sex senaste åren och även en jämförelse med den tiden som gäller för upphandlingsmål generellt på nationell nivå.

	Handläggningstid i förvaltningsrätten (sakprövade mål)	
	Våra mål	Nationell statistik
2022	4,2 mån	
2021	3,4 mån	
2020	5,1 mån	3,6 mån
2019	3,6 mån	3,9 mån
2018	5,1 mån	3,9 mån
2017	4,0 mån	3,7 mån

Den 1 juli 2022 infördes en ny bestämmelse i 20 kap. 5 a § LOU med ett skyndsambetskrav för förvaltningsdomstolar. Även om bestämmelsen inte innehåller någon uttrycklig tidsgräns är tanken att målen normalt ska avgöras inom några få månader och att upphandlingsmål därmed inte ska bli liggande utan åtgärd under någon längre tid (se prop. 2021/22:120, s. 33). Eftersom merparten av våra överprövningar kom in till förvaltningsrätten under det första halvåret, dvs. innan bestämmelsen infördes, går det inte dra några slutsatser om den fått effekt för vår del. Det man kan konstatera är dock att sådan handläggningstid som gällde för våra mål som tog längst tid – där målen låg klart för avgörande i sex månader – inte ska kunna förekomma framåt.

I de mål som avgjorts under året har det krävts i snitt 2,0 yttranden per process. Det mål som haft mest omfattande kommunikering fick vi yttra oss fem gånger. Samtliga överprövningar har hanterats med egen personal.