

UPPHANDLINGSÅRET 2020

Upphandlingsåret 2020

I skuggan av pandemin

Minnet av år 2020 kommer för alltid att präglas av Covid-19 och allt lidande som detta virus förde med sig.

Vi deltar alla i sorgen över hur hårt nämnda virus slog mot våra äldre och sköra. Och vi undrar varför vi inte bättre lyckades skydda de allra sköraste.

Utredningar och undersökningar kommer att genomföras och redovisas under innevarande år. Redan nu står det dock klart att uppdelningen av ansvar mellan regioner och kommuner inte har fungerat.

Det måste bli en förändring. När detta skrivs har vaccineringen i vårt land ännu inte påbörjats i någon större skala, även detta kommer att bli en prövning. Förhoppningsvis kommer våra regioner att klara av den massvaccinering som nu ska ske.

Vi kommer också för alltid att minnas det amerikanska valet och de förskräckliga scener vi kunde ta del av när en folkmassa stormar Capitolium och genom det skändar det amerikanska styret och de facto den amerikanska demokratin. Allt påhejat av den amerikanska presidenten som vägrar acceptera att han förlorat valet. Låt oss alla dra lärdom av detta. Vikten av integritet har aldrig varit större än idag. Vi behöver starka och modiga medmänniskor. Människor som vågar stå emot och säga ifrån, inte bara tyst utan med klar stämma markera, även mot det som ibland kallas den allmänna opinionen.

När vårt samhälle inom kort öppnar upp har vi alla ett behov av att dra lärdom av detta märkliga år. Vi kan redan nu tydligt se saker som vi lärt oss och som vi för alltid kommer att ha nytta av. Förmågan att ställa om och arbeta digitalt, insikten att många av våra s.k. nödvändiga resor är onödiga. Detta gäller både privata och yrkesrelaterade resor. Låt oss hålla fast vid det.

Vi kommer att kunna bygga ett mer miljövänligt och hållbart samhälle med hjälp av dessa insikter. Det måste vara vår målsättning från och med nu. Att ha orken och modet att förändra hur vi arbetar och lever.

Det offentliga Sverige kan vara en stor del av denna förändringsresa. Genom att strategiskt utarbeta och genomföra sina upphandlingar så kan det offentliga Sverige på riktigt upphandla hållbart. Här finns mycket att göra.

I denna korta nyhetskrift har vi som vanligt valt ut några av de mest spännande frågorna inom upphandling och går lite mer på djupet i vår analys av dessa. Vi hoppas att ni kommer att ha nytta och glädje av den.

Som vanligt kommer vi att anordna olika seminarier under året och ni kommer också i början av året kunna ta del av en nyskriven upplaga av Lagkommentaren från Norstedts Juridik.

På sista sidan hittar ni namn och kontaktuppgifter till de medarbetare på Cirio som varit engagerade i denna skrift.

Med hopp om ett intressant Upphandlingsår 2021.

Stockholm i januari 2021

Eva-Maj Mühlenbock

Innehåll

1	COOP SERVICE – YTTERLIGARE ANALYS.....	4
2	STORA RAMAVTAL – ÄR DET ALLTID BRA FÖR ALLA?.....	12
3	KAN MAN BYTA LEVERANTÖR I UPPHANDLADE AVTAL?.....	14
4	ÖVERFÖRINGAR AV PERSONUPPGIFTER TILL TREDJE LÄNDER – HUR KAN LEVERANTÖREN GARANTERA ATT DEN UPPFYLLER KRAVEN I DATASKYDDSFÖRORDNINGEN EFTER SCHREMS II?.....	15
5	INTRESSANT PRAXIS.....	18
6	NY LAGSTIFTNING FRÅN 2022?.....	22

1 COOP SERVICE – YTTERLIGARE ANALYS

1.1 Inledning och bakgrund

Ett av de mest omdiskuterade målen i upphandlingsvärlden under det senaste året är den s.k. Coop Service-domen (C-216/17) ("Coop"). Alla som läser denna skrift har sannolikt hört talas om Coop och vet vilken påverkan domen haft för den offentliga sektorn och för användningen av ramavtal. Osäkerheten kring hur Coop ska tolkas har dock varit stor, och flera aktörer har bidragit med tänkvärda analyser. Turen har nu kommit till oss för att göra samma sak.

Den stora frågan som aktualiseras i Coop är huruvida domen endast ska förstås som en bedömning i det enskilda fallet eller om den ger uttryck för en allmän princip. Denna fråga analyserades och diskuterades tidigt av bland annat Konkurrensverket¹ och Upphandlingsmyndigheten². Frågan har även varit föremål för ett flertal domstolsavgöranden under det senaste året.

Högsta Förvaltningsdomstolen ("HFD") har exempelvis i beslut angett att:

*"Det följer av flera bestämmelser i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster att det i ramavtalet från början ska fastställas den största kvantiteten varor eller tjänster som kommer att kunna bli föremål för efterföljande kontrakt (punkt 60). En upphandlande myndighet kan endast handla på ramavtalet inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har ramavtalet inte längre någon verkan (punkt 61). Öppenhetsprincipen och likabehandlingsprincipen skulle åsidosättas om den upphandlande myndigheten inte angav den totala kvantitet som ramavtalet avsåg (punkt 64)."*³

HFD ger genom detta uttalande en vägledning för hur Coop ska tolkas och uttalandena är naturligtvis en mycket stark indikation på vad som är gällande rätt. I skrivande stund ligger det dessutom fyra överklagade mål avseende takvolym i ramavtal hos HFD och väntar på beslut om prövningstillstånd.⁴ Det vore något överraskande om HFD inte väljer att pröva i vart fall ett av målen för att slutligt uttala sig i frågorna som aktualiserats.

Men är rättsläget verkligen så klart som det verkar? I Danmark har exempelvis *Klagenævnet for Udbud*⁵, som initialt hade en liknande syn på Coop som Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, begärt förhandsavgörande från EU-domstolen för att få veta om vad som gäller avseende takvolym i ramavtal. Den danska myndigheten har ställt följande frågor⁶ till EU-domstolen:

- Ska upphandlingsannonsen innehålla information om uppskattad kvantitet och/eller uppskattat värde på de varor som ska levereras enligt ramavtalet?
- Ska upphandlingsannonsen eller upphandlingsdokumenten innehålla information om maximal kvantitet och/eller maximalt värde av de varor som ska levereras enligt ramavtalet, med följd att ramavtalet inte längre är giltigt när gränsen uppnås?

¹ Ställningstagande 2019:1 den 27 juni 2019.

² Takvolym i ramavtal, vägledning nr 2019:3.

³ Beslut den 25 september 2020 i mål 5148-20.

⁴ Många fler mål har blivit överklagade till HFD, men nekats prövningstillstånd.

⁵ En myndighet som handlägger klagomål på upphandlande myndigheters agerande.

⁶ Vår förenklade och sammanfattande version. Se fullständig version på <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=225840&pageIndex=0&doclang=SV&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=23295235>

- Ska den upphandlande myndigheten anses ha tilldelat ett kontrakt utan föregående annonsering om annonsen och/eller upphandlingsdokumenten saknar informationen om uppskattad och maximal kvantitet och värde?⁷

Är det inte märkligt att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen avseende samma frågor som redan ska ha besvarats? Detta ger oss anledning att tro att rättsläget kanske inte är så klart som man vid en första anblick kan föräntledas tro. Kanske Coop inte alls ska tolkas på det sätt som Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten och de svenska domstolarna har gjort?

Med detta i åtanke har vi gått tillbaka och läst Coop med delvis andra glasögon och då funnit att det finns flera starka argument till varför det dragits alltför långtgående slutsatser av domen.⁸

1.2 Vad handlade Coop egentligen om?

Coop rörde tillämpningen av ett ramavtal med en leverantör där samtliga villkor var fastställda. Ramavtalet innehöll en klausul som gjorde det möjligt för andra myndigheter att ansluta sig till ramavtalet i efterhand (s.k. anslutande myndigheter). En anslutning resulterade i ett eget avtalsförhållande mellan den upphandlande myndigheten och leverantören på samma villkor som det ursprungliga ramavtalet. I ramavtalet fanns dock inga kvantiteter angivna för anslutande myndigheter, och efter att en sådan anslutning hade ägt rum väckte en annan leverantör en ogiltighetstalan på grunden att en anslutning till ramavtalet innebar att det var möjligt att tilldela ett nytt kontrakt utan att genomföra en ny upphandling.

Coop handlade alltså i grunden främst om vilka skyldigheter den anslutande myndigheten hade när den ingick ett kontrakt som grundades på ett redan ingånget ramavtal. Detta framgår också när man läser den italienska domstolens frågor⁹ till EU-domstolen:

Är det tillåtet att ingå ett ramavtal där

- en upphandlande myndighet handlar för egen räkning och på andra specifikt angivna upphandlande myndigheters vägnar, vilka emellertid inte direkt är parter i nämnda ramavtal, och
- kvantiteten av de tjänster som de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ramavtalet kan beställa när de senare ingår kontrakt som grundas på detta ramavtal inte är fastställd?

EU-domstolen svarade att:

- en upphandlande myndighet får handla för egen räkning och på andra specifikt angivna upphandlande myndigheters vägnar, vilka emellertid inte direkt är parter i ett ramavtal, förutsatt
- att kraven på offentliggörande, rättssäkerhet och följaktligen öppenhet iakttas, och
- det är uteslutet att de upphandlande myndigheter som inte har undertecknat ramavtalet underlåter att ange kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas när de senare ingår kontrakt som grundas på detta ramavtal eller anger nämnda kvantitet med hänvisning till deras ordinarie behov, då de i annat fall skulle åsidosätta öppenhetsprincipen och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörer som berörs av ingåendet av nämnda ramavtal.

Vad Coop uttryckligen svarade på var att anslutande myndigheter var tvungna att ange kvantitet och att detta inte kunde ske endast genom en hänvisning till myndighetens ordinarie behov. Domstolen angav fyra skäl till varför det var obligatoriskt att ange kvantitet:

⁷ Mål C-23/20 (Simonsen & Weel).

⁸ Slutsatserna som dragits av Coop kan mycket väl visa sig vara korrekta och inom kort komma att bekräftas av EU-domstolen, men vår uppfattning är att Coop kan tolkas på flera olika sätt och att det inte är givet vilken tolkning som är den korrekta.

⁹ Våra förenklingar.

- Det följde av flera andra bestämmelser i direktivet att kvantitet och/eller värde skulle anges.
- Ramavtal som slöts med en ekonomisk aktör innebar att den upphandlande myndigheten endast kunde handla inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns hade nåtts hade avtalet inte längre någon verkan.
- Angivandet av total kvantitet säkerställde transparens och likabehandling då det annars vore möjligt att uppnå en artificiell uppdelning av ramavtalet i syfte att ligga under tröskelvärdena.
- Angivandet av total kvantitet säkerställde att ramavtal inte användes på ett otillbörligt sätt så att konkurrensen förhindrades eller snedvreds.

Domstolen kom alltså fram till att en anslutande myndighet måste ange kvantitet, men domen har av många tolkats som att denna skyldighet även gäller för den ursprungliga ramavtalsparten och då i form av att denne måste ange en s.k. takvolym (dvs. en högsta volym som styr ramavtalets giltighet). Det är utan tvekan så att domstolen i vissa avsnitt gör svepande uttalanden som, i vart fall rent språkligt, träffar alla ramavtal (även ramavtal med fler än en leverantör) och alla upphandlande myndigheter (inte bara anslutande myndigheter).

Det finns dock redan inledningsvis två *generella argument* som talar emot att domen ska ges den stora räckvidd den nu har fått.

- *För det första* var omständigheterna i Coop speciella och debatten efter avgörandet har fokuserat på delvis andra frågor än de som ställdes i Coop. Domslutet gav rent språkligt snarare uttryck för att den anslutande myndigheten måste specificera sitt behov eller att det är kvantiteten i de efterföljande kontrakten (eller de enskilda avropen) som måste specificeras.
- *För det andra* kan det ifrågasättas huruvida domstolen skulle uttryckt sig på detta sätt om den ville införa ett generellt krav på takvolym i ramavtal. Hade det inte varit mer sannolikt att domstolen då hade skrivit en mer klargörande dom som utgick från att det inte fanns någon bestämmelse i LOU-direktivet om detta men att det var motiverat att införa en sådan?

Det finns även mer *specifika argument* som talar emot att domen ska ges den stora räckvidd den nu har fått. Dessa tar mer sikte på upphandlingslagstiftningen som helhet och hur bestämmelserna hänger ihop sinsemellan och redogörs för nedan.

1.3 Förhållandet mellan uppskattad kvantitet och s.k. "takvolym"

Den första omständigheten att beakta är förhållandet mellan uppskattad kvantitet och takvolym. En upphandlande myndighet som vill ingå ett ramavtal måste redan i annonsen ange en uppskattad volym av ramavtalet. Är detta då samma sak som en "takvolym"? Upphandlingsmyndigheten har anfört att den uppskattade volymen inte per automatik kan ses som en takvolym.¹⁰ Så har även bekräftats i svensk praxis, av vilken det även framgår att den upphandlande myndigheten kan uppfylla skyldigheten att ange takvolym genom att ange en "rimlig uppskattning" av behovet.¹¹ Det har i vissa fall alltså ansetts tillräckligt att *uppskatta* takvolymen eftersom det är för svårt (eller till och med omöjligt) att ange en exakt volym.

Uttalandena i praxis leder dock till förvirring, *dels* då en "rimlig uppskattning" (osäker och oprecis kvantitet) knappast kan vara detsamma som en "takvolym" (exakt kvantitet som kan ligga till

¹⁰ Upphandlingsmyndigheten, s. 19.

¹¹ Jfr. Kammarrätten i Stockholm i mål 2055-20 och 935-20, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2770-19, Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål 8332-20 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål 6433-20.

grund för upphandlings- och avtalsrättsliga konsekvenser om den överskrids), *dels* då den upphandlande myndigheten i sådana fall tvingas göra två separata uppskattningar (men fortfarande utan att ange ett *exakt* tak). Det *generella argumentet* kvarstår därför – är det rimligt att tolka EU-domstolen som att den har infört ett krav på angivande av takvolym som de nationella domstolarna tvingas omtolka för att kravet i många fall inte är möjligt att uppfylla?

Av Coop framgår inte med vilken grad av precision som kvantiteten ska fastställas annat än att det inte är tillfyllest att hänvisa till ordinarie behov.¹² Detta leder tanken till att Coop egentligen kanske diskuterar uppskattade volymer snarare än exakta (tak)volymer. Men om så är fallet – var kommer begreppet takvolym ifrån? Det bör härvid påpekas att EU-domstolen inte använder begreppet ”tak” eller ”takvolym”, utan dessa begrepp verkar ha myntats av de svenska uttolkarna av domen.

Som tur är kommer EU-domstolen att (återigen) besvara denna fråga inom kort och då besvara huruvida en upphandlande myndighet måste ange både uppskattad volym och takvolym vid upphandlande av ramavtal och hur dessa i så fall ska anges.

1.4 Takvolym och ändring av ramavtal

Den andra omständigheten att beakta är att det är oklart hur en fastställd takvolym förhåller sig till reglerna om *ändring av avtal*. Enligt LOU kan ett ramavtal exempelvis ändras utan en ny upphandling om ändringen är av *mindre värde* eller om ändringen *inte är väsentlig*. I detta ligger att volymen av ramavtal kan ändras på ett relativt enkelt sätt och beroende på vilken ändringsbestämmelse som används kan ett ramavtal bli föremål för relativt stora volymändringar utan att en ny upphandling behöver göras.

Upphandlingsmyndigheten har anfört att Coop inte ska tolkas på så sätt att varje avvikelse från takvolymen innebär att ramavtalet är utan verkan. En given takvolym ska alltså kunna bli föremål för ändringar.¹³ Både Kammarrätten och Förvaltningsrätten i Jönköping har i separata mål instämt i denna bedömning.¹⁴

Även denna inställning leder till förvirring. Coop motiveras i stor utsträckning av transparenskäl och att leverantörerna ska kunna räkna på om det är värt att lämna anbud. Förtar då inte en ändring av takvolymen syftet med att ange takvolym i första skedet? I vår mening blir värdet av en angiven takvolym ganska litet om den kan bli föremål för förändring. Skyldigheten att ange takvolym och slutsatsen att ett ramavtal är utan verkan när takvolymen uppnås är i vårt tycke svårförenat med de generösa möjligheter som finns att ändra ramavtalet.

Om målet är att uppnå transparens i ramavtal så borde rimligtvis ändringar av ett ramavtal ske inom ramen för en angiven takvolym. Med andra ord, om en angiven takvolym ska fylla sin funktion så torde ändringar, även om de är tillåtna enligt 17 kap. LOU, vara otillåtna om takvolymen överskrids. Detta skulle dock sätta bestämmelserna om ändring av avtal ur spel, vilket knappast har varit EU-domstolens avsikt.

Ett konkret sätt att komma runt problematiken med takvolym vore att alltid inkludera en väl tilltagen ändrings- eller optionsklausul i ramavtalet. Även om en sådan klausul är väl tilltagen i omfång så finns den ju med från början och om den är korrekt utformad torde den säkra nödvändig transparens i upphandlingen.¹⁵ Detta tillvägagångssätt har dock redan förklarats

¹² Se även Upphandlingsmyndigheten, s. 18.

¹³ Upphandlingsmyndigheten, s. 24.

¹⁴ Se domarna i målen 3137-20 och 3312-3313-20, s. 7.

¹⁵ Jfr. Upphandlingsmyndighetens skrift Ändring av kontrakt och ramavtal, s. 23-26.

ogiltigt av Förvaltningsrätten i Göteborg eftersom det bedömdes att principen om takvolym då sattes ur spel.¹⁶

Idén om takvolym är alltså svår att förena med bestämmelserna om ändringar av avtal, vilket i vår mening talar emot slutsatsen att upphandlande myndigheter alltid måste ange en takvolym i ramavtal och att avtalet automatiskt är ogiltigt när volymen uppnås.

1.5 Säkerställande av fortsatt konkurrens vid ramavtal

Den tredje omständigheten har att göra med hur konkurrensen på den inre marknaden säkerställs. Det har i debatten anförts att Coop egentligen inte handlar om transparens, utan om att öppna upp för konkurrens och tillse att den inre marknaden fungerar tillfredsställande.¹⁷ Man skulle alltså kunna förstå Coop som att domen i huvudsak avser att förverkliga den inre marknaden och undanröja konkurrenshinder.

Det är förstås så att ramavtal är konkurrensbegränsande och det finns starka skäl att mildra den konkurrensbegränsande effekten på olika sätt. Så har även skett genom olika åtgärder. För det första får ett ramavtal endast löpa under fyra år.¹⁸ Av upphandlingsdokumenten måste det även framgå vilka upphandlande myndigheter som har rätt att avropa från ramavtalet.¹⁹ Ramavtal kan heller inte kan ändras på vilket sätt som helst.²⁰

Det finns alltså redan verktyg på plats för att mildra ramavtalens konkurrensbegränsande effekter. Med hänsyn till detta vore det mycket egendomligt om EU-domstolen anser att det krävs *nya begränsningar* utöver de som redan finns utan att domstolen tydliggör varför den nuvarande ordningen är otillräcklig. Detta perspektiv motiverar alltså i vår mening inte heller att Coop ska ges den innebörd den nu fått.

1.6 Takvolym i form av kvantitet eller värde

Den fjärde omständigheten som vållar förvirring är *hur* en eventuell takvolym ska anges. Av Coop framgår följande (vår fetstilade text):

Av punkt 66 framgår: *”Om den upphandlande myndighet som från början var part i ramavtalet inte var skyldig att redan från början ange kvantiteten och **högsta belopp** med avseende på de tjänster som ska omfattas av detta avtal...”*

Av punkt 69 framgår vidare: *”För det fjärde är kravet att den upphandlande myndighet som från början var part i ramavtalet ska ange kvantiteten och **beloppet** med avseende på de tjänster som ramavtalet kommer att omfatta...”*

Dessa två skrivningar i domen har gett upphov till stor oklarhet och Konkurrensverket, Upphandlingsmyndigheten och domstolarna har alla kommit med olika tolkningar av vad detta innebär. Konkurrensverket har anført att den upphandlande myndigheten är skyldig att precisera den totala kvantitet och det totala belopp som ramavtalet omfattar.²¹ Upphandlingsmyndigheten har anført att det bör vara möjligt att uttrycka takvolymen som ett belopp, men att det inte finns någon skyldighet att ange takvolymen både i form av volym och värde.²²

¹⁶ Förvaltningsrätten i Göteborg i mål 11299-20.

¹⁷ <https://upphandling24.se/ny-tolkning-av-coopservice-dom/>

¹⁸ Direktiv 2014/24/EU, artikel 33.1.

¹⁹ Direktiv 2014/24/EU, skäl 60.

²⁰ Direktiv 2014/24/EU, artikel 72.

²¹ Konkurrensverket, s. 8.

²² Upphandlingsmyndigheten, s. 18-19.

Av praxis framgår att det finns en mängd olika uppfattningar i denna fråga:

- "det inte finns något generellt hinder mot att takvolym anges i form av ett värde (takbelopp)"²³,
- "Det finns inte heller stöd för att kvantiteten ska anges på något särskilt sätt eller på flera olika sätt. Det måste därför kunna godtas att kvantiteten anges som ett värde, om det anses tillräckligt transparent i det enskilda fallet."²⁴,
- "Med maximal omfattning får förstås den högsta volymen eller det maximala värdet avseende samtliga avtalsprestationer"²⁵ och
- "Takvolymen kan anges både som mängd och som ett värde."²⁶

Domstolarna har alltså gått från "det finns inget hinder mot" till "kan godtas om" till "får förstås som" till avslutningsvis "kan anges". Det verkar som att domstolarna blir allt säkrare på sin sak, nämligen att upphandlande myndigheter kan ange takvolym i form av belopp. Denna rättsutveckling är intressant, särskilt med tanke på att Coop enligt vår mening inte ger särskilt starkt stöd för att en eventuell takvolym kan (eller ska) anges i form av ett belopp eller värde.

Det är förstås korrekt att den svenska, danska och tyska versionen av Coop använder begreppet "belopp", "beløb" och "Gesamtbetrag", vilket indikerar att den upphandlande myndigheten ska ange ett belopp, värde eller total summa. Denna uppfattning återkommer dock inte riktigt på samma sätt i den italienska (originalspråket), engelska, franska och spanska versionen av domen. I dessa översättningar används istället begrepp som "la quantità e l'importo massimi dei servizi" (italienska), "the quantity and amount of the services" (engelska), "d'embellée le volume et le montant maximaux des prestations" (franska) och "el volumen y el importe máximos de las prestaciones" (spanska).

De andra versionerna av Coop kan likväl tolkas som att den upphandlande myndigheten ska ange kvantitet och omfattning av varorna och tjänsterna.²⁷ Detta stämmer också överens med hur domskälen (även de svenska) är skrivna där det främst diskuteras varför upphandlande myndigheter måste ange kvantitet. Begreppet "belopp" förekommer endast på två ställen i domskälen och EU-domstolen förklarar egentligen inte varför det är viktigt att den upphandlande myndigheten anger takvolym i form av belopp/värde.²⁸

Begreppet omfattning passar alltså mycket bättre in i det sammanhang som domen avser, vilket får oss att tro att EU-domstolen kanske aldrig avsåg att ålägga upphandlande myndigheter en skyldighet (eller möjlighet) att ange takvolym i form av ett "belopp". Ett på förhand angivande av belopp i upphandlingsdokumenten riskerar dessutom att förfelas då det maximala beloppet under ramavtalet rimligen är en följd av vilka priser som anbudsgivarna erbjuder, medan den upphandlande myndigheten faktiskt torde ha kontroll över vilken kvantitet behovet kan uppgå till.

Med hänsyn till ovan kan det därför argumenteras för att:

- Coop endast ger svagt stöd till uppfattningen att en takvolym kan anges enbart i form av ett *belopp*,

²³ Kammarrätten i Göteborg i mål 604-20.

²⁴ Kammarrätten i Stockholm i mål 935-20.

²⁵ Förvaltningsrätten i Jönköping i mål 3312-3313-20. Kammarrätten i Jönköping instämde i bedömningen i mål 3137-20.

²⁶ Förvaltningsrätten i Göteborg i mål 2516-20.

²⁷ Även om exempelvis begreppet "amount of services" kan innefatta både "belopp" och "omfattning".

²⁸ Att värde ska anges i form av en uppskattning torde vara en annan sak och syftar främst till att ramavtalen inte ska undandras direktivets tillämpningsområde.

- Coop endast ger svagt stöd till uppfattningen att en takvolym ska anges i form av kvantitet och belopp.

1.7 Vad händer när volymen uppnår "taket"?

Coop har alltså ansetts innebära att upphandlande myndigheter måste ange takvolym i ramavtal. Den naturliga följdfrågan är då vad som händer när den angivna gränsen för kvantiteten uppnås. Av punkt 61 i Coop framgår följande:

"För det andra anges i artikel 32.3 i direktiv 2004/18 att om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, ska kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Härav följer att den upphandlande myndighet som från början är part i ramavtalet endast kan handla för egen räkning och på andra i ramavtalet specifikt angivna potentiella upphandlande myndigheters vägnar, inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre någon verkan."

Både Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten anser att detta innebär att ett avrop utöver den angivna kvantiteten kan utgöra en otillåten direktupphandling.²⁹ Som nämnts ovan har även HFD³⁰ uttalat sig om skrivningen. Även om HFD:s uttalande är allmänt utformat så ger det en stark indikation på att HFD anser att skrivningen i Coop är generellt tillämplig på alla ramavtal. I Danmark har man till och med gått så långt att man sagt upp väl fungerande ramavtal för att inte riskera att de ska ogiltigförklaras.³¹ Om detta är en korrekt anpassning till gällande rätt eller ett uttryck för det offentliga benägenhet att ta det säkra före det osäkra låter vi vara osagt.

Finns det då skäl att göra en annan tolkning av Coop? Som redogjorts för ovan handlade Coop i grunden inte om ogiltigförklarande av ramavtal utan denna (för domslutet) perifera fråga berördes endast i en enda mening. Frågan om ogiltighet nämndes alltså bara i förbifarten när domstolen motiverade varför en upphandlande myndighet i allmänhet var tvungen att ange kvantiteter och volymer. De som argumenterar för att Coop innebär att ett ramavtal är utan verkan när den angivna kvantiteten är uppnådd tar alltså en enskild mening, som egentligen inte behövs för att avgöra huvudfrågorna i målet, till intäkt för att hävda genomgripande ändringar av rättsläget.

Den i vårt tycke avgörande frågan torde istället vara – om EU-domstolens avsikt var att utöka direktivets tillämpningsområde, hade den då inte tydliggjort detta och motiverat varför det var nödvändigt? Vi saknar härvid en utförlig diskussion, både av EU-domstolen och av andra aktörer, om vad EU-domstolen egentligen avsåg med skrivningen i punkt 61 och om det är möjligt att förstå uttalandet på något annat sätt.

En möjlig tolkning är kanske att punkten tas upp endast för att visa att artikel 32.3, för att den ska ha någon innebörd och relevans, förutsätter att den upphandlande myndigheten har angett kvantitet. Bestämmelsen i artikel 32.2 vore nämligen överflödigt och omöjlig att tillämpa om den upphandlande myndigheten inte hade angett kvantitet i ett tidigare skede. En alternativ tolkning är därför att punkt 61 endast tar sikte på ramavtal med en leverantör och att bestämmelsen inte är generellt tillämplig på ramavtal.³² Det kan därför argumenteras för att Coop endast ger svagt stöd till uppfattningen att alla ramavtal blir ogiltiga när en angiven takvolym överskrids och att Coop inte ger något stöd alls till uppfattningen att ett ramavtals giltighet upphör om en angiven takvolym i form av belopp överskrids.³³

²⁹ Konkurrensverket, s. 9 och Upphandlingsmyndigheten, s. 24-25.

³⁰ HFD i beslut den 4 maj 2020 och den 25 september 2020. Se även Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 604-20 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 1142-20.

³¹ <https://inkopsradet.se/juridik/eu-dom-sanker-populara-ramavtal/>

³² Upphandlingsmyndigheten förespråkade i vart fall initialt denna tolkning, se s. 14.

³³ I Coop p. 61 andra meningen nämns endast kvantitet.

Frågan om vad som händer med ett ramavtal vars angivna volym överskrids är ännu inte prövad i svensk praxis. Kammarrätten i Stockholm har dock närmast sig frågan när den uttalade: *”Det saknas skäl att i det nu aktuella målet, som avser frågan om vilka uppgifter som ska finnas med i upphandlingsdokumenten, ta ställning till vad som händer om den av Försvarsmakten angivna totala kvantiteten överskrids.”*³⁴ Frågan kommer dock förhoppningsvis att få sitt slutgiltiga svar när EU-domstolen meddelar sitt beslut i den danska begäran om förhandsavgörande.³⁵

1.8 Avslutande reflektioner

Coop meddelades för ungefär två år sedan och mycket har hänt i praxis och i den allmänna debatten sedan dess. ”Alla”³⁶ synes vara överens om hur Coop ska tolkas. Måhända är denna artikel två år för sen (och därmed rätt överflödigt) eller så är analysen och slutsatserna fullständigt felaktiga (varför artikeln inte borde ha skrivits alls). Men det är svårt att värja sig mot annalkande skrivlust när det är något som gnager – och med Coop är det något som gnager, vi kommer inte runt det. Och enligt vår uppfattning finns det skäl som talar emot att Coop ska tolkas på det sätt som vi hittills gjort i Sverige (och i Danmark). Om vi har rätt – betyder det att allt vi trott oss veta om ramavtal de senaste två åren är värdelös kunskap? Nej, sannolikt inte – alla åtgärder som gör upphandlingar mer transparenta får väl anses vara rimliga åtgärder. Om vi har fel – ja, då är ju ingen skada skedd eftersom omställningen till en ”Post Coop”-verklighet ändå är i full gång.

En intressant iakttagelse i sammanhanget är dock vad som kan hända när EU-domstolen meddelar en dom som leder till fler frågor än svar. Vi har sett lovvärda försök till analyser från ett flertal aktörer, och i vårt tycke var Upphandlingsmyndigheten rätt ute när den lite förenklat, konstaterade att *”Vi tror Coop innebär det här, men rättsläget är oklart”*.

I detta fall har dock det oklara rättsläget fått stora konsekvenser, framförallt för offentlig sektor. Vi kommer därför inte ifrån att Coop är ett exempel på, om inte dålig så i vart fall mycket otydlig, domskrivning. Det kan inte vara rimligt att innebörden av en dom som är så ingripande för offentlig verksamhet fortfarande diskuteras två år efter att den meddelades. Med hänsyn till detta är det alltså fullt förståeligt att den danska *Klagenævnet for Udbud* har känt sig tvungen att begära ett nytt förhandsavgörande på exakt samma frågor som Coop påstås besvara. Detta kan inte vara annat än ett underbetyg till domskrivningen (alldeles oavsett vad domstolen avsåg att förmedla).

³⁴ Kammarrätten i Stockholm i mål 935-20.

³⁵ Mål C-23/20 (Simonsen & Weel).

³⁶ Sveriges Kommuner och Regioner undantaget.

2 STORA RAMAVTAL – ÄR DET ALLTID BRA FÖR ALLA?

Av de upphandlingar som annonserades under 2018 avsåg nästan fyra av tio ramavtal³⁷.

Numera avser ramavtalen inte bara anskaffning av mer eller mindre vardagliga produkter som behövs i de upphandlande myndigheternas verksamheter, utan också förhållandevis avancerade tjänster. Många ramavtal är därtill ganska omfattande då de inte sällan är upphandlade för flera upphandlande myndigheters samlade behov. Denna ”breddning” av ramavtalens innehåll och omfattning har naturligtvis förenklat upphandlande myndigheters/enheters anskaffningar. Samtidigt kan det få effekter som kanske inte alltid är önskade.

På både EU- och nationell nivå har ramavtalen kommit att regleras allt mer. Det finns exempelvis regler om ramavtalens löptid och vilka som ska anses avropsberättigade. Vidare finns flera olika typer av ramavtal definierade.

Gemensamt för ramavtalen är att de under sin löptid kan påstås att i viss bemärkelse ”låsa” en del av marknaden. Den leverantör som ensam tilldelas ett ramavtal kan normalt räkna med att vara ett slags monopolleverantör, må vara till i ramavtalet bestämda priser och villkor. I andra fall där flera leverantörer tilldelats ramavtal kan de ha rangordnats och/eller kvalificerats för att delta i förnyade konkurrensutsättningar. De leverantörer som hamnar utanför ramavtalen är dock oavsett ramavtalsformen i princip avskurna från den delen av marknaden under hela ramavtalets löptid.

Är då detta ett problem? Alla leverantörer (som är kvalificerade) kan ju delta i upphandlingarna!

Frågan kan besvaras på olika sätt beroende på ramavtalets omfattning.

I de fall det är fråga om en upphandlande myndighet som upphandlar ett ramavtal avseende exempelvis den myndighetens behov av fastighetsunderhåll får det inga större effekter på marknaden som helhet. De leverantörer som inte tilldelades just det ramavtalet har sannolikt möjlighet att delta i andra upphandlingar avseende fastighetsunderhåll.

Om flera upphandlande myndigheter slår sig ihop och genomför en upphandling kan effekterna bli lite annorlunda. Beroende på hur ramavtalet utformas (en ensam leverantör, rangordning eller förnyad konkurrensutsättning) är det inte säkert att alla leverantörer har möjlighet att delta, då omfattningen av åtagandet kanske överstiger den leverantörens kapacitet. Är det flera leverantörer som ska tilldelas ramavtal kan osäkerheten om framtida avrop också ställa till det – ska leverantören ”hålla beredskap” för *eventuella* avrop?

Är ramavtalsupphandlingen än större, exempelvis genom att det är en inköpscentral som genomför den för ett stort antal myndigheters räkning, gör sig dessa farhågor gällande i ännu högre grad. Den leverantör som väljer att överhuvudtaget inte delta tackar i så fall nej till hela den delen av den offentliga marknaden. Då vissa inköpscentralers ramavtal idag är rikstäckande är konsekvenserna stora. Sådana rikstäckande ramavtal upphandlas bland annat av Statens Inköpscentral vid Kammarkollegiet (SIC) och SKL Kommentus Inköpscentral (SKI).

Ett exempel på ett förhållandevis stort ramavtal är det som gäller SKI:s ”Programvaror och molntjänster 2019”. På det ramavtalet har 1 119 olika organisationer (kommuner och kommunala bolag) spridda över hela Sverige, under avtalstiden som är fyra år, rätt att avropa från fyra antagna leverantörer. Avrop sker genom förnyad konkurrensutsättning. Lite förenklat kan sägas att den marknad som dessa 1 119 organisationers anskaffningsbehov av programvaror och molntjänster utgör, är helt låst till fyra leverantörer under fyra års tid. Nya leverantörer har ingen möjlighet att komma in som leverantörer under det ramavtalet.

³⁷”Statistik om offentlig upphandling 2019”, Upphandlingsmyndighetens rapport 2019:5 respektive Konkurrensverkets rapport 2019:3

Vilka ramavtal som inköpscentralerna väljer att handla upp bygger på undersökningar om vilka behov som inköpscentralerna identifierar. För att bli avropsberättigad på exempelvis SKI:s ramavtal krävs emellertid inte annat än att myndigheten i fråga betalar en serviceavgift till SKI, varigenom myndigheten får en möjlighet, men ingen skyldighet, att använda kommande ramavtal som annonseras under det därpå följande året. Någon undersökning av myndigheternas egentliga samlade behov görs uppenbarligen inte, vilket naturligtvis innebär svårigheter för leverantörer att bilda sig en uppfattning om vilka åtaganden som ramavtalet kan komma att innebära.

Samma förhållanden kan egentligen sägas gälla avseende de ramavtal som SIC ingår. Enligt förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning ska Kammarkollegiet, avseende varor och tjänster som myndigheterna upphandlar ofta, i stor omfattning eller som uppgår till stora värden, se till att det finns ramavtal eller andra gemensamma avtal som effektiviserar upphandlingarna. Enligt förordningen gäller den för alla myndigheter under regeringen, som alltså är skyldiga att använda sig av de ramavtal som SIC upphandlar, "om myndigheten inte finner att en annan form av avtal sammantaget är bättre". I förordningen anges också att små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar ska beaktas. I dessa fall handlas alltså ramavtal upp för ett stort antal myndigheters räkning utan att varje avropsberättigad myndighets behov har inventerats. De i ramavtalsupphandlingarna deltagande leverantörernas möjligheter, att beräkna efterfrågan och avrop under de blivande ramavtalen, måste betraktas som små.

De effekter som stora och långa ramavtal kan få är motsägelsefulla i förhållande till ett av syftena med upphandlingsreglerna; att ta tillvara konkurrensen och leverantörernas intressen. I LOU finns sedan den 1 januari 2017 visserligen en bestämmelse som innebär att upphandlande myndigheter måste överväga att dela upp kontrakt i mindre delar (LOU 4 kap 14 §). Bestämmelsen har en direkt koppling till det bakomliggande direktivets syfte och innebär i praktiken en motiveringsskyldighet för sådana överväganden som leder till att ett kontrakt inte ska delas upp. Utgångspunkten är således att en upphandling (om möjligt) ska delas upp i separata delar.

Bestämmelsen talar endast om kontrakt och inte om ramavtal. Vilken betydelse det har för hur man ska se på upphandling av ramavtal, dess volym och dess utformning är därför oklart, men det bakomliggande upphandlingsdirektivet är enligt vår uppfattning tydligt; principen om att underlätta för små och medelstora företag gäller generellt för den offentliga upphandlingen³⁸.

Samtidigt blir dessa "skyddsprinciper" för små och medelstora företag motsägelsefulla då både direktivet och LOU öppnar upp för stora gemensamma upphandlingar, inrättande av stora inköpscentraler och ingående av stora och långa ramavtal. Dessvärre är vi många som ser tendenser till allt större samarbeten och att anbudsområden slås ihop, vilket helt kan ändra förutsättningarna för en leverantörs deltagande. Man kan ju exempelvis fråga sig vilken möjlighet en liten leverantör har att få delta i en ramavtalsupphandling motsvarande den som beskrivits ovan. Att ram-/avropsavtal också på andra sätt kan vålla huvudbry kan ni läsa om på annat ställe i denna skrift.

³⁸ Se exempelvis skäl 59 och 78 i "Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG".

3 KAN MAN BYTA LEVERANTÖR I UPPHANDLADE AVTAL?

I **Upphandlingsåret 2019** tog vi upp frågan om byte av leverantör i upphandlade avtal. Vi förstod förstås att frågan var viktig, men inte hade vi kunnat ana att frågan fortfarande skulle vara olöst ett helt år senare.

Saken har nu ställts på sin spets genom att Högsta Förvaltningsdomstolen begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att få klarhet i frågan. I grunden är det förstås positivt att svenska domstolar använder möjligheten att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen, särskilt i en svår och praktiskt mycket viktig fråga som denna. Samtidigt innebär detta att parterna får vänta länge på ett avgörande, och att vi andra får finna oss i att leva i osäkerhet ännu ett tag. Vi ser dock fram emot EU-domstolens avgörande och hoppas att domstolen tar hänsyn till affärlivets realiteter och inte i onödan hindrar sådana strukturomvandlingar som är affärsmässigt motiverade.

Vi vågar (nästan) lova att frågan får sin lösning under 2021 och att vi kan återkomma med en längre analys i **Upphandlingsåret 2022** om ungefär ett år.

Den intresserade kan läsa mer här:

<https://cirio.se/news/fragan-om-man-kan-byta-leverantor-i-upphandlande-avtal>

4 ÖVERFÖRINGAR AV PERSONUPPGIFTER TILL TREDJE LÄNDER – HUR KAN LEVERANTÖREN GARANTERA ATT DEN UPPFYLLER KRAVEN I DATASKYDDSFÖRORDNINGEN EFTER SCHREMS II?

Inledning

År 2020 var onekligen ett händelserikt år inom dataskyddsområdet. Ett minst sagt omtalat rättsfall från året är EU-domstolens dom i det så kallade Schrems II-målet (C-311/18) ("Schrems II"), vilket har ändrat förutsättningarna för att överföra personuppgifter till mottagare i länder utanför EU/EES ("tredjelsöverföringar"). Domen har medfört omfattande konsekvenser för företag och myndigheter som har behövt vidta åtgärder för att säkerställa sina tredjelsöverföringars lagenlighet.

Om leverantören behandlar personuppgifter för en offentlig aktörs räkning är leverantören personuppgiftsbiträde och den offentliga aktören personuppgiftsansvarig. Den personuppgiftsansvarige ansvarar för att *varje behandling* av personuppgifter är laglig. Det medför bland annat att den offentliga aktören måste kunna ställa krav på att leverantören kan garantera att den behandlar personuppgifter i enlighet med dataskyddsförordningen.

Under hösten har effekterna av Schrems II diskuterats frekvent och det kan fortfarande uppfattas som oklart hur tredjelsöverföringar ska genomföras på ett lagligt sätt. Detta avsnitt syftar därför till att ge en grundläggande förståelse för Schrems II och den rättsliga bakgrunden till de garantier som leverantören måste kunna ge för att kraven i dataskyddsförordningen uppfylls.

Rättslig bakgrund om tredjelsöverföringar

Inom EU och EES, vars medlemsstater är bundna av dataskyddsförordningen, anses överföringar av personuppgifter omfattas av ett tillräckligt starkt skydd. Överföringar till tredje länder som inte omfattas av detta skydd är som utgångspunkt otillåtna. Undantag medges däremot när mottagaren befinner sig i ett land som anses erbjuda en *adekvat skyddsnivå* för personuppgifterna, uppgifterna omfattas av ett *lämpligt instrument* för överföringen eller ett uttryckligt *undantag* är tillämpligt.

En överföring av personuppgifter innebär att uppgifterna blir *tillgängliga* för någon. Det är därför inte enbart faktiska överföringar som avses, utan även till exempel lagring av personuppgifter i en molntjänst eller på en server eller fjärråtkomst vid IT-support innebär att personuppgifterna blir tillgängliga för mottagaren och att en överföring därmed görs. Schrems II påverkar således i princip all användning av moln- och IT-tjänster som är belägna i tredje länder.

EU-domstolens slutsatser i Schrems II och målets konsekvenser

Schrems II handlade om Facebook Irlands möjlighet att överföra personuppgifter till amerikanska Facebook Inc. EU-domstolen avgjorde dels om det var lagligt att överföra personuppgifter till USA med stöd av EU-US Privacy Shield³⁹, dels om EU-kommissionens standardavtalsklausuler⁴⁰ för överföringar till USA var förenliga med dataskyddsförordningen.

EU-domstolen ogiltigförklarade Privacy Shield eftersom ramverket inte erbjöd ett tillräckligt starkt skydd för personuppgifter. EU-domstolen ansåg till exempel att amerikanska myndigheter hade för generella möjligheter att få åtkomst till personuppgifter med hänvisning till generella intressen, såsom nationell säkerhet och allmänintresset. EU-kommissionens standardavtalsklausuler är dock fortfarande giltiga, under förutsättning att personuppgiftsexportören kan säkerställa att tredjelsöverföringen omfattas av ett "väsentligt

³⁹ Ramverk som gav stöd till överföringar av personuppgifter till anslutna mottagare i USA.

⁴⁰ Standardavtalsklausuler som säkerställer att personuppgifter omfattas av ett tillräckligt starkt skydd vid en tredjelsöverföring.

likvärdigt skydd” som inom EU. Det ställer bland annat krav på att exportören *i varje enskilt fall* måste bedöma om det tredje landets lag eller praxis påverkar effektiviteten av det överföringsverktyg som används. EU-domstolen öppnade dock upp för möjligheten att vidta kompletterande skyddsåtgärder för att garantera den skydds nivå som krävs enligt EU-lagstiftningen, även om den inte uttalade vilka skyddsåtgärder som skulle kunna aktualiseras. Under hösten har dock Europeiska dataskyddsstyrelsen utgivit rekommendationer för att identifiera och bedöma kompletterande skyddsåtgärder.⁴¹ Rekommendationerna innehåller dessutom en praktisk handlingsplan, vilken vi återkommer till nedan.

Schrems II innebär alltså inget absolut förbud mot överföringar av personuppgifter till USA. Domen medför dock att alternativa överföringsverktyg till Privacy Shield måste identifieras. Överföringar till USA kan till exempel fortfarande göras med stöd av en undantagssituation enligt artikel 49 GDPR (även om artikeln ska tolkas restriktivt och därmed sällan blir tillämplig). Dessutom påverkar inte domen möjligheten att använda bindande företagsbestämmelser⁴². Notera dock att bindande företagsbestämmelser inte i sig erbjuder ett tillräckligt skydd och således kan behöva kompletteras med ytterligare skyddsåtgärder.

EU-domstolen uttalade sig inte direkt i frågan om det var möjligt att överföra personuppgifter till USA med stöd av EU-kommissionens standardavtalsklausuler. Eftersom EU-domstolen ogiltigförklarade Privacy Shield på grund av att det amerikanska rättssystemet gav ett otillräckligt skydd borde dock utgångspunkten vara att överföringar till USA med stöd av sådana standardavtalsklausuler är olagliga.

Europeiska dataskyddsstyrelsens rekommendationer

För att personuppgiftsexportören (den offentliga aktören som personuppgiftsansvarig eller leverantören som personuppgiftsbiträde) ska kunna genomföra en laglig tredjelandsöverföring bör den följa Europeiska dataskyddsstyrelsens handlingsplan. Handlingsplanen består av följande steg.⁴³

- **Steg 1 – Kartlägg alla tredjelandsöverföringar:** Säkerställ att överföringen är lämplig, relevant och begränsad till vad som är nödvändigt i förhållande till syftet med överföringen. Glöm inte att kartlägga eventuella underleverantörer.
- **Steg 2 – Notera vilket överföringsverktyg som grundar överföringen:** Om ett kommissionsbeslut om adekvat skydds nivå eller ett undantag i artikel 49 används som grund är överföringen laglig. I sådana fall behöver inga åtgärder enligt följande steg vidtas. Giltigheten av beslutet måste dock kontinuerligt övervakas.
- **Steg 3 – Bedöm mottagarlandets lagstiftning och praxis:** Det åligger personuppgiftsexportören att göra en bedömning av varje tredje land till vilket en överföring görs. I detta steg bör Europeiska dataskyddsstyrelsens rekommendationer för övervakningsåtgärder beaktas.⁴⁴ Notera dock att skydds nivån i USA redan har underkänts av EU-domstolen genom Schrems II.
- **Steg 4 – Identifiera och tillämpa ytterligare skyddsåtgärder:** Om bedömningen enligt steg 3 visar att mottagarlandet inte erbjuder ett väsentligt likvärdigt skydd ska åtgärder som kan komplettera det bristande skyddet identifieras.

⁴¹ Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data.

⁴² Regler som en företagskoncern med bolag i flera olika länder kan ta fram för att reglera sin behandling av personuppgifter inom koncernen. Bindande företagsbestämmelser måste godkännas av behörig tillsynsmyndighet.

⁴³ Observera att varje enskild överföring ska utvärderas och dokumenteras individuellt enligt varje steg. Ha i åtanke att dokumentationen kan komma att behöva visas upp för Integritetsskyddsmyndigheten och möjligen även affärspartners.

⁴⁴ Recommendations 02/2020 on the European Essential Guarantees for surveillance measures.

Dataskyddsmyndigheter är skyldiga att stoppa tredjelandsöverföringar som inte erbjuder ett väsentligt likvärdigt skydd. Om inte någon skyddsåtgärd kan identifieras måste överföringen således avbrytas. Om det inte är möjligt att avbryta överföringen måste Integritetsskyddsmyndigheten informeras.

I korthet kan skyddsåtgärder delas upp i tekniska (t.ex. pseudonymisering, kryptering och dataminimering), organisatoriska (t.ex. interna policyers) och avtalsmässiga (t.ex. krav på säkerhetsåtgärder och utökad möjlighet till revision) åtgärder. Observera dock att organisatoriska och avtalsmässiga åtgärder inte i sig är tillräckliga för att säkerställa en tillräcklig skyddsnivå.

- **Steg 5 - Identifiera och tillämpa praktiska åtgärder:** Inför eventuella åtgärder som är nödvändiga för att kunna genomföra de kompletterande skyddsåtgärderna.
- **Steg 6 – Omvärdera skyddsnivån med jämna mellanrum:** Följ rättsutvecklingen av lagstiftning och praxis och bedöm om skyddsnivån för personuppgifterna riskerar att urholkas.

Avslutande ord

Under 2021 kan vi förvänta oss fortsatta diskussioner och nya riktlinjer avseende tredjelandsöverföringar. Dessutom finns det ett behov av att hitta alternativa lösningar till Privacy Shield och mindre betungande tillvägagångssätt för att bedöma skyddsnivåerna i mottagande tredje länder. Vi ser fram emot att följa den kommande rättsutvecklingen.

5 INTRESSANT PRAXIS

EU-domstolen synar vad som är ett avtal på ekonomiska villkor och Hamburg-samarbeten

Under 2020 avgjorde EU-domstolen flera mål med frågeställningar om ett avtal skulle anses vara ett avtal på ekonomiska villkor (dvs. om avtalet föll utanför LOU) eller om ett avtal kunde tilldelas utan upphandling inom ramen för det s.k. Hamburgundantaget (samarbete mellan två upphandlande myndigheter som inte står i kontrollförhållande till varandra). Nedan kommer vi redogöra för de viktigaste slutsatserna i dessa mål, varvid ett av målen, EU-domstolens dom den 10 september 2020 i mål C-367/19 (Tax-Fin-Lex), behandlas mer ingående.

I EU-domstolens dom den 28 maj 2020 i mål C-796/18 var frågan om LOU-direktivet (direktiv 2014/24/EU) ska tolkas på så sätt att ett avtal som anger att en upphandlande myndighet kostnadsfritt ska ställa en programvara till en annan upphandlande myndighets förfogande och är knutet till ett samarbetsavtal utgör ett avtal på ekonomiska villkor (artikel 2.1.5 LOU-direktivet, motsvarande 1 kap. 15 § LOU). Därutöver var även frågan om samarbetet uppfyllde kriterierna för att vara ett internt kontrakt enligt artikel 12.4 i LOU-direktivet (Hamburg-undantaget), motsvarande 3 kap. 17-18 §§ LOU.

Avtalet gällde ett samarbete mellan två upphandlande myndigheter där delstaten Berlin hade köpt in en programvara (från en privat leverantör), som skulle användas vid brandbekämpning, vilken de genom ett avtal sedan lät staden Köln använda kostnadsfritt. Båda parter (Berlin och Köln) åtog sig dels att utveckla programvaran, dels att ställa sådan utveckling till den andra partens förfogande. EU-domstolen ansåg mot denna bakgrund att avtalet om tillhandahållande av programvaran och samarbetsavtalet var ömsesidigt förpliktande, eftersom det (i och för sig) kostnadsfria tillhandahållandet av programvaran gav upphov till en ömsesidig förpliktelse att utveckla denna programvara. Eftersom ett kontrakt behöver vara ömsesidigt förpliktande med rättigheter som går att åberopa i domstol för att vara ett avtal i LOU:s och direktivets mening, var således avtalet att se som ett avtal på ekonomiska villkor.

För Hamburgundantaget var frågan om ett samarbete mellan upphandlande myndigheter kan undantas enligt detta undantag när samarbetet avser verksamheter (tillhandahållande av programvara för brandbekämpning), som är underordnade de offentliga tjänster som ska tillhandahållas (brandbekämpning), när denna underordnade verksamhet bidrar till att de offentliga tjänsterna faktiskt utförs. Invändningen om att samarbetet var av underordnad betydelse (och därför föll utanför Hamburgundantaget) är kopplat till den del av undantaget som anger att kontraktet ska avse upprättande eller genomförande av ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls i syfte att uppnå myndigheternas gemensamma mål (motsvarande 3 kap. 17 § punkt 1 LOU). EU-domstolen framhöll att denna bestämmelse endast hänvisar till gemensamma mål, utan att det krävs att en och samma offentliga tjänst tillhandahålls gemensamt, och hänvisade till att det framgår av skäl 33 första stycket i LOU-direktivet att "[d]e tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna [i ett sådant samarbete] ... inte nödvändigtvis [måste] vara identiska; de kan också komplettera varandra". Av detta följer, anser EU-domstolen, att ett samarbete mellan offentliga personer kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med utförandet av tjänster och utövandet av ansvar som de deltagande upphandlande myndigheterna anförtratts eller åtagit sig.

I EU-domstolens dom den 4 juni 2020 i mål C-429/19 var frågan om ett samarbete, enligt Hamburgundantaget, mellan upphandlande myndigheter kan anses föreligga när en upphandlande myndighet som ska utföra en uppgift av allmänt intresse inom sitt territorium inte helt på egen hand utför denna uppgift, utan ger en annan, i förhållande till denna fristående upphandlande myndighet, i uppdrag att utföra ett av de nödvändiga arbetsmomenten mot

ersättning. EU-domstolen framhöll att kontraktet i fråga endast hade till syfte att den ena myndigheten skulle tillhandahålla den andra en tjänst mot betalning. EU-domstolen påpekade att för att vara fråga om ett samarbete enligt Hamburgundantaget krävs att samtliga parter i samarbetsavtalet deltar gemensamt för att säkerställa att de allmännyttiga tjänster som de ska utföra tillhandahålls. Det kan inte röra sig om ett sådant samarbete när ena avtalspartens enda bidrag är att ersätta kostnader. Avtalet kunde således inte undantas med stöd av Hamburgundantaget.

I EU-domstolens dom den 18 juni 2020 i mål C-328/19 utvecklar EU-domstolen sin tidigare rättspraxis (EU-domstolens dom den 21 december 2016 i mål nr C-51/15) om när ett avtal anses vara ett avtal på ekonomiska villkor när kommuner (som det oftast är) överför befogenheter mellan varandra. Ett avtal genom vilket de kommuner som är parter i avtalet kommer överens om att ge en av dem ansvaret för att organisera vissa tjänster för dessa kommuner, är undantaget från tillämpningsområdet av LOU på grund av att avtalet utgör en överföring av befogenheter i enlighet med artikel 4.2 i fördraget om Europeiska unionen (FEU), vilket innebär att avtalet faller utanför vad som är ett avtal på ekonomiska villkor. EU-domstolen ansåg att alla förutsättningar för en överföring av befogenheter mellan kommunerna var uppfyllda enligt artikel 4.2 i FEU. Den hänskjutande domstolen hade även ställt en fråga om avtalet kunde anses vara ett Hamburg-samarbete, men då EU-domstolen fann att det inte var ett avtal på ekonomiska villkor, besvarades aldrig denna fråga.

Analys

Vad som kan konstateras av situationerna i domarna ovan är att frågan om vad som är ett avtal på ekonomiska villkor (1 kap. 15 § LOU) ofta kan sammanfalla med frågan om Hamburgundantaget (3 kap. 17-18 §§ LOU) är tillämpligt. Bestämmelsernas gränser mot varandra är inte alltid enkla att analysera. Enligt vår mening är det välkommet att EU-domstolen klargör att en upphandlande myndighet inom ramen för Hamburgundantaget, inte enbart kan stödja sig på att ersätta kostnader (dvs. utge ersättning) till den andra parten, utan att det krävs något ytterligare som "insats" i samarbetet. Vidare är det också välkommet att EU-domstolen klargör att ett Hamburg-samarbete inte behöver begränsa sig till "huvudföremålet" för den offentliga tjänst som en eller flera myndigheter ska utföra, varvid alltför (onödigt) stora värden med Hamburgundantaget hade gått förlorade.

EU-domstolens dom den 10 september 2020 i mål C-367/19 (Tax-Fin-Lex)

EU-domstolens dom

Den 7 juni 2018 offentliggjorde en upphandlande myndighet i Slovenien en annons om upphandling av ett rättssystem. Kontraktets värde, uppdelat i två olika anbudsområden, uppskattades av den upphandlande myndigheten till ca. 40 000 EUR. I den första delen inkom ett anbud från en leverantör om 0 kr. Den upphandlande myndigheten förkastade då leverantören med stöd av bestämmelsen i LOU-direktivet om vad som är ett kontrakt på ekonomiska villkor (motsvarande 1 kap. 15 § LOU). Fråga uppstod således om (1) bestämmelsen i 1 kap. 15 § LOU kan användas till stöd för att förkasta en leverantör, (2) om en sådan situation som nu var aktuell de facto var ett kontrakt på ekonomiska villkor eller inte.

Domstolen konstaterar, såvitt avser första frågan, kortfattat att bestämmelsen inte kan användas som stöd för att förkasta en leverantör, då bestämmelsen endast utgör en definitionsbestämmelse (se punkter 29-30). Istället, om en upphandlande myndighet önskar utesluta/förkasta ett anbud med anledning av att anbudet uppgår till 0 kr, är endast bestämmelsen om onormalt lågt pris (motsvarande 16 kap. 9 § LOU) tillämplig.

Den andra frågan är desto mer intressant. EU-domstolen hänvisar inledningsvis till tidigare meddelad praxis avseende uttrycket "kontrakt med ekonomiska villkor", och att det syftar på ett kontrakt varigenom varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan (se punkt 25). Härefter påpekar EU-domstolen att en motprestation för myndigheten inte nödvändigtvis måste bestå i penningutbetalningar, men att prestationerna måste vara av ömsesidigt förpliktande karaktär så att det skapas rättsligt bindande skyldigheter för vardera parten i avtalet, vars fullgörande måste kunna åberopas inför domstol (se punkt 26, ed hänvisning till tidigare praxis).

I nu aktuellt fall var den enda omständigheten som skulle kunna utgjort myndighetens motprestation att anbudsgivaren gavs tillgång till en ny marknad eller kunde erhålla referenser. En sådan omständighet var enligt EU-domstolen alltför oberäknelig, och kunde därför inte räcka för att kontraktet skulle kvalificeras som ett "kontrakt med ekonomiska villkor". EU-domstolen finner således att kontraktet inte var ett kontrakt på ekonomiska villkor (se punkt 28).

Analys

Domstolens slutsats angående den första frågan är knappast särskilt oväntad enligt vår mening, eftersom den upphandlande myndigheten annars hade kunnat kringgå skyddsbestämmelserna för leverantören som måste iaktas innan ett sådant förkastande får ske enligt 16 kap. 9 § LOU. Lägg därtill att det torde strida mot transparensprincipen att förkasta ett anbud på grund av att anbudet inte uppfyller en viss definitionsbestämmelse.

Den slutsats som EU-domstolen kommer till avseende fråga två leder däremot till mer eftertänksamhet.

För det första kan framhållas att bedömningen om ett kontrakt är ett kontrakt på ekonomiska villkor förefaller kunna ändras under en upphandlings gång. Såvitt EU-domstolens domskäl får förstås skulle alltså en upphandlande myndighet kunna, när myndigheten inser att de inte behöver utge någon motprestation i LOU:s mening för ett leveranskontrakt, kunna avbryta en påbörjad upphandling och istället ingå kontraktet utan tillämpning av LOU. Möjligtvis skulle myndigheten rentav kunna ingå kontraktet inom ramen för den utannonserade upphandlingen, men efter tidpunkten för konstaterandet att det inte är ett kontrakt på ekonomiska villkor, rimligen, inte behöva tillämpa LOU:s bestämmelser för "resterande" del av upphandlingen (t.ex. utvärdering, kvalificering, tilldelningsbeslut eller fullgörande av kontrakt). Även om en dylik situation sannolikt är högst ovanlig, så är det principiellt av stor betydelse. Något som hade varit intressant att närmare analysera i detta fall är om och på vilket sätt det faktum att det fanns två anbudsområden påverkade att leverantören kunde lämna ett s.k. noll-anbud, dessvärre framkommer inga närmare omständigheter kring denna fråga i målet. Om noll-anbudet t.ex. på ett eller annat sätt var kopplat till det faktum att leverantören vann det andra området hade det kunnat vara en betydligt mer svåranalyserad situation (och inte alls säkert att EU-domstolen kommit till samma slutsats). Enligt vår mening hade i så fall motprestationen för den upphandlande myndigheten kunnat beskrivas som "det faktum att den upphandlande myndigheten tilldelar kontraktet (och betalar pengar under detta) i det andra anbudsområdet".

För det andra kan konstateras att marknadstillgång som motprestation inte förefaller vara en tillräckligt tydlig motprestation som utgångsläge. Det ska dock framhållas att EU-domstolen inte nödvändigtvis avsåg att marknadstillgång aldrig kan vara en motprestation, utan endast att parterna i detta fall inte tillräckligt tydligt beskrivit varför en sådan marknadstillgång innebar en rättsligt bindande skyldighet som kan åberopas i domstol. Denna fråga är särskilt intressant i koncessionsförhållanden, då själva marknadstillgången (dvs. möjligheter att få intäkter från tredje man) i princip alltid utgör huvudprestationen för den upphandlande myndighetens del. Det senare talar för att EU-domstolens dom konstaterande att tillgång till en ny marknad och erhållande av referenser inte ska ses som ett uttryck generellt för att marknadstillgång inte kan vara en rättsligt bindande art som kan åberopas i domstol.

Tillsammans med andra mål från EU-domstolen som behandlat samma tema välkomnar vi att EU-domstolen tydliggör under vilka förutsättningar ett avtal faller utanför LOU alternativt kan undantas enligt Hamburg-undantaget. Om än några frågor kvarstår, har vi under året blivit något klokare avseende dessa frågeställningar.

6 NY LAGSTIFTNING FRÅN 2022?

I slutet av december kom förslag till ny lagstiftning efter de båda utredningarna Överprövningsutredningen 2015 och Förenklingsutredningen 2018.

Det blev mot bakgrund av de omfattande utredningarna ett begränsat antal förslag.

Dessa kan sammanfattas enligt följande.

- I mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska införas ett skyndsamhetskrav.
- Preklusionsfrister ska införas i både förvaltningsrätten och kammarrätten.
- Fristen för att väcka skadeståndstalan ska justeras för att överensstämma med EU rätten.
- Tidsgränser på fem respektive tre år ska införas vid beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott respektive missförhållanden i övrigt.
- Slopat krav på efterannonsering avseende upphandlingar under 100 000 kronor.
- Ytterligare förslag angående efterannonsering och publicering i registrerad annonsdatabas.

Den nya lagen föreslås träda i kraft den 1 januari 2022.

Utkastet finns att ta del av på regeringens hemsida.

<https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/departementsserien-och-promemorior/2020/12/en-effektivare-overprovning-av-offentliga-upphandlingar-utkast-till-lagadsremiss/>

Medverkande från Cirio

Eva-Maj Mühlenbock
Partner
eva-maj.muhlenbock@cirio.se
+46 76 617 0861



Olof Hallberg
Partner
olof.hallberg@cirio.se
+46 76 617 0886



Lukas Granlund
Biträdande jurist
lukas.granlund@cirio.se
+46 76 617 0975



Robin Heimdahl
Biträdande jurist
robin.heimdahl@cirio.se
+46 76 617 0995



Anna Hovstadius
Biträdande jurist
anna.hovstadius@cirio.se
+46 76 617 0809

