



KLAGANDE

1. Attendo Sverige AB, 556148-5169
2. Forenade Care AB, 556535-5400
3. Norlandia Care AB, 556576-2266
4. Vardaga Äldreomsorg AB, 556573-6450

Ombud: Advokaterna Helena Rosén Andersson och Kristoffer Sällfors

MOTPART

Uppsala kommun

Ombud: Advokaterna Erik Gadman och Rebecka Norell samt
biträdande juristen Anna-Klara Hallingström

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 9 maj 2025
i mål nr 3923-24 och 3931–3933-24, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår yrkandena om att hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen.
2. Kammarrätten avslår överklagandena. Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

Dok.Id 701318

Postadress
Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 5

Telefon
08-561 690 00

E-post: kammarrattenistockholm@dom.se
www.domstol.se/kammarratten-i-stockholm/

Telefax

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Attendo Sverige AB, Forenede Care AB, Norlandia Care AB och Vardaga Äldreomsorg AB (bolagen) yrkar att upphandlingen ska göras om och att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Bolagen för fram bl.a. följande.

Upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen i artikel 76 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, upphandlingsdirektivet, och 19 kap. 2 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. 19 kap. 25 a § LOU tillåter negativ särbehandling av kommersiella aktörer, även i avsaknad av sakliga skäl, och strider därför mot artikel 76 i upphandlingsdirektivet. En direktivkonform tolkning av 19 kap. 25 a § LOU och annan tillämplig lag som säkerställer att likabehandlingsprincipen i artikel 76 i upphandlingsdirektivet iakttas skulle kräva att dessa bestämmelser tolkas mot sin ordalydelse och innehåll. Eftersom 19 kap. 25 a § LOU och dess hänvisning till lagen (2022:900) om registrering av idéburna organisationer inte kan tolkas på ett sätt som säkerställer likabehandlingsprincipens fulla verkan ska bestämmelserna underlåtas att tillämpas med hänvisning till likabehandlingsprincipens direkta effekt. Oavsett om likabehandlingsprincipen i artikel 76 i upphandlingsdirektivet har direkt effekt eller om 19 kap. 25 a § LOU kan tolkas direktivkonformt ska kraven på sakliga skäl för negativ särbehandling av kommersiella aktörer vara uppfyllda för att reservationen ska vara tillåten. Eftersom upphandlingen inte uppfyller kraven på sakliga skäl strider den mot likabehandlingsprincipen. Skaderekvisitet för ingripande är uppfyllt om den upphandlande myndighetens utformning av en upphandling har medfört att den klagande leverantören inte har antagits som leverantör. Om den otillåtna reservationen inte hade funnits så skulle bolagen ha haft möjlighet att delta i upphandlingen och tilldelas avtal. Kommunens otillåtna reservation innebär att bolagen, som inte är idéburna organisationer, har fråntagits möjligheten att delta och att tilldelas avtal i upphandlingen.

Bolagen har därför lidit eller riskerat att lida skada av kommunens upphandlingsfel.

Uppsala kommun anser att överklagandena ska avslås och för fram bl.a. följande.

Varken införandet av 19 kap. 25 a § LOU eller genomförande av en upphandling enligt bestämmelsen strider mot EU-rätten eller EU-domstolens praxis. Upphandlingen har genomförts i enlighet med såväl regleringen i 19 kap. 25 a § LOU som de krav på likabehandling som följer av EU-rätten. Det finns förutsättningar för en direktivkonform tolkning. En förutsättning för att skada ska föreligga vid fel i upphandling är att det påstådda fel som sökanden gör gällande därvid också har påverkat dennes möjligheter att lämna anbud i upphandlingen eller tilldelas avtalet. Den skada eller risk för skada som leverantören åberopar ska hänföra sig till möjligheten att konkurrera i just den upphandling som begärs överprövad. Detta innebär att om det påstådda felet inte har påverkat leverantörens möjligheter att lämna anbud eller tilldelas avtal så har leverantören inte heller lidit eller riskerat att lida skada av en potentiell överträdelse i det avseendet. Det brott mot LOU som bolagen påstår att kommunen har begått är att reservera upphandlingen för idéburna organisationer utan att ställa upp samtliga de krav som enligt bolagen krävs för att det enligt EU-domstolens praxis ska finnas sakliga skäl för att reservera deltagandet i en upphandling. Bolagen, som inte är idéburna organisationer, hade inte kunnat delta eller tilldelas kontrakt i en upphandling som reserverats för idéburna organisationer. Även om kommunen hade ställt upp samtliga de krav som bolagen menar att kommunen enligt EU-domstolens praxis var skyldiga att ställa, hade bolagen ändå inte kunnat delta i eller tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bolagen har därför inte lidit eller riskerat att lida skada av de påstådda överträdelserna.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Av artikel 267 i EUF-fördraget framgår att när det vid nationell domstol i en medlemsstat uppkommer frågor om bl.a. giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutats av unionens institutioner får den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

Kammarrätten anser att det inte är nödvändigt att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att avgöra målet. Yrkandena ska därför avslås.

Ingripande enligt LOU

Vad kammarrätten har att pröva är om det finns förutsättningar för att ingripa i upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU på grund av att kommunen har brutit mot LOU eller någon unionsrättslig bestämmelse om upphandling och detta har medfört att bolagen har lidit eller kan komma att lida skada.

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det följer av 19 kap. 25 a § LOU och EU-domstolens dom den 14 juli 2022 (ASADE, C-436/20, EU:C:2022:559) att det är tillåtet att reservera deltagandet i en upphandling för idéburna organisationer under förutsättning att det finns sakliga skäl för detta. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det finns förutsättningar för en direktivkonform tolkning av bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU utifrån de sakliga skäl som EU-rätten ställer som krav för att en upphandling ska kunna reserveras. Parterna är i målet oense om vilka sakliga skäl som ska vara uppfyllda och om kommunen har uppfyllt dessa i den genomförda upphandlingen.

En grundläggande förutsättning för ett ingripande enligt LOU är emellertid att den överträdelse som den upphandlande myndigheten gjort sig skyldig till har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Det ska därmed finnas ett orsakssamband mellan den konstaterade bristen och sökandens skada eller risk för skada, för att rätten ska besluta om ingripande i upphandlingen.

Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2022 ref. 4 uttalat att den skada som åberopas ska vara hänförlig till möjligheten att konkurrera i den upphandling som begärs överprövad. Intresset av att delta i en kommande upphandling kan alltså inte beaktas vid en överprövning av en upphandling enligt 20 kap. 6 § LOU.

Bolagen gör gällande att det har skett en överträdelse som består i att det saknats sakliga skäl för kommunen att reservera deltagandet i upphandlingen för idéburna organisationer enligt 19 kap. 25 a § LOU. Bolagen har i fråga om skada angett att de som kommersiella aktörer inte har kunnat delta i upphandlingen till följd av kommunens otillåtna reservation.

Kammarrätten konstaterar att bolagen, som ostridigt inte är idéburna organisationer, inte hade kunnat delta eller tilldelas kontrakt i en upphandling som reserverats för idéburna organisationer. Att under sådana förhållanden göra en bedömning av om kommunen har utformat upphandlingen i enlighet med EU-rättens krav på sakliga skäl blir inte aktuellt eftersom det inte påverkat bolagens möjligheter att lämna anbud i upphandlingen eller ingå kontrakt. Intresset av att delta i en kommande upphandling utan reservation kan inte beaktas i bedömning av om skaderekvisitet är uppfyllt. Bolagen har därmed inte visat att den påstådda bristen medfört att bolagen har lidit eller kan komma att lida skada. Alldeles oavsett om ifrågasatta skäl för reservation av upphandlingen är förenliga

med LOU och EU-rätten saknas det således skäl att ingripa mot upphandlingen. Överklagandena ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

I avgörandet har deltagit kammarrättsråden Catharina Lindqvist (ordförande), Magnus Schultzberg och Ulrika Melander (referent).

Föredragande har varit fiskalen Disa Rodhe.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2025-05-09
Meddelad i Uppsala

Mål nr
3923-24, 3931-24,
3932-24 och 3933-24

SÖKANDE

1. Attendo Sverige AB, 556148–5169
2. Forenede Care AB, 556535–5400
3. Norlandia Care AB, 556576–2266
4. Vardaga Äldreomsorg AB, 556573–6450

Ombud för 1–4: Advokaterna Catharina Piper, Helena Rosén Andersson,
Gustaf Strand och Kristoffer Sällfors

MOTPART

Uppsala kommun

Ombud: Advokaterna Erik Gadman och Rebecka Norell, samt
biträdande juristen Anna-Klara Hallingström

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Attendo Sverige AB:s, Forenede Care AB:s,
Norlandia Care AB:s och Vardaga Äldreomsorg AB:s ansökningar om
överprövning.

Avgörandet är elektroniskt undertecknat

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) genomför upphandlingen *Drift av vård- och omsorgsboende Ferlin*, dnr. ALN-2023-00583. Upphandlingen genomfördes som en reserverad upphandling för idéburna organisationer enligt 19 kap. 25 a § LOU. I tilldelningsbeslut daterat den 5 juni 2024 antogs en leverantör.

Attendo Sverige AB, Forenede Care AB, Norlandia Care AB och Vardaga Äldreomsorg AB (bolagen) har begärt överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolagen i huvudsak följande.

Det saknas stöd i LOU för att reservera deltagandet i upphandlingen till idéburna organisationer på det sätt som har gjorts. Det saknas dessutom sådana sakliga skäl som krävs enligt EU-domstolens praxis för att negativt särbehandla leverantörer som inte är idéburna. Oavsett har inte kommunen visat att sådana sakliga skäl föreligger. Upphandlingen strider därmed mot likabehandlingsprincipen.

Att reservera deltagande i upphandlingen till idéburna organisationer strider därtill mot proportionalitetsprincipen då en sådan reservation inte är en lämplig åtgärd för att uppnå upphandlingens syfte. Reservationen syftar inte heller till att uppnå något av rättsordningen beaktansvärt intresse. Kommunen har därtill inte förklarat varför reservationen skulle vara nödvändig, lämplig eller proportionerlig. Det föreligger därmed inte några objektiva, sakliga eller rimliga skäl som motiverar den negativa särbehandlingen av kommersiella aktörer.

Den bestämmelse som reservationen utgått från, 19 kap. 25 a § LOU, går därtill långt utöver vad som gäller enligt EU-rätten och EU-domstolens praxis. Bestämmelsen är oförenlig med artikel 77 i upphandlingsdirektivet¹ och uppfyller inte heller de krav som enligt praxis krävs för att vara förenlig med artikel 76. Bestämmelsen ska därmed i första hand tolkas direktivkonformt, och om detta inte är möjligt inte tillämpas i enlighet med principen om unionsrättens företräde. Bolagens inställning är att en direktivkonform tolkning av bestämmelsen måste ske i strid med bestämmelsens ordalydelse för att uppfylla samtliga krav som följer av praxis, varför en sådan inte är möjlig.

Sammantaget strider upphandlingen mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. Till följd av felen har bolagen, som inte är idéburna organisationer enligt upphandlingen, frångått möjligheten att tilldelas avtal och därigenom lidit skada. Felen är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, varför upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bolagens yrkande och anför i huvudsak följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med upphandlingsdokumentet, LOU samt övrig relevant lagstiftning på området. Det bestrids att upphandlingen står i strid med LOU, LOU-direktivet eller EU-domstolens praxis. Det bestrids även att bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU skulle stå i strid med LOU-direktivet eller EU-domstolens praxis. Det har funnits sakliga skäl för att reservera upphandlingen, och upphandlingen har genomförts i enlighet med principerna om likabehandling och proportionalitet. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Det är uppenbart att bolagen inte är en idéburen organisation vars allmännyttiga syfte bidrar till att uppnå ändamålet med den tjänst som ska upphandlas. Bolagen har därmed inte varit behöriga att lämna

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

anbud i upphandlingen, varför de inte kan anses lida skada i upphandlingsrättslig mening.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 19 kap. 2 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Av 19 kap. 25 a § LOU framgår att en upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling av vissa utpekade tjänster, som omfattas av bilaga 2 till LOU, för idéburna organisationer vars allmännyttiga syfte bidrar till att uppnå ändamålet med den tjänst som ska tillhandahållas. För att kunna delta i en reserverad upphandling får den idéburna organisationen endast göra sådana värdeöverföringar som är tillåtna enligt 8 § första stycket lagen (2022:900) om registrering av idéburna organisationer. Vidare får staten, en region eller en kommun inte ha ett rättsligt bestämmande inflytande över den idéburna organisationen.

Det är ostridigt i målet att de tjänster upphandlingen avser är sådana särskilt utpekade tjänster som omfattas av möjligheten till reservation i 19 kap. 25 a § LOU.

Förutsättningar för prövningen och initialt om skada

En grundförutsättning för att domstolen ska kunna ingripa i en upphandling är att den sökande leverantören har lidit, eller kan komma att lida, skada av det påstådda upphandlingsfelet.

Bolagen har anfört vissa omständigheter till stöd för att den reservation som genomförts har gjorts på fel sätt, och att det föreligger ytterligare krav för sådan reservation enligt EU-rätten som upphandlingen inte uppfyller.

Kommunen har i dessa delar i huvudsak anfört att bolagen inte kan lida skada av en felaktigt utformad reservation, då bolagen oaktag utformningen av reservationen inte haft möjlighet att delta i upphandlingen då dessa inte uppfyller kraven för deltagande. Kommunen har sammanfattningsvis anfört att det redan av detta skäl saknas förutsättningar för ingripande i upphandlingen, varför ansökan ska avslås.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolagens argumentation dels utgår från att reservationen, som sådan, strider mot likabehandlingsprincipen, dels att reservationen är i strid med proportionalitetsprincipen. Därutöver har bolagen anfört att den lagstiftning som reservationen utgår från, 19 kap. 25 a § LOU, är utformad i strid med tillkommande krav inom EU-rätten. Mot bakgrund av bolagens argumentation i dessa delar bedömer förvaltningsrätten att det inte finns förutsättningar att redan inledningsvis konstatera att bolagen inte kan ha lidit skada av de påstådda upphandlingsfelen. Det saknas således förutsättningar att redan inledningsvis på denna grund avslå bolagens ansökningar.

Bevisbördans placering

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han eller hon grundar sin talan och parten har även bevisbördan för att det finns förutsättningar för ingripande (RÅ 2009 ref. 69).

Bolagen har anfört att det är kommunen som har bevisbördan för att det har funnits förutsättningar för att reservera deltagandet i upphandlingen enligt 19 kap. 25 a § och bland annat hänvisat till diverse bevisregler som gör sig gällande i tvistemål i allmän domstol. Förvaltningsrätten bedömer, även med beaktande av vad bolagen har anfört i denna del, att det inte har framkommit skäl att frångå den huvudprincip som gäller i förevarande mål. Det innebär att det är bolagen som har att visa att den aktuella upphandlingen har skett i strid med LOU.

Strider reservationen mot likabehandlingsprincipen?

Vad parterna anför i denna del

Bolagen anför i huvudsak följande. Att exkludera leverantörer som inte är idéburna från upphandlingen innebär en negativ särbehandling av kommersiella aktörer. En sådan särbehandling är, enligt EU-domstolens praxis, endast tillåten om det finns sakliga skäl för detta. I avsaknad av sådana sakliga skäl strider den negativa särbehandlingen mot likabehandlingsprincipen.

Sakliga skäl för att reservera deltagandet i en upphandling inom ramen för vad likabehandlingsprincipen tillåter förutsätter enligt praxis från EU-domstolen att:

1. deltagandet reserveras till privata enheter utan vinstsyfte,
2. ersättningen för tillhandahållande av reserverade tjänster endast täcker leverantörens nödvändiga kostnader för att tillhandahålla tjänsten, och att ersättningen inte genererar någon vinst,

3. eventuell vinst återinvesteras i syfte att uppnå den sociala målsättning som leverantören eftersträvar,
4. den rättsliga och avtalsmässiga ram inom vilken leverantören utövar sin verksamhet faktiskt bidrar till att förverkliga en social målsättning,
5. den rättsliga och avtalsmässiga ram inom vilken leverantören utövar sin verksamhet faktiskt bidrar till att uppfylla mål beträffande solidaritet,
6. den rättsliga och avtalsmässiga ram inom vilken leverantören utövar sin verksamhet faktiskt bidrar till budgetmässig effektivitet, och
7. reservationen inte möjliggör rättsmissbruk.

Det föreligger således sju kumulativa krav, och om dessa inte är uppfyllda är reservationen i strid med likabehandlingsprincipen. Dessa krav är inte uppfyllda avseende den aktuella upphandlingen.

Kommunens uttalade syfte med reservationen, att öka möjligheterna för idéburna organisationer att medverka inom äldrenämndens intresseområde, utgör inte ett sakligt skäl för att avvika från likabehandlingsprincipen. Kommunen har inte heller angett på vilket sätt reservationen faktiskt bidrar till att uppnå sociala mål med tjänsten och mål avseende solidaritet. Därtill har kommunen inte angett hur, eller på vilket sätt, reservationen bidrar till budgetmässig effektivitet. Syftet med reservationen utgör inte heller en sådan målsättning som enligt lagens förarbeten får motivera reservation, och finansutskottet har i ett betänkande uttalat att bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU inte får användas för att exkludera redan etablerade och välfungerande vårdalternativ samt att en sådan exkludering kan utgöra ett rättsmissbruk. Kommunens uttalade syfte går direkt i strid med detta betänkande.

Vad gäller kravet på kostnadstäckning är den aktuella upphandlingen utformad som en fastprisupphandling, där det enda utvärderingskriteriet är kvalitet. Den, på förhand, fastställda ersättningen är även väsentligt högre än vad nuvarande leverantör (som är en kommersiell aktör) erhåller samt högre än vad som krävs för att vara kostnadstäckande. Eftersom kostnaden för kommunen är densamma

oavsett utförare är det inte möjligt att erbjuda högre kvalitet till ett lägre pris, och kommunen åstadkommer inte någon budgetmässig effektivitet genom reservationen. Då en kommersiell aktör har möjlighet att utföra uppdraget till en väsentligen lägre ersättning, med utrymme för vinst, framstår det inte som att kommunen har gjort en erforderlig utredning av vilka kostnader som är nödvändiga för utförandet av avtalet. Oaktat detta är inte ersättningen begränsad till att endast täcka den idéburna organisationens nödvändiga kostnader för tillhandahållande av tjänsten. Budgetmässig effektivitet förutsätter därtill att den upphandlande myndighetens kostnader för att anskaffa tjänsterna minskar, att kvaliteten ökar eller en kombination därav, jämfört med om upphandlingen inte hade reserverats. Om kostnaderna är desamma uppstår ingen budgetmässig effektivitet. Det är inte heller tillräckligt att en upphandling reserveras för aktörer utan vinstintresse för att uppfylla kravet på budgetmässig effektivitet.

Upphandlingen innehåller inte heller något förbud mot vinstintresse och inget krav på kostnadstäckning. Därtill är kravet på begränsningen av återinvestering inte uppfyllt då idéburna organisationer kan göra värdeöverföringar till andra idéburna organisationer, med andra sociala mål, samt till forskning i enlighet med bestämmelserna i lagen (2022:900) om registrering av idéburna organisationer (registreringslagen). Upphandlingen innehåller inte heller något krav på att eventuell vinst måste återinvesteras i syfte att uppnå just det eller de sociala mål som leverantören eftersträvar.

Sammanfattningsvis har kommunen inte visat att de haft sakliga skäl för att reservera deltagandet i upphandlingen, och därigenom negativt särbehandlat kommersiella aktörer i strid med likabehandlingsprincipen. Kommunens beslut att reservera deltagandet i upphandlingen är därmed inte förenligt med de högt ställda krav som följer av EU-rätten och EU-domstolens praxis. Eftersom agerandet är selektivt och kommunen betalar ett högre pris än vad som är marknadsmässigt riskerar agerandet också att innefatta ett otillåtet statsstöd.

Vad gäller den bestämmelse som reservationen vilar på, 19 kap. 25 a § LOU, är den i flera delar allmänt hållen och det finns betydande svårigheter att närmare utröna vad som egentligen krävs för att en upphandlande myndighet ska kunna reservera deltagandet i en upphandling till idéburna organisationer. Det kan även konstateras att begreppet ”allmännyttigt syfte” i bestämmelsen har ett betydligt vidare tillämpningsområde än begreppen ”social målsättning”, ”solidaritet” och ”budgetmässig effektivitet” i EU-domstolens praxis.

En organisation kan ha ett allmännyttigt syfte utan att för den delen bidra till förverkligandet av en social målsättning eller mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet. Att en organisation har ett allmännyttigt syfte är därför inte likställt med att organisationen också uppfyller sociala målsättningar och mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet. Att en organisation uppfyller ett krav på ett allmännyttigt syfte är dessutom i sig inte tillräckligt för att också dra slutsatsen att organisationens verksamhet faktiskt bidrar till förverkligandet av en viss utpekad social målsättning och mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet vid utförande av den tjänst som är föremål för en reserverad upphandling. Att eventuella vinster återinvesteras i verksamheten är inte heller detsamma som att verksamheten bedrivs kostnads-effektivt på ett sätt som bidrar till budgetmässig effektivitet. Det är därför inte möjligt att dra slutsatsen att verksamheten leder till budgetmässig effektivitet endast för att leverantören uppfyller kraven på att vara en idéburen organisation. Bestämmelsen säkerställer inte heller att eventuell vinst återinvesteras i enlighet med EU-domstolens praxis, eller att budgetmässig effektivitet uppfylls. Slutligen säkerställer bestämmelsen inte att rättsmissbruk undviks.

Bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU är därtill inte förenlig med de krav som följer av EU-rätten och EU-domstolens praxis då ordalydelsen av bestämmelsen inte möjliggör en direktivkonform tolkning. Bestämmelsen går även långt utöver vad som gäller enligt EU-rätten och EU-domstolens praxis, och är därför utformad i strid med EU-rätten. Med hänvisning till förbudet att tolka nationell rätt i strid med dess ordalydelse och innehåll är det därför inte möjligt

att göra en direktivkonform tolkning som medför att bestämmelsen blir förenlig med de sju krav som ställs för att det ska föreligga sakliga skäl för att reservera en upphandling till idéburna organisationer i enlighet med EU-domstolens praxis.

Om en direktivkonform tolkning inte är möjlig ska det därför prövas om den berörda direktivbestämmelsen har direkt effekt, i detta fall artikel 76 i upphandlingsdirektivet. Enligt bolagen står det klart att direktivbestämmelsen har direkt effekt, varför upphandlande myndigheter och domstolar, med hänvisning till principen om EU-rättens företräde, är förhindrade att tillämpa bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU.

Om förvaltningsrätten skulle bedöma att det är möjligt att göra en direktivkonform tolkning av bestämmelsen ska det poängteras att domstolens skyldighet att göra en sådan tolkning är mycket långtgående. En sådan tolkning innebär oaktat att en reservation enligt bestämmelsen endast får ske om ovanstående sju krav är uppfyllda, vilka inte är uppfyllda i nu aktuell upphandling.

Kommunen anför i huvudsak följande. EU-domstolen har vid flera tillfällen behandlat frågan om när det är tillåtet för medlemsstaterna att reservera en upphandling för idéburna organisationer, och en av de viktigaste slutsatserna är att det är tillåtet för medlemsstater att reservera deltagandet utöver vad som framgår i artikel 77 i upphandlingsdirektivet. Några andra ytterligare slutsatser kan inte dras från EU-domstolens praxis än att deltagandet i offentliga upphandlingar kan reserveras för icke-vinstdrivande organisationer som skapats i huvudsak för att tjäna ett visst socialt intresse, under förutsättning att det bidrar till förverkligandet av den sociala målsättningen med tjänsten och budgetmässig effektivitet, samt att upphandlingen i övrigt genomförs i enlighet med de grundläggande principerna.

De tjänster som upphandlingen avser regleras därtill på ett särskilt sätt enligt upphandlingsdirektivet till följd av att de tillhandahålls i ett särskilt sammanhang samt att medlemsstaterna bör tillerkännas en stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast. Regleringen ska ses mot bakgrund av att EU-rätten inte inkräktar på medlemsstaternas behörighet att utforma egna system för hälso- och sjukvård samt social trygghet. Människors liv och hälsa ges även, enligt EU-domstolens praxis, högsta prioritet bland de värden och intressen som skyddas av funktionsfördraget. Det framgår därtill av praxis att medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning att fastställa på vilken nivå de vill säkerställa skyddet för folkhälsan och hur denna nivå ska uppnås.

Av EU-domstolens praxis följer att det är förenligt med likabehandlingsprincipen att genomföra en reserverad upphandling av nu aktuella tjänster, om det finns sakliga skäl för den särbehandling som begränsningen innebär. De kriterier som följer av EU-domstolens praxis för att en sådan reservation inte ska stå i strid med likabehandlingsprincipen är att:

1. de enheter för vilka upphandlingen reserveras ska återinvestera eventuella vinster som följer av de kontrakt som tilldelas,
2. tjänsterna tillhandahålls av sammanslutningar som skapats i huvudsak för att tjäna allmänintresset och vars beslut inte styrs av affärsmässiga överväganden,
3. tjänsterna tillhandahålls på ekonomiska villkor som är godtagbara i budgethänseende, och
4. reserveringen bidrar till att uppnå sociala mål och mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet som ligger till grund för detta system.

Det första kravet innebär att om den ersättning som den upphandlande myndigheten betalar till leverantören överstiger leverantörens kostnader för att fullgöra kontraktet så ska det överskott som då uppstår användas av leverantören och

exempelvis inte delas ut till ägare eller medlemmar. Detta krav är uppfyllt i upphandlingen.

Avseende det andra kravet har deltagande i upphandlingen reserverats för idéburna organisationer och andra organisationer utan vinstsyfte. En idéburen organisation är enligt definitionen i 2 § registreringslagen en juridisk person som uteslutande har ett allmännyttigt syfte. En sådan organisation kan alltså inte ha något vinstsyfte. Det andra kravet är därmed uppfyllt.

Avseende det tredje kravet är det kommunens bestämda uppfattning att upphandlingen har utformats på ett sätt som säkerställer att detta är uppfyllt. Kommunen, som har ett betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar, har naturligtvis utformat upphandlingen på ett sätt som de anser godtagbart i budgethänseende. Den fasta ersättning som utgår är i linje med liknande kontrakt, och det stämmer inte att den skulle vara väsentligen högre. Ersättningen har fastställts utifrån kommunens uppskattade kostnader för att överta driften av vårdboendet i egen regi, varvid kommunen inte räknar med att göra något överskott. Kravet är därmed uppfyllt.

Avseende det fjärde kravet avser detta de mål som ligger till grund för det nationella system som de aktuella tjänsterna utgör en del av. För att kravet ska vara uppfyllt krävs att tjänsterna på något sätt bidrar till att uppnå de sociala mål och mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet som det nationella systemet som tjänsterna utförs inom bygger på. Bolagen tycks vara av uppfattningen upphandlingen inte kan vara budgetmässigt effektiv eftersom kommunen på förhand fastställt ersättningen, samt att sådan effektivitet endast kan åstadkommas om en reserverad upphandling ger ett lika bra, eller bättre, resultat än om den inte hade reserverats. Detta bygger dock på en felaktig tolkning av EU-domstolens praxis, och lagstiftaren har gjort bedömningen att en möjlighet att reservera upphandlingar bidrar till att uppnå de sociala mål och de mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet som det svenska

systemet för äldreomsorg och social omsorg bygger på. En reservation av deltagande i upphandlingen bidrar till att uppnå systemets mål. Begreppet ”budgetmässig effektivitet” kan vidare inte ges en så snäv innebörd som bolagen hävdar. Det bestrids därmed att upphandlingen inte skulle bidra till att uppnå mål för budgetmässig effektivitet. Det saknas även fog för bolagens påstående om att ”kravet på kostnadstäckning enligt EU-domstolens praxis” skulle vara en förutsättning för att uppfylla kriteriet om budgetmässig effektivitet. Det följer därtill inget generellt krav på kostnadstäckning av EU-domstolens praxis, utan de uttalanden som har gjorts har varit i förhållande till nationell lagstiftning.

Bolagens resonemang om att det skulle föreligga sju kumulativa kriterier för att en upphandlande myndighet ska få reservera en upphandling uppgår från en felaktig, och alltför extensiv, tolkning av EU-domstolens praxis. Bolagen förefaller blanda ihop de uttalanden som har gjorts av EU-domstolen i förhållande till den nationella lagstiftning som var föremål för domstolens prövning i det aktuella fallet med de uttalanden som avser domstolens generella uppfattning om under vilka förutsättningar det är tillåtet att reservera deltagandet i en upphandling. Oaktat är det kommunens uppfattning att reservationen uppfyller de faktiska kriterier som har ställts upp av EU-domstolen, varför beslutet att reservera upphandlingen har varit förenligt med EU-rättens krav.

Enbart det faktum att bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU inte uttryckligen anger samtliga förutsättningar som krävs för att reservera kontrakt i andra situationer än vad som följer av artikel 77 i upphandlingsdirektivet, och som har uttolkats av EU-domstolens praxis, medför inte att bestämmelsen i sig är oförenligt med EU-rätten, eller att upphandlingar som reserverats med stöd av bestämmelsen per automatik strider mot LOU. Därtill följer av 19 kap. 2 § LOU att upphandlande myndigheter måste iaktta likabehandlingsprincipen vid all upphandling som genomförs enligt kapitlet. Ingenting i utformningen av bestämmelsen hindrar upphandlande myndigheter från att reservera kontrakt

och samtidigt upprätthålla kraven på bl.a. likabehandling och transparens såsom de utkristalliserat sig i EU-domstolens praxis. Det är därtill svårt att följa bolagens resonemang om att artikel 76 i upphandlingsdirektivet skulle ha direkt effekt, och att förvaltningsrätten därför ska underlåta att tillämpa 19 kap. 25 a § LOU. Det ska här framhållas att Sverige har införlivat artikel 76 i upphandlingsdirektivet genom bestämmelsen i 19 kap. 2 § LOU.

Det är inte nödvändigt att nationella lagbestämmelser uttryckligen och ordagrant återger varken direktivens bestämmelser eller de kriterier och förtydliganden som har uttolkats och formulerats av EU-domstolen. Så länge det finns en ”allmän rättslig ram” genom vilken det säkerställs att ett direktiv eller annan EU-rättslig regel kan tillämpas fullt ut på ett tillräckligt klart och precist sätt i medlemsstaten behöver ingen ytterligare nationell reglering införas. Kommunens inställning är att det redan utifrån hur den ideella sektorn i Sverige fungerar och hur idéburna organisationer regleras i landet, tillsammans med regleringen i 19 kap. LOU, finns en allmän rättslig ram som säkerställer att de kriterier som följer av EU-rätten och EU-domstolens praxis kan uppfyllas vid reservering av kontrakt för idéburna organisationer som görs i enligt med bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att parterna förefaller överens om att den aktuella reservationen har genomförts i enlighet med de förutsättningar som anges i 19 kap. 25 a § LOU. Förvaltningsrätten bedömer därtill att annat inte har framkommit i målet än att reservationen av upphandlingen har skett i enlighet med bestämmelsen.

Nästkommade fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om EU-rätten ställer några ytterligare krav för att en upphandling av nu aktuell tjänst ska kunna reserveras för idéburna organisationer.

I artikel 77 i upphandlingsdirektivet anges bl.a. att medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna får reservera rätten för en organisation att delta i offentlig upphandling exklusivt för vissa, utpekade, hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster. I artikeln anges vidare vissa krav på de organisationer för vilka en upphandling får reserveras.

I artikel 76 i upphandlingsdirektivet anges bl.a. att medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av detta kapitel² för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna kan själva fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

EU-domstolen har i rättsfallet C-436/20 (ASADE) behandlat frågan om reservation av en upphandling för icke-vinstdrivande aktörer. Domstolen uttalade i rättsfallet bland annat att omständigheten att privata enheter med vinstsyfte berövas möjligheten att delta i en upphandling utgör en skillnad i behandling mellan ekonomiska aktörer som strider mot principen om likabehandling, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling (ASADE p. 87).

Det förhållande att sådana enheter anlitas kan vara motiverat av såväl principerna om universalitet och solidaritet, vilka är typiska för ett system för sociala tjänster till enskilda, som av skäl hänförliga till ekonomisk effektivitet och ändamålsenlighet, i den mån det möjliggör att dessa allmännyttiga tjänster tillhandahålls av sammanslutningar som skapats i huvudsak för att tjäna allmänintresset, på ekonomiska villkor är godtagbara i budgethänseende och vars beslut inte styrs av affärsmässiga överväganden (ASADE p. 90).

² Avdelning III, kapitel I: Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

När den omständigheten att privata enheter med vinstsyfte utesluts från förfaranden för offentlig upphandling som avser tillhandahållandet av sådana sociala tjänster motiveras av sådana överväganden strider det inte mot likabehandlingsprincipen, i den mån detta uteslutande faktiskt bidrar till att uppnå sociala mål och mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet som ligger till grund för detta system (ASADE p. 91).

Likabehandlingsprincipen tillåter därtill medlemsstaterna att förbehålla enheter utan vinstsyfte rätten att delta i förfarandet för offentlig upphandling av sociala tjänster till enskilda, under förutsättning att dessa enheter återinvesterar de eventuella vinster som följer av dessa kontrakt, i syfte om att uppnå det sociala mål som de eftersträvar (ASADE p. 95).

Domstolen bedömde sammantaget att artiklarna 76 och 77 i upphandlingsdirektivet ska tolkas så att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som förbehåller privata enheter utan vinstsyfte möjligheten att, efter en offentlig upphandling, ingå avtal enligt vilka dessa enheter tillhandahåller sociala tjänster till enskilda mot en ersättning som endast täcker kostnaderna, oavsett tjänsternas uppskattade värde, och även om den nämnda enheten inte uppfyller kraven i artikel 77, i den mån den rättsliga och avtalsmässiga ram inom vilken dessa enheter utövar sin verksamhet faktiskt bidrar till att förverkliga en social målsättning och till att uppfylla mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som ligger till grund för denna lagstiftning (ASADE p. 102).

Mot denna bakgrund kan det konstateras, vilket parterna även förefaller överens om, att en reservation av deltagande i en upphandling av nu aktuell karaktär, dvs. utanför de ramar som tillåts enligt artikel 77 i upphandlingsdirektivet, förutsätter förekomsten av *sakliga skäl* för att inte strida mot likabehandlingsprincipen. Bolagen och kommunen har presenterat olika uppfattningar om vilka krav som måste vara uppfyllda enligt EU-domstolens praxis för att sådana skäl ska föreligga.

För att sakliga skäl ska föreligga förutsätts, enligt förvaltningsrättens bedömning, att följande kumulativa kriterier är uppfyllda:

1. de enheter för vilka upphandlingen reserveras ska vara skapade i huvudsak för att tjäna allmänintresset, och vars beslut inte styrs av affärsmässiga överväganden,
2. tjänsterna ska tillhandahållas på ekonomiska villkor som är godtagbara i budgethänseende,
3. reservationen ska uteslutande faktiskt bidra till att uppnå sociala mål och mål avseende solidaritet och budgetmässig effektivitet som ligger till grund för systemet,
4. de enheter för vilka upphandlingen reserveras ska återinvestera de eventuella vinster som följer av det tilldelade kontraktet, i syfte att uppnå det sociala mål som enheten eftersträvar, och
5. ersättningen för tjänsterna ska endast täcka leverantörens kostnader.

Nästkommande fråga är om dessa kriterier kan utläsas vid en direktivkonform tolkning av bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolens avgörande i ASADE i stort speglar tidigare gällande praxis på området (se ex. målen C-113/13 Spezzino och C-50/14 CASTA). Dessa tidigare avgöranden har därutöver beaktats vid införandet av bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU.

I lagens förarbeten konstaterade regeringen bland annat att medlemsstaterna, inom ramen för sina befogenheter, kan fastställa på vilken nivå de vill säkerställa t.ex. skyddet för allmän ordning, allmän säkerhet och hälsa samt skydd för människors liv, under förutsättning att det bidrar till att uppnå den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet (prop. 2021/22:135 s. 36).

Regeringen bedömde därtill att begreppen social målsättning och budgetmässig effektivitet och begreppet allmännyttigt syfte i registreringslagen har en likartad betydelse (prop. 2021/22:135 s. 38).

Det allmännyttiga syftet ska därtill kunna knytas till den tjänst som upphandlas. Det innebär att den idéburna organisationens allmännyttiga syfte ska bidra till att uppfylla ändamålet med tjänsten (prop. 2021/22:135 s. 38).

Förvaltningsrätten anser därtill, likt kommunen, att en svensk bestämmelse inte explicit måste ange samtliga krav som följer av EU-rätten för att vara förenlig med densamma. Det räcker med att det finns en allmän rättslig ram genom vilken det på ett tydligt och effektivt sätt säkerställs att EU-rätten tillämpas fullt ut på ett tillräckligt klart och precist sätt (jfr mål C-50/09 kommissionen mot Irland, p. 46).

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att ordalydelsen av bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU inte hindrar en tillämpning där samtliga ovan ställda kriterier beaktas. Det finns således förutsättningar för en direktivkonform tolkning. Vad bolagen har anfört i övrigt medför ingen annan bedömning i denna del.

Förvaltningsrätten bedömer därtill att bolagens resonemang om att bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU ska åsidosättas med hänvisning till att artikel 76 i upphandlingsdirektivet ska tillämpas med direkt effekt är något svårförstått. Artikel 76 i upphandlingsdirektivet har införlivats i den svenska rättsordningen genom bestämmelsen i 19 kap. 2 § LOU. Förvaltningsrätten bedömer därför, likt kommunen, att för det fall en reserverad upphandling enligt 19 kap. 25 a § LOU bedöms stå i strid med likabehandlingsprincipen är detta i första hand i förhållande till den svenska regleringen i 19 kap. LOU. Det saknas således skäl att gå vidare i prövningen om 19 kap. 25 a § LOU ska åsidosättas med hänvisning till principen om direkt effekt.

Nästkommande fråga är om den aktuella upphandlingen har genomförts i enlighet med ovan uppställda kriterier vid en direktivkonform tolkning.

Det kan inledningsvis konstateras att upphandlingen har reserverats för idéburna organisationer vars allmännyttiga syfte bidrar till att uppnå ändamålet med den tjänst som upphandlas. Av 2 § registreringslagen framgår vidare att med idéburen organisation avses en juridisk person som uteslutande har ett allmännyttigt syfte. Upphandlingen har därför reserverats för enheter som är skapade i huvudsak för att tjäna allmänintresset, och vars beslut inte styrs av affärsmässiga överväganden.

I 19 kap. 25 a § LOU framgår vidare att en idéburen organisation, för att få delta i en reserverad upphandling, inte får göra några värdeöverföringar annat än till andra registrerade idéburna organisationer eller till forskning genom hänvisningen till 8 § första stycket registreringslagen. Förvaltningsrätten anser att detta medför att enheterna för vilka upphandlingen reserveras kommer att återinvestera eventuella vinster som följer av kontraktet i syfte att uppnå det sociala mål som de eftersträvar. Vad bolagen har anfört om en teoretisk möjlighet för en idéburen organisation att överföra medel till en organisation eller forskning med ett annat, avvikande, syfte medför ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten anser därtill, mot bakgrund av ovan angivna uttalanden från lagens förarbeten, att syftet med den aktuella reservationen får anses uteslutande och faktiskt bidra till att uppnå sociala mål och mål avseende solidaritet som ligger till grund för systemet. Förvaltningsrätten delar därtill kommunens uppfattning att med *systemet* måste förstå det nationella systemet, och att en sådan skrivning inte kan anses begränsad till den aktuella upphandlingen.

Vad gäller frågan om budgetmässig effektivitet konstaterar förvaltningsrätten inledningsvis att det saknas stöd för bolagens uppfattning om hur begreppet ska förstås. Förvaltningsrätten anser, likt kommunen, att begreppet inte kan anses

ha en sådan snäv innebörd som bolagen gör gällande. Det framgår bland annat av lagens förarbeten att budgetmässig effektivitet kan vara att tjänsten tilldelas en aktör som saknas vinstsyfte och att tjänsten inte leder till någon vinst för organisationens medlemmar (se prop. 2021/22:135 s. 38 samt målen C-475/99 Firma Ambulanz Glöckner, p. 61, C-133/13 Spezzino, p. 59 och 61 samt C-50/14 CASTA, p. 57 och 64).

Då upphandlingen har reserverats för idéburna organisationer, som redan enligt lagstiftningens utformning saknar vinstsyfte, har det enligt förvaltningsrättens mening inte framkommit skäl att ifrågasätta att upphandlingen uppfyller kriteriet om budgetmässig effektivitet. Den aktuella reservationen får således anses faktiskt bidra till mål avseende budgetmässig effektivitet som ligger till grund för systemet.

Avslutningsvis har bolagen anfört att den på förhand fastställda ersättningen för den aktuella upphandlingen är väsentligen högre än motsvarande kontrakt, samt högre än vad som tilldelats tidigare, vinstdrivande, aktör. Kommunen har anfört att ersättningen motsvarar en uppskattning av kostnaden för det fall kommunen skulle driva verksamheten i egen regi.

Förvaltningsrätten bedömer att vad bolagen anfört inte kan anses visa att ersättningen för den aktuella upphandlingen går utöver vad som är kostnadstäckande för den idéburna organisationen. Att en tidigare leverantör har haft vissa kostnader för genomförandet av en tjänst medför inte per automatik att samma kostnader gör sig gällande för en idéburen organisation. Det är därtill bolagen som har bevisbördan i målet, och förvaltningsrätten konstaterar att bolagen inte har presenterat något underlag för sin uppfattning utöver en jämförelse med tidigare leverantörs kostnad. Mot denna bakgrund kan bolagen inte anses ha visat att ersättningen går utöver vad som är kostnadstäckande för den idéburna organisation som tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att vad bolagen har anfört inte visar att upphandlingen har genomförts i strid med likabehandlingsprincipen. Inte heller har det framkommit skäl för att bestämmelsen i 19 kap. 25 a § LOU är utformad i strid med EU-rätten, eller ska åsidosättas av annat skäl. Det saknas därför skäl för ingripande i upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU i denna del.

Strider reservationen mot proportionalitetsprincipen?

Vad parterna anför i denna del

Bolagen anför i huvudsak följande. Det är inte proportionerligt att reservera upphandlingen för idéburna organisationer med hänsyn till kommunens målsättning med fokus på kvalitet till en fastställd kostnad. Kommunen verkar mena att syftet med upphandlingen är att tilldela avtal till en idéburen organisation. Ett sådant syfte är i sig inte legitimt, dvs. ett objektivt godtagbart syfte enligt EU-rätten. Ett legitimt syfte är i stället att anta en aktör som efter fri konkurrens kan leverera tjänsten.

Det faktiska syftet med upphandlingen måste anses vara att säkerställa att de äldre som bor, och ska bo, på det aktuella hemmet ska erhålla en trygg och kvalitativ vistelse. Att begränsa deltagandet i upphandlingen är inte en lämplig åtgärd för att uppnå ett sådant syfte. Det finns ingenting som tyder på att kvaliteten ökar som en följd av att konkurrensen minskar, utan det torde vara ostridigt att konkurrens främjar bland annat kvalitet samtidigt som priset kan hållas nere. Kommunen har inte heller redovisat varför reservationen är ett lämpligt sätt att uppnå kvalitet i upphandlingen. Endast ett anbud har utvärderats, och kommunen har till följd av reservationen inte någon aning om de faktiskt har erhållit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Möjligheten att uppnå hög kvalitet i driften uppnås genom höga krav på kvalitet, inte genom att stänga ute leverantörer. Det faktiska syftet med upphandlingen kan alltså uppnås med mindre ingripande åtgärder. Det kan därtill ifrågasättas om idéburna organisationer, mot bakgrund av tillgänglig statistik, behöver den typ av gynnande som reservationen innebär för att kunna medverka inom äldre nämndens intresseområde. Reservationen är därmed inte nödvändig ens för att uppnå kommunens otillåtna syfte att öka möjligheterna för idéburna organisationer att tilldelas offentliga avtal. Inte heller syftar reservationen till att uppnå något av rättsordningen beaktansvärt intresse.

Kommunen har inte i någon del bemött de omständigheter bolagen har anfört till grund för att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen, och kommunen har inte heller förklarat varför reservationen skulle vara nödvändig, lämplig eller proportionerlig. Det är inte heller ett legitimt syfte att reservera en upphandling bara för att kunna tilldela avtalet till en idéburen organisation, och på så vis öka dessa organisationers medverkan inom äldreomsorgen.

Kommunen har även anfört att syftet med reservationen är att bättre tillvarata de idéburna organisationernas kompetens och kapacitet. Det framgår emellertid inte vilken kompetens och kapacitet som idéburna organisationer skulle ha som motiverar en snedvridning av konkurrensen. Om det finns idéburna organisationer som har en särskild kompetens eller ett särskilt arbetssätt som kommunen vill dra nytta av vore en mer lämplig, och mindre ingripande, åtgärd att ställa krav på kompetens eller arbetssätt, alternativt inkludera sådana mervärden i utvärderingen. Det är alltså möjligt att säkerställa efterfrågad kompetens och kapacitet utan att reservera upphandlingen. Kommunen har därtill inte velat förklara vilken objektiv fördel som kommunen erhåller vid en reservation.

Sammanfattningsvis föreligger inte några objektiva, sakliga eller rimliga skäl som motiverar att kommersiella aktörer negativt särbehandlas. Därtill går en sådan negativ särbehandling utöver vad som är nödvändigt för att uppnå

ändamålet. Det har inte heller framkommit något som visar att reservationen främjar slutresultatet.

Kommunen anför i huvudsak följande. Det bestrides att det står i strid med proportionalitetsprincipen att genomföra upphandlingen enligt 19 kap. 25 a § LOU då både svensk rätt och EU-lagstiftning tillåter upphandlingsformen.

Genom upphandlingen vill kommunen öka möjligheterna för idéburna organisationer att verka inom äldreomsorgens intresseområde. Beslutet att reservera upphandlingen togs med ambitionen att stärka dessa organisationers roll i kommunen, och skapa en bredare mångfald och därigenom valmöjligheter inom omsorgstjänsterna. Genom att reservera ett kontrakt för idéburna organisationer, samtidigt som det finns utrymme för privata aktörer att verka inom kommunen, tillskapas en plattform som främjar ökad valfrihet och mångfald inom kommunens omsorgstjänster vilket gynnar kommunens invånare. Detta har även stöd i kommunens fokusmål och äldreomsorgens verksamhetsplan och budget.

Lagstiftarens syfte med att införa en möjlighet för upphandlande myndigheter att reservera deltagande i upphandlingar var att bättre tillvarata dessa organisationers kompetens och kapacitet, genom att möjliggöra ett större deltagande i välfärden för dem. Att reservera deltagande i upphandlingar för idéburna organisationer är lämpligt och nödvändigt för att uppnå detta mål, och proportionerligt i strikt mening. Ett beslut att reservera en upphandling måste ses i ett större sammanhang där ett enskilt beslut bidrar till att uppnå lagstiftarens mål med regleringen. Redan härav kan slutsatsen dras att reservationen varit proportionerlig.

Utformningen och genomförandet har gjorts med beaktande av flera olika syften, varvid att uppnå hög kvalitet i den vård som bedrivs naturligtvis är ett. Kravet på att leverantören ska vara en idéburen organisation har dock inte ställts med det primära syftet att uppnå hög kvalitet. Detta krav har i stället

ställt för att uppnå syftet att öka dessa organisationers medverkan. Det är således utifrån det syftet som proportionalitetsbedömningen ska göras.

Åtgärden att reservera deltagandet i upphandlingen är inte bara lämplig, utan också nödvändig, för att uppnå det eftersträvade syftet. Om vinstdrivande aktörer hade tillåtits delta hade syftet riskerat att inte förverkligas, och några mindre ingripande alternativ för att uppnå det eftersträvade syftet finns inte. Det eftersträvade syftet är vidare erkänt i såväl svensk som unionsrättslig upphandlingslagstiftning då det finns en möjlighet att reservera deltagande till idéburna organisationer. Kravet är således objektivt godtagbart.

De potentiella negativa effekter som åtgärden får för andra intressen är inte heller oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet. Såväl de kriterier för att reservera deltagande i upphandlingar som följer av EU-domstolens praxis som de som följer av 19 kap. 25 a § LOU har ställts upp och upprätthållits för att minimera eventuella negativa effekter. Att reservera deltagandet i en offentlig upphandling i enlighet med dessa kriterier kan således inte få sådana effekter som innebär att reserveringen kan anses vara oproportionerlig.

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

En proportionalitetsbedömning sker vanligtvis i tre steg. För det första ska bedömas om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet och att det inte finns något

mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerligt eller överdriven i förhållande till det eftersträlvade syftet (se t.ex. HFD 2016 ref. 37).

Kommunen har anført att det eftersträlvade syftet med den aktuella reservationen är att öka möjligheterna för idéburna organisationer att medverka inom äldrenämndens intresseområde. Detta framgår vidare av avsnitt 1.4 ”Bakgrund och syfte” i de administrativa föreskrifter som gällt för upphandlingen. Det är därmed i förhållande till detta eftersträlvade syfte som proportionalitetsbedömningen ska göras. Vad bolagen har anført om andra, alternativa, syften medför ingen annan bedömning.

Förvaltningsrätten anser, likt bolagen, att det faktum att det finns utrymme inom tillämplig lagstiftning för en viss åtgärd inte per automatik medför att en sådan åtgärd är i linje med proportionalitetsprincipen. En bedömning måste göras i det enskilda fallet.

Av lagens förarbeten framgår bland annat följande. Regeringen bedömer att en möjlighet att reservera upphandlingar till idéburna organisationer skulle bidra till att bättre tillvarata dessa organisationers kompetens och kapacitet, genom att möjliggöra ett större deltagande i välfärden för dem. En reservationsmöjlighet skulle visserligen kunna missgynna privata aktörer i förhållande till idéburna organisationer. Det bör dock framhållas att privata aktörer och idéburna organisationer inte konkurrerar på lika villkor, och bedriver sin verksamhet med olika syften (prop. 2021/22:135 s. 37).

Förvaltningsrätten bedömer mot bakgrund av som har framkommit i målet att vad kommunen anført styrker att det faktiska syftet med reservationen medför att åtgärden att reservera upphandling får anses utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå syftet. Därtill anser förvaltningsrätten att åtgärden får anses nödvändig, och det har inte framkommit att det funnits något mindre ingripande alternativ. Mot bakgrund av ovan utdrag ur lagens förarbeten kan

åtgärden inte heller anses ha sådana negativa effekter som medför att åtgärden skulle vara oproportionerlig eller överdriven.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att vad som har framkommit i målet inte visar att den aktuella reservationen har skett i strid med proportionalitetsprincipen. Det saknas således skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU i denna del.

Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis innebär detta att det inte har framkommit att kommunen agerat i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU vid genomförandet av den aktuella upphandlingen. Bolagen kan därtill inte anses ha lidit, eller kunnat komma att lida, skada av de påstådda upphandlingsfelen. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU, varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Jonathan Franzén Boger.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



Hur man överklagar

KR-09

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet.

I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får Högsta förvaltningsdomstolen inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rätts-tillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser,

och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.