

CIRIO

UPPHANDLINGSÅRET 2018

UPPHANDLINGSÅRET 2018

Upphandlingsrätten är i ständig förändring. I högsta grad gällde det även året 2018.

Vi har fått nya spännande domar från EU domstolen och såväl HD som HFD har avgjort ett antal viktiga upphandlingsfrågor. Vi har valt ut några av de som vi tror är av stort intresse.

Inte bara inom upphandling kommer 2019 att vara ett synnerligen intressant år. Vi på Cirio Advokatbyrå står inför en spännande resa tillsammans med er. Vi har under många år varit verksamma inom upphandling och vår grupp brukar räknas till en av Sveriges främsta. Där har ingenting förändrats. Samma självklara kompetens verkar bara i ny skepnad. Alla medarbetare har kvar sina gamla mobilnummer men nya mailadresser (förnamn.efternamn@cirio.se).

Vi hoppas att vi under året kommer att träffas på våra frukostseminarier. Saknas du på vår inbjudningslista, hör av dig.

Syftet med denna korta nyhetssammanfattning är att ge er en sammanfattning av året som gick med fokus på de frågor som vi ofta får från våra klienter. Vi hoppas att ni kommer att ha glädje av den.

Vi önskar er alla ett gott och intressant upphandlingsår 2019 tillsammans med oss på Cirio.

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

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

	FÖRORD	SID 2
1.	Något om den s.k. förenklingsutredningen	Sid 4
2.	Hysesundantaget	Sid 6
3.	Senaste nytt om direktupphandling, dom från HFD	Sid 9
4.	Ändring av avtal, kort om regelverket	Sid 10
5.	Ett urval av de mest spännande rättsfallen 2018	Sid 12
6.	Korruption – nytt prioriterat område för Konkurrensverket	Sid 16
	<i>Medverkande medarbetare från Cirio</i>	<i>Sid 17</i>

1 NÅGOT OM DEN S.K. FÖRENKLINGSUTREDNINGEN

Den 14 juni 2018 publicerades den senaste utredningen om ändringar i upphandlingslagstiftningen. I utredningen föreslås dels ändringar för icke-direktivstyrda upphandlingar (dvs. upphandlingar under tröskelvärdet), kallad del 1, dels ändringar för överprövningsmål (både för direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar), kallad del 2.

Del 1 – förändringar av regler på det icke-direktivstyrda området

De föreslagna ändringarna för icke-direktivstyrda upphandlingar inkluderar bl.a. en särskild regel för direktupphandling i form av s.k. täckningsköp vid en överprövning, en nationell princip för direktupphandling, en särskild regel om dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling som bl.a. omfattar rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantörerna har gett in.

Förslaget i utredningen inkluderar också möjligheten att direktupphandla sociala tjänster och andra särskilda tjänster (bilaga 2 till LOU och LUF)¹ till ett värde om cirka 7,1 miljoner kronor (LOU) respektive 9,4 miljoner kronor (LUF), samt att endast ett fåtal förfaranderegler behöver iaktas vid anskaffningar av dessa tjänster över dessa värden. Denna förändring får sannolikt betecknas som den största i del 1 av utredningen och innebär sannolikt en stor omställning för aktörer verksamma inom upphandlingsområdet för t.ex. hälso- och sjukvård och utbildningstjänster.

Del 2 – införande av ansökningsavgift och rättegångskostnadsansvar vid överprövningsmål

De föreslagna ändringarna för överprövningsmål avser dels en ansökningsavgift om 7 500 kronor för den som önskar överpröva en upphandling i domstol, dels ett ansvar för rättegångskostnader vid överprövningsmål. Det är värt att notera att frågan om införande av ansökningsavgift i domstol och rättegångskostnadsansvar har varit föremål för utredning tidigare, utan att dessa utredningar har gått vidare till att bli lagstiftning. Senaste utredningen (SOU 2015:12 - Överprövningsutredningen) avfärdade både införande av rättegångskostnadsansvar och ansökningsavgifter. Bakgrunden till diskussionen om rättegångskostnadsansvar och/eller ansökningsavgifter ska införas är dels uppfattningen om att Sverige har ett alltför högt antal överprövade upphandlingar, dels uppfattningen om att det i nuläget finns en obalans mellan upphandlande myndigheter och leverantörer, där leverantörer kan kräva den upphandlande myndigheten på skadestånd för rättegångskostnader vid framgång i en överprövning, medan myndigheten inte har någon motsvarande rätt.

De föreslagna reglerna om ansökningsavgift innebär att en avgift ska betalas av den leverantör som inleder handläggning av ett överprövningsmål. Om det införs ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska detta även omfatta ansökningsavgiften, som alltså utgör en ersättningsgill processkostnad. Detta innebär att om leverantören vinner målet, kommer den upphandlande myndigheten slutligen stå kostnaden för avgiften.

De föreslagna reglerna om rättegångskostnadsansvar är utformade snarlikt en vanlig tvistemålsprocess, med huvudprincipen att förlorande part ska stå motpartens kostnader. För den vanliga tvåpartsprocessen ter sig reglerna förhållandevis enkla att tillämpa. De föreslagna reglerna om rättegångskostnadsansvar omfattar emellertid även tredje man, efter inträde i processen. Sådant tredjemansinträde sker förhållandevis ofta i överprövningsmål (t.ex. att den ursprungliga utpekade vinnaren som är på väg att förkastas i domstol får tillfälle att yttra sig i målet). Kostnadsansvaret i sådana fall kan vara mycket svårt att förutse för en leverantör och avgöra på ett skäligt sätt av domstol.

¹ Det rör sig främst om sådana tjänster som i direktivens skältexter kallas personliga tjänster, t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster.

Utredningen är för närvarande på remiss (sista datum för svar är 1 februari 2019) och vissa remissvar har redan inkommit. Det kan konstateras att flera remissinstanser riktar kritik mot förslagen om införande av ansökningsavgifter och rättegångskostnadsansvar (del 2), och i vissa fall avstyrks förslagen. Generellt är remissinstanserna (hittills inkomna) positiva till förändringarna avseende icke-direktivstyrda upphandlingar (del 1). Författningsförslagen i utredningen föreslås träda i kraft den 1 juli 2019.

Läs SOU 2018:44 i fulltext:

<https://www.regeringen.se/49d17c/contentassets/0119f074a63545f08fa99b3af4878dd3/mojligt-tillatet-och-tillgangligt--forslag-till-enklare-och-flexiblare-upphandlingsregler-och-vissa-regler-om-overprovningsmal-sou201844.pdf>

2 HYRESUNDANTAGET

Hyresundantaget – hur ska det tillämpas?

Den rättsliga regleringen

Det i LOU och LUF intagna hyresundantaget² innebär att lagarna inte gäller vid förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rätt till fastighet. Undantaget anses av många innebära en avsevärd fördel för upphandlande myndigheter/enheter i och med att transaktionen inte "belastas" med ett upphandlingskrav.

Anledningen till undantaget är att finna i de särdrag som denna typ av kontrakt uppvisar, framförallt då de avser fastigheters icke-generiska karaktär. När en upphandlande myndighet/enhet har behov av en fastighet är behovet oftast knutet till en geografisk plats, varför det oftast skulle vara meningslöst att konkurrensutsätta anskaffningen om det endast finns en möjlig fastighet att förvärva/hyra. Hårtill kommer, egentligen av samma skäl, att ett sådant förvärv/förhyrning saknar gränsöverskridande intresse.

De hyres- och nyttjanderätter som omfattas av undantaget är inte definierade, vare sig i lagarna, förarbetena därtill eller i de bakomliggande direktiven. Däremot anges i direktiven att undantaget gäller *befintliga* byggnader.

I upphandlingsrättslig mening är ett **kontrakt** ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter/enheter och en eller flera leverantörer och avser leverans av varor, tjänster eller utförande av byggtreprenad. Att det ska vara på ekonomiska villkor innebär att den prestation som levereras till myndigheten/enheten ska vara av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten/enheten genom att denna blir ägare till anläggningen/resultatet, garanteras tillgång till den eller får någon annan ekonomisk fördel.

Enligt jordabalkens definition föreligger ett **hyresavtal** då en lokaliserad byggnad eller del därav ("hus eller del av hus") upplåts genom avtal mot ersättning. Det finns inget skriftlighetskrav och det krävs inte heller att hyresobjektet är uppfört då hyresavtalet ingås. Tvärtom synes normen idag vara att uthyrning av nya hyresobjekt sker innan det rent faktiskt är byggt. Jordabalkens definition är således vid och generös medan begreppet hyresrätt m.m. som återfinns i LOU/LUF ska tolkas restriktivt, detta då regeln är ett undantag från upphandlingsskyldigheten. Det kan därför vara så, att ett kontrakt som enligt jordabalken anses vara ett hyreskontrakt, inte är det enligt LOU/LUF. Ett hyresavtal som avser en lokal i befintligt skick i en befintlig byggnad torde dock alltid vara ett kontrakt i upphandlingsrättslig mening och därför omfattas av hyresundantaget.

Vad är det då som gör att ett hyresavtal kanske inte ska betraktas som ett hyreskontrakt enligt LOU/LUF och därför inte omfattas av undantaget?

I grunden är hyra leverans av en tjänst. Så länge tjänsten hyra är "ren", d.v.s. inte innefattar något annat än att tillhandahålla ett existerande hyresobjekt mot ersättning, omfattas den tjänsten av hyresundantaget. Om det hyresobjekt som ska hyras ännu inte existerar eller om det visserligen redan finns, men måste byggas om eller renoveras, innefattar hyresavtalet dock något mer; en byggnation eller renovering. Det som i dessa fall s.a.s. tillkommer utöver själva tjänsten hyra ska enligt LOU/LUF definieras som byggtreprenadarbeten. Det är dessa tillkommande byggtreprenadarbeten som gör att hyresundantaget inte alltid är tillämpligt.

Enligt LOU/LUF definieras en **byggtreprenad** som ett kontrakt som dels avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till vissa i LOU/LUF uppräknade verksamheter (helt enkelt en förteckning över olika typer av byggtreprenadkontrakt), dels avser

² 3 kap 19 § LOU respektive 3 kap. 25 § LUF

utförande eller både projektering och utförande av byggnadsverk, delsock innebär att ett byggnadsverk realiserar enligt krav som ställts upp av en upphandlande myndighet/enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen av byggnadsverk eller över projekteringen. Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.

Mot denna bakgrund kan ganska enkelt konstateras att egentligen allt ifrån en byggnadsteknisk uppfräschning av en lokal till en helt nyuppförd byggnad inryms i begreppet byggtreprenad. Ett hyresavtal där myndigheten avtalat om att det som ska hyras antingen ska nybyggas eller renoveras för myndighetens räkning, kan därför komma att bestå av en upphandlingspliktig och en icke upphandlingspliktig del. I händelse av ett sådant **blandat kontrakt**, ska upphandlingen genomföras i enlighet med bestämmelserna för den del som är **huvudföremålet för kontraktet**. Lite förenklat gäller då, att om det huvudsakliga syftet med kontraktet är entreprenaddelen, så ska hela kontraktet upphandlas enligt reglerna för byggtreprenad. Bedömningen av det huvudsakliga syftet ska ske på basis av objektiva omständigheter i det enskilda fallet.

När det gäller vad som är det huvudsakliga syftet (**huvudsaksprincipen**) ska understrykas att det inte är detsamma som det som kallas överviktsprincipen. Den senare gäller exempelvis en blandad upphandling av varor och tjänster, varvid den värdemässigt större delen blir avgörande.

Exempel på situationer där hyresundantaget kan vara aktuellt att tillämpa

Utan att göra anspråk på att ge en heltäckande bild kan man generellt beskriva olika situationer enligt nedan.

Hyresundantaget;

- Gäller vid nytecknat hyresavtal avseende befintlig byggnad där inga anpassningar skett och byggnaden/lokalen inte heller planerats för myndigheten/enheten.
- Gäller vid nytecknat hyresavtal avseende befintlig byggnad där generella anpassningar, som vilken hyresgäst som helst hade krävt, skett (allmän uppfräschning, modernisering) och där byggnaden/lokalen inte heller planerats för myndigheten/enheten. Vad gäller denna punkt kan konstateras att praxis är ganska sträng. Det krävs alltså inte särskilt mycket för att myndigheten/enheten ska anses ha haft ett avgörande inflytande.
- Gäller inte vid nytecknat hyresavtal avseende ej befintlig byggnad om byggnaden/lokalen uppförs enligt myndighetens/enhetens krav och specifikationer och/eller där myndigheten/enheten har ett avgörande inflytande över projekteringen.
- Gäller troligtvis inte vid
 - nytecknat hyresavtal i befintlig byggnad där avtalet anger att omfattande/betydande om- och/eller tillbyggnader ska ske enligt krav och specifikationer från den myndigheten/enheten,
 - förlängning av befintligt hyresavtal där förlängningsavtalet anger att omfattande/betydande om- och/eller tillbyggnader ska ske enligt krav och specifikationer från den myndigheten/enheten, samt
 - ändringar i befintligt löpande hyresavtal vilka medför att om- och tillbyggnationer i form av byggtreprenader äger rum av betydande karaktär.
- Kan möjligen gälla vid nytecknat hyresavtal avseende ej befintlig byggnad om byggnaden/lokalen inte uppförs enligt myndighetens/enhetens krav och specifikationer eller annars planerats för myndigheten/enheten och byggnaden/lokalen i princip kan hyras av vem som helst.

Om det är så, att det konstateras att hyreskontraktet är upphandlingspliktigt, ska LOU/LUF tillämpas. Ett alternativ till "vanlig" upphandling med annonsering, som möjligen skulle kunna

användas, är förhandlat förfarande utan föregående annonsering³. Skälet härtill är att det i vissa situationer skulle kunna hävdas att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens eller att det som ska upphandlas (hyresavtalet med entreprenaddel) skyddas av ensamrätt (fastighetsägaren låter ingen annan än han själv ombesörja byggnation/anpassning) och därför endast kan tillhandahållas av en viss leverantör (fastighetsägaren). Det ska dock understrykas att det i så fall ska saknas ett rimligt alternativ och att den uppkomna situationen inte har skapats just för att få en möjlighet till förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Legala konsekvenser vid felaktig tillämpning av undantaget

Förutom det faktum att en fastighetsägare kan komma att stå med en tom nyuppförd byggnad/lokal utan hyresgäst och myndigheten/enheten utan en byggnad/lokal att driva sin verksamhet i, kan vissa legala konsekvenser följa på en felaktig tillämpning av hyresundantaget.

Ogiltighet

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan ansöka om överprövning av avtalets giltighet. Både beställare och den leverantör som otillåtet tilldelats kontraktet påverkas av att kontraktet förklaras ogiltigt, detta eftersom utförda prestationer (i den mån det är möjligt) ska återgå.

Upphandlingsskadeavgift

Konkurrensverket kan i egenskap av tillsynsmyndighet ansöka om upphandlingsskadeavgift. Avgiften kan uppgå till 10 procent av kontraktsvärdet, dock minst 10 000 kr och högst 10 Mkr.

En upphandlingsskadeavgift åläggs bara myndigheten/enheten.

Skadestånd

En leverantör som kan visa att denne har eller kan komma att lida skada av en otillåten direktupphandling kan väcka en skadeståndstalan i domstol och få ersättning för det positiva kontraktssintresset, d.v.s. det som leverantören skulle fått om denne tilldelats kontraktet.

Det är bara myndigheten/enheten som kan åläggas skadestånd enligt LOU/LUF.

³ 6 kap 14 § LOU respektive 6 kap 7 § LUF

3 SENASTE NYTT OM DIREKTUPPHANDLING, DOM FRÅN HFD

I ett avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") den 19 oktober 2018 (mål nr 3830-17) prövades frågan om innebörden av de upphandlingsrättsliga principernas tillämplighet vid en (tillåten) direktupphandling.

Observera att målet prövades mot den nu upphävda lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster tillämplig ("LUF"). Oaktat detta är avgörandet likväl relevant för direktupphandlingar enligt nu gällande upphandlingslagstiftning.

Bakgrunden till domstolens prövning var att Tekniska verken i Linköping AB låtit genomföra en direktupphandling avseende ett "Centralarkiv" (ett el-drivet hyllsystem för pärmförvaring samt ritlådor). Då kontraktsvärdet understeg direktupphandlingsgränsen var det fråga om en tillåten direktupphandling som inte omfattas av LUF:s förfaranderegler. Tekniska verken valde trots detta att annonsera och konkurrensutsätta direktupphandlingen. En av anbudsgivarna (Brunzeel Storage Systems AB) valde att överpröva upphandlingen med hänvisning till att den beskrivning som angavs i förfrågningsunderlaget avseende utvärderingen var alltför svepande då den inte angav viktning av pris och funktion, vilket hade påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

HFD konstaterar att de allmänna principerna även gäller vid direktupphandling, men att de krav som följer av dessa principer är lägre vid en direktupphandling än vad som gäller för ett annonserat upphandlingsförfarande över direktupphandlingsgränsen. HFD konstaterar även att en upphandlande myndighet eller enhet har ett stort handlingsutrymme att själv organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, förutsatt att de allmänna principerna iakttas. HFD fastslår att utvärderingskriterierna som var föremål för överprövningen var allmänt hållna och därigenom gav Tekniska verken ett betydande handlingsutrymme vid prövningen av anbuden. Men eftersom det var fråga om en direktupphandling och förfrågningsunderlaget inte utformats på ett sådant sätt att det öppnade upp för godtyckliga bedömningar fann HFD att upphandlingen inte utformats i strid med de grundläggande principerna.

Vad innebär då HFD:s dom i praktiken?

Domen bekräftar att upphandlande myndigheter har ett stort handlingsutrymme vid direktupphandling. En upphandlings karaktär, föremål och värde har dock betydelse vid tillämpningen av de allmänna principerna och kan i vissa fall medföra att viss konkurrensutsättning ska ske. En viktig slutsats som följer av domen är att en upphandlande myndighet som valt att konkurrensutsätta en direktupphandling inte ska riskera att hamna i ett sämre läge, än om så inte hade skett.

Även om det finns ett omfattande handlingsutrymme vid direktupphandling är det viktigt att överväga i vad mån de grundläggande principerna, i en enskild upphandling, kan kräva att det sker en konkurrensutsättning men också i sådant fall hur en sådan konkurrensutsättning i så fall ska utformas. Det kan givetvis vara lockande för en upphandlande myndighet att låta sig influeras av de förfaranderegler som gäller för annonserade förfaranden. Dock bör viss försiktighet iakttas eftersom risken för överprövning får anses öka ju mer detaljerad en upphandling blir, i synnerhet när direktupphandlingen genom konkurrensutsättning riktar sig till fler än en leverantör.

Läs domen i fulltext:

<http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/Domstolar/regeringsratten/Avg%C3%B6randen/2018/3830-17.pdf>

4 ÄNDRING AV AVTAL, KORT OM REGELVERKET

Enligt den nya upphandlingslagstiftningen som trädde i kraft i januari 2017 har upphandlande myndigheter och enheter fått utökade möjligheter att ändra upphandlade kontrakt och ramavtal. Även tidigare fanns begränsade möjligheter att ändra befintliga kontrakt under förutsättning att ändringarna inte var väsentliga. Vad som tidigare var att anse som en väsentlig förändring var emellertid inte helt enkelt att bedöma på förhand. I detta avseende har den nya upphandlingslagstiftningen (17 kap. 8-16 §§ LOU) bidragit med ökad tydlighet.

Utgångspunkten i alla avtalsrelationer är att ett ingånget avtal ska hållas (*Pacta sunt servanda*). Upphandlingslagstiftningen erbjuder numera möjligheten att, under vissa i lagen angivna förutsättningar, ändra ett sedan tidigare upphandlat kontrakt eller ramavtal. Nedan beskrivs i korthet de situationer då det kan vara tillåtet att, utan ett nytt upphandlingsförfarande, ändra ett kontrakt eller ramavtal.

Ett upphandlat kontrakt får ändras utan att en ny upphandling sker under förutsättning att ändringen är av *mindre värde*. Med detta avses att avtalets övergripande karaktär inte får ändras och att ökningen eller minskningen av avtalets värde till följd av ändringen ska vara lägre än det tröskelvärde som gäller för den aktuella typen av upphandling. Värdet får inte överstiga 10 procent av avtalets värde (för varor eller tjänster), eller 15 procent av avtalets värde (för byggtreprenader). Om flera ändringar sker och dessa är hänförliga till samma kontrakt ska det samlade nettovärdet räknas samman avseende ändringarna.

En ändring av ett kontrakt kan också vara tillåten under förutsättning att den omfattas av en *ändrings- eller optionsklausul* som framgått av den ursprungliga upphandlingen. Detta förutsätter att ändrings- eller optionsklausulen är klar, exakt och entydig samt att upphandlingsdokumenten beskriver vilka ändringar som kan göras och under vilka förutsättningar. Vidare får ändringen inte medföra att avtalets övergripande karaktär ändras. I lagen anges inte någon beloppsbegränsning för ändringar till följd av ändrings- och optionsklausuler. Viss försiktighet bör dock iakttas eftersom betydande ändringar som uppgår till stora belopp, potentiellt skulle kunna utgöra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär och därmed anses otillåten.

Ändringar kan vara tillåtna om det är fråga om *kompletterande beställningar* från befintlig leverantör. För att den upphandlande myndigheten ska få genomföra kompletterande beställningar måste de vara nödvändiga, och leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas ut. Alternativt att ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten. Därtill får den kompletterande beställningen inte innebära att kontraktsvärdet ökar med mer än 50 procent (notera att LUF saknar en sådan beloppsbegränsning). Om flera successiva beställningar sker efter varandra ska kontraktsvärdesbegränsningen tillämpas separat för varje kompletteringsbeställning. Det ska dock poängteras att det inte är tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att komma under gränsvärdet.

En ändring kan också vara tillåten om ändringen är påkallad till följd av *oförutsebara omständigheter*. Detta förutsätter dock att den upphandlande myndigheten varken kunnat förutse eller borde ha kunnat förutse dessa omständigheter vid tecknandet av kontraktet. Ändringen avser nya varor, tjänster eller byggtreprenader från befintlig leverantör. Därtill får inte ändringen medföra att avtalets övergripande karaktär ändras. Och varje enskild beställning får inte innebära att värdet av avtalet ökar med mer än 50 procent. Notera att LUF, även i detta avseende, saknar en sådan beloppsbegränsning. Sker flera på varandra följande ändringar till följd av oförutsebara omständigheter, ska begränsningen av värdet således tillämpas på varje enskild ändring.

Det kan också i vissa fall vara tillåtet att *byta ut den upphandlade leverantören* mot en annan leverantör utan att det är fråga om en sådan ändring som kräver en ny upphandling. Ett exempel är om den nya leverantören inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstrukturering t.ex.

uppköp eller förvärv. Det är endast tillåtet om bytet av leverantör inte innebär en väsentlig ändring av kontraktet. Därtill förutsätts dels att den nya leverantören inte omfattas av någon av uteslutningsgrunderna, dels att leverantören uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen. Ett byte av leverantör är också tillåtet om det är fråga om att en underleverantör inträder i den upphandlade leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören.

Inledningsvis nämndes att det, utöver de situationer som beskrivs ovan, även är tillåtet att ändra ett kontrakt om ändringen inte utgör en *väsentlig förändring*. Det är fråga om en väsentlig förändring om (i) avtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören, (ii) om ändringen inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha inneburit att det varit möjligt för andra anbudssökande att delta och kvalificeras i upphandlingen, eller (iii) om leverantören byts ut i andra fall än de som angivits ovan.

Avslutningsvis är det värt att återigen påpeka att det inte är tillåtet att dela upp en upphandling för att möjliggöra en tillämpning av undantagen som angivits ovan. Ett sådant agerande skulle sannolikt utgöra en otillåten direktupphandling och riskera att överprövas och/eller bli föremål för en ansökan om upphandlingsskadeavgift.

5 ETT URVAL AV DE MEST SPÄNNANDE RÄTTSFALLEN 2018

Några intressanta domstolsavgöranden

En stor del av vårt arbete går ut på att företräda klienter och tillvarata deras rätt i överprövningsprocesser. Vi tänkte därför ta tillfället i akt och gå igenom några vanliga frågor som ofta dyker upp och där praxis har utvecklats det senaste året.

Frågan om domstolens utredningsansvar och infordrande av anbud – HFD 2018 ref. 28

En fråga som ofta uppkommer är den om domstolens utredningsskyldighet, d.v.s. skyldigheten att se till så att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Utredningsskyldigheten varierar beroende på vilken typ av mål det gäller samt vilka förutsättningar parterna kan anses ha att föra sin talan. Högsta förvaltningsdomstolen har exempelvis påpekat att domstolarnas utredningsskyldighet är mycket mindre i mål om offentlig upphandling och att huvudprincipen då är att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig klart ska ange på vilka omständigheter talan grundas (RÅ 2009 ref. 69).

Enligt rättsmedelsdirektivet har dock EU-medlemsstaterna en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att ett beslut från en upphandlande myndighet kan prövas effektivt när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av upphandlingslagstiftningen.

HFD har tidigare, med ledning av EU-domstolens praxis, uttalat att det kan krävas att part klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan liksom den bevisning som åberopas. Om part utan framgång har begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för talan måste domstolen bedöma om uppgifterna krävs för att den ska kunna granska förfarandet på ett effektivt sätt. Om domstolen anser att den behöver uppgifterna är den skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Domstolen har därefter att ta ställning till om de infordrade uppgifterna omfattas av sekretess och om partsinsynen kan begränsas (jfr. HFD 2015 ref. 55).

HFD har efter avgörandet i ovanstående mål berört frågan om omfattningen av en domstols utredningsansvar när den i ett mål om offentlig upphandling har hämtat in uppgifter som omfattas av sekretess och som den ena parten därför inte fått del av (HFD 2018 ref. 28).

HFD konstaterade att det i EU-domstolens praxis uttalats att parterna i ett prövningsförfarande inte har en obegränsad rätt att få tillgång till all den information avseende den aktuella upphandlingen som lämnats till prövningsorganet. Istället måste det göras en avvägning mot andra aktörers rätt till skydd för affärshemligheter på ett sätt som är förenligt med kraven på ett effektivt rättsligt skydd och som säkerställer en rättvis rättegång. HFD konstaterade att kravet på effektivitet och kravet på en rättvis rättegång, i de fall den ena parten inte har fått del av samtliga uppgifter i målet, innebär att domstolens granskning av de inhämtade handlingarna ska göras utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in. Om det av handlingarna framkommer andra brister i förfarandet ska alltså dessa brister inte beaktas.

Vi anser att avgörandet var välkommet eftersom det knyter an till den tidigare domen om att domstolen under vissa omständigheter kan infordra anbud från den upphandlande myndigheten (jfr. HFD 2015 ref. 55). Den nya domen ger vägledning för hur den granskningen ska gå till hos domstolen, och det står nu klart att en domstol som fordrar in anbud inte får granska annat i anbuden än de specifika uppgifter som föranledde domstolen att fordra in anbudet.

Läs mer här:

<http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/Domstolar/regeringsratten/R%C3%A4ttsfall/HFD%202018%20ref.%2028.pdf>

Frågan om s.k. golvpriser - HFD 2018 ref. 50

I detta rättsfall var det fråga om upphandling av måleriarbeten och i föreskrifterna fanns följande obligatoriska krav:

”Anbud med timarvode lägre än 350 kr/tim för målare kommer inte att antas, eftersom det anses som oskäligt lågt”

Av utvärderingsmodellen framgick att det anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga skulle antas. Priset var ett av flera utvärderingskriterier och utvärderingen av priset inkluderade en utvärdering av bland annat lämnade timpriser. Flera anbudsgivare tilldelas kontrakt, men en anbudsgivare uteslöts på grund av att den angett ett oskäligt lågt timarvode för målare (d.v.s. ett pris understigande 350 kr/timme).

Anbudsgivaren begärde överprövning och gjorde gällande att kravet på ett lägsta timarvode stred mot de upphandlingsrättsliga principerna samt mot bestämmelsen om att onormalt låga anbud får förkastas först efter det att anbudsgivaren fått lämna en förklaring. Både förvaltningsrätten och kammarrätten avslag ansökan med hänvisning till att det var fråga om ett tillåtet s.k. golvpris.

HFD tog upp målet till prövning och särskilt frågan om det var förenligt med upphandlingslagstiftningen att som krav i en upphandling ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå inte kommer att antas, dvs. att ställa ett obligatoriskt krav på att ett s.k. golvpris inte får underskridas.

HFD konstaterade att krav på golvpris i princip inte var förenligt med likabehandlingsprincipen då ett sådant krav förhindrade anbudsgivarna att konkurrera med pris, vilket i sin tur kunde leda till att anbudsgivarna behandlades olika. Kravet var även oförenligt med bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om förfarandet för att utvärdera onormalt låga anbud.

Genom domen slog HFD alltså fast att det inte var tillåtet att ställa upp krav som innebär att anbud som understiger en viss nivå automatiskt ska uteslutas. Frågan i målet var dock endast om s.k. golvpriser är förenliga med upphandlingslagstiftningen och HFD uttalade sig inte om hur fasta priser i allmänhet ska bedömas. Vår bedömning är att det av domen inte går att dra slutsatsen att även sådana är otillåtna, vilket även framgår av EU-direktivet. Frågan om i vilken utsträckning upphandlande myndigheter kan ägna sig åt prisstyrning är alltså fortfarande i någon mån oklar.

Det kan här tilläggas att nyligen kom en dom från Kammarrätten i Göteborg i vilken frågan om lägsta priser togs ett steg längre. I den domen konstaterade kammarrätten att angivande av ett fast lägsta pris inte var tillåtet även i de fall när anbudsgivaren inte automatiskt uteslöts (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2666–18).

Läs mer här:

<http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/Domstolar/regeringsratten/R%C3%A4ttsfall/HFD%202018%20ref.%2050.pdf>

Frågan om olikbehandling för att uppnå likabehandling – HFD 2018 ref. 14

Migrationsverket genomförde under våren 2016 en upphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. Av förfrågningsunderlaget framgick att Migrationsverket skulle kontrollera att anbudsgivarna hade fullgjort sina åligganden avseende sociala avgifter och skatter, att de var registrerade på korrekt sätt och att de inte hade skulder för indrivning. Migrationsverket skulle kontrollera detta genom att hämta in uppgifter från Skatteverket och från Kronofogdemyndigheten. Samma krav ställdes på utländska anbudsgivare, men dessa skulle istället bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visade att bolagen var registrerade och att de hade betalt föreskrivna skatter och sociala avgifter m.m.

En anbudsgivare, som hade en utländsk underleverantör, uteslöts från upphandlingen eftersom den inte uppfyllde kraven på att bifoga intyg från utländsk myndighet. Bolaget ansökte om överprövning

av upphandlingen och anförde att kraven i förfrågningsunderlaget på att utländska leverantörer skulle ge in intyg stred mot likabehandlingsprincipen.

Frågan i målet var om kravet på de utländska leverantörerna stod i strid med de allmänna principerna. Förvaltningsrätten biföll ansökan om överprövning och kammarrätten gick på samma linje. HFD meddelade prövningstillstånd i målet och ändrade sedermera förvaltningsrättens och kammarrättens domar.

HFD konstaterade att den kontroll som skulle företas var densamma beträffande alla leverantörer och att det endast var metoderna för inhämtande som skilde sig åt beroende på om uppgifterna fanns i svenska register eller inte. HFD konstaterade därvid att den upphandlande myndigheten på ett enkelt och effektivt sätt kunde använda befintliga och allmänna register avseende svenska förhållanden. Vad gällde underlag om utländska leverantörer och deras förhållanden i det egna landet kunde det däremot inte förutsättas att myndigheterna hade möjlighet att inhämta sådana uppgifter eller ibland ens kände till varifrån en viss uppgift kunde inhämtas. För att kontrollen skulle kunna genomföras krävdes därför att de utländska leverantörerna själva lämnade uppgifterna. HFD konstaterade att de skilda metoderna innebär att leverantörer behandlades olika men att det mot denna bakgrund var sakligt motiverat och därför inte stred mot de allmänna principerna.

Läs mer här:

<http://www.hogstaforvaltningsdomstolen.se/Domstolar/regeringsratten/R%C3%A4ttsfall/HFD%202018%20ref.%2014.pdf>

Kammarrätten i Jönköpings dom den 16 mars 2018 i mål 2895-2896-17

I förevarande fall hade Karlshamns kommun och Karlshamnsfastigheter ("kommunen") genomfört en upphandling avseende måleriarbeten. Efter utvärderingen tilldelade kommunen tre kontrakt till tre leverantörer med rangordningen 1–3.

Den leverantör som kom på andra plats ansökte om överprövning och anförde bl.a. att kommunen brutit mot LOU genom att inte begära en förklaring av vinnarens låga anbudspris. Enligt sökanden hade den vinnande leverantören lämnat mycket lägre priser än de leverantörer som kom tvåa och trea, vilket innebär att den vinnande leverantören inte skulle kunna uppfylla sina miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Förvaltningsrätten avtog ansökan om överprövning och konstaterade att det var först när den upphandlande myndigheten gjorde bedömningen att ett anbud förefaller onormalt lågt som skyldigheten att kräva en förklaring inträder. Då kommunen inte ansåg att anbudet föreföll onormalt lågt fanns ingen skyldighet att kräva en förklaring. Förvaltningsrätten ansåg inte att kommunens bedömning var uppenbart oriktig och avtog därför sökandens ansökan.

Sökanden överklagade till kammarrätten, som i huvudsak prövade två frågor, dels om ingripande kan ske på grunden att den upphandlande myndigheten inte har bedömt att ett anbud förefaller vara onormalt lågt och av denna anledning inte funnit skäl att begära en förklaring till priset, dels vem som bär bevisbördan för påståendet att det lämnade anbudspriset är onormalt lågt och vilket beviskrav som ställs.

Kammarrätten konstaterade att det ankommer på den upphandlande myndigheten att identifiera anbud som är misstänkt låga. Om det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter ska myndigheten förkasta anbudet direkt, och i andra fall ska myndigheten förkasta anbudet först efter att anbudsgivaren inte kunnat förklara det låga priset på ett tillfredsställande sätt. Då myndigheten har en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud ansåg kammarrätten att en eventuell underlåtelse att identifiera ett misstänkt lågt anbud i sig kan ligga till grund för ett ingripande enligt LOU.

Vad gäller den andra frågan konstaterade kammarrätten att det är sökanden som har bevisbördan för att anbudet förefaller vara onormalt lågt. Då myndigheten har en stor frihet att avgöra vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud måste sökanden förebbringa förhållandevis stark bevisning till stöd för sitt påstående. I förevarande mål var den vinnande leverantörens anbud lägre än de andra anbudsgivarnas. Kammarrätten konstaterade dock att sökanden inte hade åberopat något underlag till stöd för påståendet att priset var så lågt att vinnaren inte skulle kunna uppfylla sina lagenliga skyldigheter. Mot den bakgrunden hade sökanden inte kunnat visa att vinnarens pris var så lågt att kommunen borde ha begärt en förklaring till det lämnade priset.

Domen överklagades inte till HFD.

Av kammarrättens dom kan vi dra i vart fall två slutsatser, dels att en upphandlande myndighets underlåtelse att begära en förklaring till ett misstänkt onormalt lågt anbudspris i sig kan utgöra grund för ingripande, dels att det i någon mån fortfarande är oklart vad som utgör ett onormalt lågt anbud och vilken bevisning som krävs för att sökanden ska kunna vinna framgång med sin talan. Ett gott råd till upphandlande myndigheter är alltså att använda möjligheten att kontrollera misstänkt låga anbud oftare än vad som kanske görs idag. Ett gott råd till leverantörer är att fundera kring vilken bevisning som faktiskt kan föras fram för stånpunkten att en konkurrent har ett onormalt lågt anbudspris.

Läs mer här:

<https://upphandling24.se/wp-content/uploads/2018/05/2895-2896-17.pdf>

6 KORRUPTION – ETT NYTT PRIORITERAT OMRÅDE FÖR KONKURRENSVERKET

Konkurrensverket reviderade nyligen myndighetens prioriteringspolicy för konkurrens och upphandlingstillsyn. En av nyheterna är att myndigheten kan komma att prioritera tips och klagomål i de fall konkurrens- eller upphandlingsproblemen även indikerar att det förekommer korruption. Om det saknas skäl att misstänka en överträdelse av konkurrens- eller upphandlingslagstiftningen saknar Konkurrensverket möjlighet att utreda frågan vidare. Däremot kan Konkurrensverket bistå andra myndigheter med tips avseende bl.a. korruption och mutor.





Enligt Konkurrensverket är syftet med rapporten att öka kunskapen om möjliga kopplingar mellan korruption och konkurrens. Konkurrensverket har också låtit genomföra två enkätundersökningar, en riktad mot byggbranschen och en riktad till offentliga upphandlare. Syftet med enkäterna var att bl.a. bilda sig en uppfattning om förekomsten av korruption i byggbranschen. Av undersökningen framgår bl.a. att 49 procent av de tillfrågade tror att det finns karteller inom den egna branschen och att det är särskilt vanligt i samband med offentliga upphandlingar. Vidare uppger 71 procent av de tillfrågade att man tror att det förekommer korruption.

Läs mer här:

http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2018-10.pdf

Vill du veta mer om hur man förebygger och motverkar korruption, mutor och jäv kontakta Cirios experter inom konkurrens och upphandling.

Medverkande från Cirio

<p>Eva-Maj Mühlenbock Partner eva-maj.muhlenbock@cirio.se +46 76 617 0861</p>		<p>Olof Hallberg Partner olof.hallberg@cirio.se +46 76 617 0886</p>		<p>Lukas Granlund Biträdande jurist lukas.granlund@cirio.se +46 76 617 0975</p>	
<p>Robin Heimdahl Biträdande jurist robin.heimdahl@cirio.se +46 76 617 0995</p>		<p>Angelo Skog Biträdande jurist angelo.skog@cirio.se +46 76 617 0887</p>	