

Avdelningen för juridik
Daniel Ekwall
daniel.ekwall@skl.se

Innehåll

Lagändring	1
Nya regler om upphandling av välfärdstjänster (från januari 2019).....	1
Domar	2
I princip inte tillåtet med golvpris.....	2
Likvärdighet med varumärke skulle visas redan i anbudet.....	4
Utvärderingskriterier öppnade upp för godtycke.....	4
Högt pris inte skäl för annonslös upphandling	5
Avrop från ramavtal fick vara längre än fyra år	6
Krav att kameror skulle integreras med IT-system inte tillåtet	8
Skadestånd vid otillåten direktupphandling av gräsklippning.....	9
Skadestånd för processkostnader vid tveksam framgång i överprövning.....	10
Idéburet offentligt partnerskap medgav inte rätt till undantag från LOU.....	11
Kommande kurser.....	13
Grundkurs i offentlig upphandling	13
Grundkurs e-handel.....	13

Lagändring

Nya regler om upphandling av välfärdstjänster (från januari 2019)

SFS 2018:1159 – lag om ändring i LOU och prop. 2017/18:158

Den 14 juni 2018 utfärdade riksdagen ändringar i LOU. Ändringarna innebär att upphandling av välfärdstjänster upp till tröskelvärdet (för närvarande 7 113 450 kr) kommer att omfattas av färre och mer flexibla regler än tidigare. En ny möjlighet att

reservera kontrakt till vissa organisationer införs också, i syfte att underlätta för den idéburna sektorn.

När det gäller den första delen, färre regler under tröskelvärdena, innebär lagen att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om bland annat öppenhet och likabehandling som utgångspunkt inte blir tillämpliga. De blir dock tillämpliga om upphandlingen har ett så kallat bestämt gränsöverskridande intresse. De regler som måste följas handlar bland annat om annonsering, information till leverantörerna, dokumentation och rättsmedel. Upphandlingen ska annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte om värdet är under 28 procent av tröskelvärdet på 7 113 450 kr eller 750 000 euro, det vill säga knappt två miljoner kr. Då krävs ingen annonsering. Annonseringskravet gäller inte heller om förutsättningar för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12-19 §§ är uppfyllda, eller om det föreligger synnerliga skäl.

Den upphandlande myndigheten ska underrätta anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningsbeslutet samt dokumentera genomförandet av upphandlingen.

Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Dokumentationskravet gäller dock inte om värdet på upphandlingen understiger 100 000 kr. Reglerna om avtalsspärr, överprövning, skadestånd, upphandlingsskadeavgift och tillsyn blir också tillämpliga, men regeln om avtalsspärr gäller inte om upphandlingen skett utan annonsering med stöd av bestämmelserna om undantag från annonseringsskyldigheten.

I den andra delen införs en bestämmelse om att upphandlande myndigheter får reservera deltagandet i upphandlingar av vissa välfärdstjänster för organisationer som uppfyller vissa angivna krav om bland annat återinvestering av vinst och personalens deltagande i ledningen (19 kap. 6 a §). Löptiden för ett sådant kontrakt får dock inte överstiga tre år.

Ändringarna träder i kraft den 1 januari 2019.

Domar

I princip inte tillåtet med golvpris

Högsta förvaltningsdomstolens dom den 25 juni 2018 i mål nr 5924-17

Två kommunala bolag upphandlade måleriarbeten. Ett anbud förkastades eftersom det inte uppfyllde ett krav med innebörden att timarvodet för målare inte fick vara under 350 kr per timme. ÄLOU, dvs. 2007 års lag, var tillämplig.

Bolaget som fått sitt anbud förkastat ansökte om överprövning och anförde bland annat följande. Enligt 12 kap. 3 § ÄLOU måste den upphandlande myndigheten ge

anbudsgivaren möjlighet att förklara sig innan anbudet får förkastas. Att hantera frågan om onormalt låga priser genom att med automatik förkasta anbud som innehåller ett pris som underskrider ett i förfrågningsunderlaget fastställt belopp är inte förenligt med 12 kap. 3 § ÄLOU och de principer som bär upp lagstiftningen.

De kommunala bolagen motsatte sig ansökan och anförde bland annat att 12 kap. 3 § ÄLOU inte var tillämplig eftersom bolagen hade ställt ett krav på att timpriset inte fick vara under ett visst belopp och att detta krav inte uppfyllts av bolaget.

Förvaltningsrätten och kammarrätten ansåg båda att det rörde sig om ett tillåtet så kallat golvpris och avslog därför ansökan.

Bolaget överklagade till HFD, som anförde bland annat följande. Frågan i målet är om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ställa ett krav på att ett så kallat golvpris inte får underskridas. En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Det är därför i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § ÄLOU att ange ett golvpris. Även bestämmelsen om utvärdering av onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § ÄLOU är ett uttryck för likabehandlingsprincipen. Av den bestämmelsen framgår att den upphandlande myndigheten har möjlighet att förkasta ett anbud först efter det att myndigheten skriftligen har begärt att leverantören förklarar det låga priset och inte fått ett tillfredsställande svar. Detta kontradiktoriska förfarande syftar till att skydda en leverantör från den upphandlande myndighetens godtycke samt till att säkerställa en sund konkurrens mellan leverantörer. Den upphandlande myndighetens bedömning av om förklaringarna är godtagbara och anbudet, trots det låga priset, är seriöst menat ska därför göras i varje enskilt fall med hänsyn till kontraktsföremålet (jfr HFD 2016 ref. 3 I och II), och inte genom automatisk uteslutning.

HFD kom därför fram till att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange ett anbud med ett timarvode under en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett anbud som den upphandlande myndigheten uppfattar grundas på ett onormalt lågt pris ska i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § ÄLOU.

Det aktuella kravet stod därför i strid med både likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § ÄLOU och bestämmelserna om onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § ÄLOU. Bolaget hade lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom felet var hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet skulle upphandlingen göras om.

Kommentar: Reglerna om onormalt låga anbud återfinns numera i 16 kap. 7-8 §§ LOU. Enligt 12 kap. 3 § ÄLOU ”får”, eller fick, myndigheten förkasta ett anbud som är onormalt lågt (dock först efter att ha begärt en förklaring och inte fått ett tillfredsställande svar). Enligt nu gällande LOU ”ska” myndigheten begära en förklaring om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Myndigheten ”ska” också förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt förklarar priset. Det förhållandet att reglerna gjorts obligatoriska torde dock inte påverka innebörden av det ovan refererade fallet, som alltså innebär att det i princip inte är tillåtet att använda sig av så kallade golvpriser.

Likvärdighet med varumärke skulle visas redan i anbudet

EU-domstolens dom den 12 juli 2018 i mål C-14/17

Azienda Trasporti Milanese SPA (ATM), ett italienskt offentligt ägt bolag som driver kollektivtrafik i Milano, upphandlade reservdelar till bussar. I en förteckning över vad som skulle levereras hänvisade ATM till ett visst varumärke. Även produkter av andra varumärken godtogs, men de skulle då vara likvärdiga med varumärket. Bolag A tilldelades kontrakt, och Bolag B överklagade beslutet till italiensk förvaltningsdomstol. Domstolen biföll överklagandet med motiveringen att Bolag A varken när det lämnade anbudet eller under upphandlingsförfarandet visat att de produkter som erbjöds var likvärdiga med delar av det aktuella varumärket. Domen överklagades av Bolag A och ATM till Consiglio di Stato, Högsta förvaltningsdomstolen i Italien. Consiglio di Stato begärde förhandsavgörande och ställde bland annat följande fråga till EU-domstolen: Ska artikel 34.8 (som gäller möjligheten till att hänvisa till ett visst varumärke med mera i de tekniska specifikationerna i en upphandling) i direktiv 2004/17/EG tolkas så, att bevis för att de erbjudna produkterna är likvärdiga med originalprodukterna ska företes redan när anbudet lämnas? EU-domstolen besvarade denna fråga, efter en genomgång av relevanta bestämmelser i direktivet, på följande sätt. Artikel 34.8 ska tolkas så att när de tekniska specifikationerna i kontraktshandlingarna hänvisar till ett varumärke, ett ursprung eller tillverkning, ska den upphandlande enheten kräva att anbudsgivaren redan i sitt anbud bevisar att de produkter som föreslås är likvärdiga med de produkter som definieras i nämnda tekniska specifikationer.

Utvärderingskriterier öppnade upp för godtycke

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 juni 2018 i mål nr 192-196-18

En gemensam nämnd upphandlade, som ombud för några kommuner och ett kommunalt bolag, ledarskapsutbildning. Bolag A tilldelades kontrakt. Bolag B ansökte om överprövning och anförde bland annat att utvärderingskriterierna öppnade upp för godtycke och att de därför stod i strid med principen om transparens.

Utvärderingen gick till så att anbudsgivarna bjöds in till en anbudsgenomgång där en jury med HR-representanter från berörda kommuner fick poängsätta anbudsgivarnas muntliga redogörelser. Poängsättningen skedde utifrån följande kriterier.

1. Redovisningen är välstrukturerad, tydlig och framförs på ett förtroendeingivande sätt.
2. Redogörelsen av utbildningen verkar genomförbar och har en tydlig koppling till ett arbetssätt som jag känner passar kommunen.
3. Redovisningen vittnar om att anbudsgivaren har en djup förståelse för chefernas ledarskap och personliga utveckling.
4. Redovisningen visar att anbudsgivaren har en tydlig bild av uppdraget.
5. Redovisningen gör att jag känner mig trygg inför ett samarbete med anbudsgivaren.

Ju högre poäng, desto högre mervärde gavs anbudet.

Förvaltningsrätten ansåg inte, bland annat med hänvisning till RÅ 2002 ref. 50, att kriterierna stod i strid med principen om transparens.

Bolag B överklagade till kammarrätten.

Kammarrätten anförde bland annat följande. EU-domstolen har slagit fast att utvärderingsmodeller som inte möjliggör för anbudsgivare att utläsa hur utvärderingen ska ske inte är förenliga med principen om likabehandling och skyldigheten att möjliggöra insyn som följer därav. Samma domstol har också fastslagit att den upphandlande myndigheten måste lämna så mycket information om hur utvärderingen ska gå till att anbudsgivare kan förutse vad som kommer att tillmätas betydelse. Med hänsyn till att flera av de kriterier som jurymedlemmarna fick ta ställning till var otydliga och vagt formulerade var utvärderingsmodellen, enligt kammarrättens bedömning, inte tillräckligt transparent. Modellen gav också enligt domstolen utrymme för ett stort mått av godtycke. Kammarrätten ansåg vidare att Bolag B hade lidit eller riskerat lida skada till följd av detta. Upphandlingen skulle mot bakgrund av detta göras om.

Domen fick laga kraft den 23 juli 2018.

Högt pris inte skäl för annonslös upphandling

Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 juni 2018 i mål nr 549-550-18

En kommun upphandlade taxitransporttjänster genom ett öppet förfarande. På ett delområde fick kommunen endast in ett anbud (från Bolag A). Priset i detta ansågs för högt en jämförelse med priser i andra liknande upphandlingar. Kommunen beslutade därför att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med motiveringen att anbudet var ”olämpligt” i 4 kap. 5 § första stycket 1 ÄLOU:s mening. I förfarandet förde kommunen dialog med tre bolag (Bolag A samt Bolag B och C). Kommunen antog Bolag B:s anbud och tecknade avtal med detta bolag.

Bolag A ansökte om ogiltigförklaring av avtalet och menade att kommunen inte haft rätt att inleda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grunden att Bolag A:s anbud innehöll ett för högt pris. Ett anbud med för högt pris uppfyller inte kravet på att anbudet ska vara ”olämpligt” i lagens mening, ansåg Bolag A.

Kommunen motsatte sig ansökan och anförde i huvudsak att anbudet var olämpligt eftersom det offererade priset var för högt.

Förvaltningsrätten ansåg att anbudet kunde bedömas som ”olämpligt” på grund av att priset var dubbelt så högt som i likartade upphandlingar och att gränsen för vad som måste accepteras därmed hade passerats. Kommunen hade därför enligt domstolen haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering, och därför avslogs ansökan.

Bolag A överklagade till kammarrätten, som anförde bland annat följande i sin dom. ÄLOU var tillämplig i målet, men ÄLOU skulle tolkas konformt med upphandlingsdirektivet från 2014, eftersom detta direktiv skulle ha implementerats i svensk rätt vid tidpunkten för upphandlingens påbörjande. Direktivet gör skillnad på olämpliga, ogiltiga och oacceptabla anbud, och det är bara i fråga om olämpliga anbud som det är tillåtet att förhandla med nya leverantörer utan att annonsera. Enligt direktivet ska ett anbud anses vara olämpligt om det är ”irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsdokumenten”. Begreppet oacceptabelt anbud är nytt och saknar motsvarighet i ÄLOU. I synnerhet ska anbud som lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras, och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarande inleds anses vara oacceptabla. Enligt kammarrättens mening kan ett anbud som innehåller ett för högt pris inte på grund av detta anses vara ”irrelevant för kontraktet” och därmed ”olämpligt” i direktivets mening. Ett sådant anbud ligger enligt kammarrätten närmare ett ”oacceptabelt” anbud.

Eftersom anbudet i fråga inte kunde anses olämpligt hade kommunen inte haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering, och avtalet skulle därför ogiltigförklaras. Kommunen överklagade kammarrättens dom till HFD, som den 21 augusti 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Kommentar: Direktivets skrivning om vad som är ett olämpligt anbud har numera förts in i 6 kap. 13 § andra stycket i 2016 års LOU.

Avrop från ramavtal fick vara längre än fyra år

Kammarrätten i Stockholms dom den 8 juni 2018 i mål nr 2944-18

En region upphandlade ramavtal för bland annat installation av och service för trygghetssystem till särskilda boenden inom äldreomsorgen. Bolag A tilldelades kontrakt. Bolag B begärde överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras

om. Som skäl anförde Bolag B bland annat att avtalstiden uppgick till fyra år när det gällde installationsdelen, men till tio år när det gällde servicedelen. Enligt bolaget stod detta i strid med den längsta tillåtna tiden för ett ramavtal.

Regionen anförde bland annat följande. Tidsbegränsningen för ramavtal i LOU tar sikte på under hur lång tid ett ramavtal gäller. Den hindrar inte att den upphandlande myndigheten i ramavtalet kräver garantier, service eller underhåll för de avrop som sluts under ramavtalets löptid, även för tid efter ramavtalet.

Förvaltningsrätten hänvisade till 5 kap. 3 § i 2007 års LOU som anger att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Såväl ramavtalet som avropsavtalen överskred den tillåtna tiden om fyra år, enligt förvaltningsrätten., och mot denna bakgrund skulle upphandlingen göras om.

Regionen överklagade domen till kammarrätten och anförde bland annat att ramavtalstiden var fyra år samt att avropsavtal får vara längre än denna tid under vissa förutsättningar. Region hänvisade bland annat till skäl 62 i direktiv 2014/24/EU.

Bolag B motsatte sig överklagandet och anförde bland annat att ett avrop från ett ramavtal aldrig kan löpa längre än den tid som ramavtalet löper på.

Kammarrätten anförde bland annat följande. Det var 2016 års LOU som var tillämplig i målet eftersom det inte framkommit att upphandlingen påbörjats tidigare än den 27 september 2017. Enligt 7 kap. 2 § i denna lag får ett ramavtal löpa längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Bestämmelsen motsvarar artikel 33.1 tredje stycket i direktiv 2014/24/EU. Ramavtalstiden i det aktuella fallet överskred inte fyra år.

Avtalstid för serviceavtal på avropade installationer skulle, enligt upphandlingsdokumenten, överensstämja med utrustningens beräknade tekniska livslängd men dock vara minst tio år från effektiv leveransdag, med möjlighet till årsvisa förlängningar därefter. Det saknas bestämmelser i LOU och direktivet om hur lång tid ett kontrakt som grundas på ett ramavtal får ha. Viss ledning finns dock i skäl 62, där det bland annat anges att löptiden för enskilda kontrakt som grundas på ett ramavtal inte behöver sammanfalla med löptiden för ramavtalet, utan i förekommande fall får vara längre, samt att löptiden får bestämmas med beaktande av faktorer såsom den tid som behövs för deras fullgörande när underhåll av utrustning med en uppskattad ekonomisk livslängd på mer än fyra år ingår. Viss vägledning i frågan finns vidare i prop. 2015/16:195 s. 515. Mot denna bakgrund kan konstateras att 2014 års LOU-direktiv klargör att löptiden för enskilda kontrakt som grundas på ett ramavtal kan vara längre än fyra år, i synnerhet när exempelvis underhåll av inköpt utrustning med en ekonomisk livslängd längre än fyra år ingår. En förutsättning är dock att löptiden inte är oproportionerlig i förhållande till den utrustning som anskaffas. Den angivna tiden för service av larmutrustning var inte oproportionerlig, enligt kammarrättens bedömning. Upphandlingen behövde därför inte göras om, och Bolag B:s ansökan avslogs.

Domen överklagades till HFD, som inte meddelade prövningstillstånd.

Krav att kameror skulle integreras med IT-system inte tillåtet

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 juli 2018 i mål nr 1308-18

En kommun upphandlade funktion för trygghetskamera. Bolag A tilldelades kontrakt. Bolag B ansökte om överprövning och anförde bland annat följande. Kommunen har ställt krav på att leverantören tillhandahåller ett administrationsverktyg som ska kunna integreras i kommunens befintliga planeringssystem, benämnt TES. Det finns endast en leverantör som kan uppfylla detta krav, nämligen Bolag A, som också levererar TES. Alla andra leverantörer utestängs från upphandlingen, och detta strider mot LOU.

Kommunen motsatte sig ansökan. Förvaltningsrätten gick på Bolag B:s linje.

Kommunen överklagade till kammarrätten och argumenterade som följer. Syftet med upphandlingen är att förvärva produkter och tjänster som gör det möjligt att utföra tillsyn på distans i ordinära och särskilda boenden via mörkerseende kameror. Det är av yttersta vikt att kommunen endast har ett planeringssystem för schemaläggning och återrapportering av tillsyn. Kravet på att den erbjudna lösningen ska kunna integreras i TES har ställts för att säkerställa kommunens behov. Dessutom stämmer det inte att endast en leverantör kan uppfylla kravet. Kravet är både ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå syftet med en patientsäker och effektiv planering och återkoppling.

Bolag B motsatte sig överklagandet.

Kammarrätten gjorde följande bedömning. Enligt kravet ska anbudsgivarna erbjuda en teknisk lösning där mörkerseende kameror med administrationsverktyg ingår, som kan integreras i det befintliga planeringssystemet TES. Proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LOU syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Utifrån vad kommunen uppgett har det inte framkommit annat än att det skulle vara möjligt att använda befintligt system för schemaläggning och återrapportering även vid tillsyn på distans på samma sätt som vid fysisk tillsyn oavsett om kameran systemet är integrerat med TES. Det har inte heller framkommit annat än att endast en leverantör kunnat uppfylla kravet. Den negativa effekten kan inte anses godtagbar i upphandlingshänseende eftersom det inte framstår som att kravet, utifrån de skäl som åberopats, är lämpligt, effektivt och nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet att kunna schemalägga personal och återrapportera insatser efter tillsyn på distans inom befintligt system. Bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet och upphandlingen ska därför göras om.

Domen har vunnit laga kraft.

Kommentar: Det finns ett annat fall där Kamrarrätten i Jönköping uttalat att det inte i normalfallet kan anses finnas något hinder mot att vid en upphandling kräva att ett offererat system kan kommunicera med ett befintligt system (mål nr 1001-10). I det nu aktuella fallet gjorde kamrarrätten bedömningen att det inte framkommit att kravet var lämpligt, effektivt och nödvändigt. Det finns dock med stor sannolikhet situationer där krav på kompatibilitet med ett befintligt system får ställas. För upphandlande myndigheter som överväger att ställa ett sådant krav är det viktigt att fundera över dels hur många leverantörer som har möjlighet uppfylla kravet, och dels om det är rimligt att ställa kravet i förhållande till fördelarna med kompatibiliteten.

Skadestånd vid otillåten direktupphandling av gräsklippning

Svea hovrätts dom den 28 maj 2018 i mål T 5214-17

En kommun upphandlade gräsklippning. Två personer (A och B) begärde överprövning. Förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om på grund av att kommunens kvalificeringskrav varit oproportionerligt.

Därefter hyrde Kommunen, utan upphandling, gräsklippningsmaskiner av tre andra personer. Kommunen betalade totalt drygt sex miljoner kr enligt de tre avtalen.

A och B stämde kommunen vid tingsrätten och begärde skadestånd. Som grund anfördes att kommunen brutit mot 2007 års LOU och därmed orsakat skada för A och B avseende dels kostnader för överprövningsprocessen, och dels avseende utebliven vinst på grund av den otillåtna direktupphandlingen.

Kommunen motsatte sig A och B:s talan.

Tingsrätten beslutade att kommunen skulle betala skadestånd för rättegångskostnader med knappt 50 000 kr och på grund av den otillåtna direktupphandlingen med en miljon kr.

Båda parter överklagade till hovrätten, som anförde bland annat följande. Parterna var ense om ersättningen för kostnaden för överprövningsprocessen. Det belopp som tingsrätten beslutat om (knappt 50 000 kr) skulle därför inte ändras. När det gällde den andra delen, skadestånd på grund av den otillåtna direktupphandlingen, resonerade hovrätten på följande sätt.

Det var ostridigt att kommunen gjort en otillåten direktupphandling genom avtalet om att hyra gräsklippare. Detta stod i strid med LOU och kunde leda till skadeståndsansvar. För det fall A och B kunde göra sannolikt att de förlorat kontraktet till följd av överträdelsen kunde skadestånd utgå med hela det positiva kontraktsintresset, se NJA 2000 s. 712 ("Tvättsvamparna") och NJA 2007 s. 349 ("Ishavet"). Det innebar i så fall att de skulle försättas i samma ekonomiska läge som om de hade fått kontrakt.

När det gäller otillåtna direktupphandlingar är det inte så lätt att fastställa vem som skulle ha fått kontrakt vid en tänkt laglig upphandling. För att inte skyldigheten att

infordra anbud ska urholkas har det ansetts att leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat anbud och haft en realistisk möjlighet att få kontraktet ska kunna få skadestånd. Det kan då uppgå till mer än nedlagda kostnader och ska bestämmas efter en skönsässig bedömning (se ”Ishavet”). Det krävs då inte att det ska ha varit sannolikt att leverantören skulle ha fått kontraktet.

Det var osäkert hur den hypotetiska upphandlingen skulle ha fallit ut, och A och B hade därför inte gjort sannolikt att de gått miste om kontraktet på grund av kommunens upphandlingsfel. De hade dock gjort sannolikt att de skulle ha lämnat anbud i upphandlingen och dessutom att de hade haft en realistisk möjlighet att få en del av kontraktet.

Nästa fråga blev vilken skada A och B hade lidit. Av intresse för den bedömningen var hur stort det positiva kontraktsintresset var. Det bedömdes vara omkring 1,3 miljoner. Skadeståndet skulle dock i fallet, som nämnts, bestämmas till ett skäligt belopp efter en skönsässig bedömning. Hänsyn skulle tas till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst. Vid denna bedömning beaktades hur stort det positiva kontraktsintresset var och att den otillåtna direktupphandlingen innebar en allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Vid en sammantagen bedömning, och med beaktande av skadeståndsbestämmelsens både preventiva och reparativa syfte, ansåg hovrätten att skadeståndet skulle bestämmas till en miljon kr, det vill säga samma belopp som tingsrätten kommit fram till.

Domen har överklagats till Högsta domstolen, som den 14 september 2018 ännu inte fattat beslut om prövningstillstånd.

Skadestånd för processkostnader vid tveksam framgång i överprövning

Svea hovrätts dom den 26 januari 2018 i mål nr T 4256-17 och HD:s meddelande om prövningstillstånd den 26 juni 2018

Försvarets materielverk (FMV) upphandlade förvaltning av ett system för ammunitions- och minröjning. Bolag B tilldelades kontrakt. Bolag A ansökte om överprövning och yrkade att anbudet från Bolag B och ytterligare ett bolag skulle förkastas eftersom de, enligt Bolag A, inte uppfyllde ett av kraven i upphandlingen (som handlade om att minst två systemutvecklare skulle ha kunskap om ett visst program). FMV medgav bifall till Bolag A:s talan och förvaltningsrätten beslutade att rätta upphandlingen så att Bolag B:s anbud skulle förkastas. Bolag B överklagade till kammarrätten. Kammarrätten ansåg att kravet var för otydligt eftersom det enligt domstolen inte framgick på vilket sätt anbudsgivarna skulle ha kunskap om programmet. Kammarrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om, i stället för att rättas. Bolag A överklagade till HFD som inte meddelade prövningstillstånd.

Bolag A väckte talan om skadestånd vid tingsrätten på grund av de kostnader som bolaget haft för att upprätta anbud och för de processkostnader bolaget haft i förvaltningsdomstolarna.

Tingsrätten beslutade att Bolag A skulle få ersättning för sina processkostnader eftersom bolaget bedömdes ha haft framgång i överprövningsprocessen i enlighet med vad HD anförde i den så kallade Fideliadomen (NJA 2013 s 762 p. 23). Tingsrätten avslag yrkandet om ersättning för kostnader för upprättande av anbud eftersom domstolen ansåg att upphandlingsfelet inte menligt hade påverkat Bolag A:s möjligheter att tilldelas kontrakt.

Bolag A och FMV överklagade domen till hovrätten.

Hovrätten ändrade tingsrättens dom så att Bolag A varken fick ersättning för processkostnader eller anbudskostnader. När det gällde processkostnader ansåg hovrätten att Bolag A inte kunde anses ha haft framgång i överprövningsprocessen på det sätt som var fallet i Fideliadomen, eftersom Bolag A:s talan inte syftade till att upphandlingen skulle göras om utan till att den skulle rättas så att det vinnande anbudet skulle förkastas. Vidare grundades Bolag A:s talan på att det vinnande bolagets anbud inte skulle ha klarat kraven i upphandlingen, medan det fel som konstaterades av kammarrätten gällde att kravet var för otydligt formulerat. Kammarrättens dom innebar alltså, enligt hovrätten, att Bolag A varken fick framgång avseende den önskade rättsföljden eller det påstådda felet. När det gällde ersättning för anbudskostnader ansåg hovrätten, i likhet med tingsrätten, att felet inte menligt hade påverkat Bolag A:s möjligheter att erhålla kontraktet.

Bolag A har överklagat hovrättens dom till HD, som den 26 juni 2018 meddelade prövningstillstånd.

Kommentar: Frågan om vad det innebär att ”framgångsrikt driva en överprövningsprocess” som HD uttryckte det i Fideliadomen, punkt 23, är inte helt självklar när förvaltningsdomstolarna visserligen konstaterar att ett fel har begåtts, men ändå inte dömer i enlighet med sökandens yrkande. Det ska därför bli intressant att se vad HD har att säga i fallet. Kanske kommer de också att komma med klagöranden i frågan om när leverantörer har rätt till ersättning för anbudskostnader. Av stort intresse för frågan om processkostnader är givetvis också Förenklingsutredningens förslag om sådana (SOU 2018:44).

Idéburet offentligt partnerskap medgav inte rätt till undantag från LOU

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 29 juni 2018 i mål nr 7530-17

En kommun och en stiftelse ingick ett avtal om att stiftelsen skulle ansvara för att bland annat driva ett vård- och omsorgsboende. Kommunen skulle enligt avtalet betala en årlig ersättning för detta. Avtalet benämndes som en ”överenskommelse om ett idéburet offentligt partnerskap”.

Konkurrensverket ansökte till förvaltningsrätten om att kommunen skulle betala en upphandlingsskadeavgift. Grunden för detta var, enligt verket, att avtalet utgjorde en otillåten direktupphandling.

Kommunen motsatte sig ansökan och anförde bland annat att avtalet med stiftelsen avsåg en så kallad icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse som varken omfattas av 2004 års upphandlingsdirektiv eller bestämmelserna om fri rörlighet i EUF-fördraget och därmed inte heller av LOU. Bedömningen att avtalet avsåg en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse grundade kommunen bland annat på att äldreomsorg har ett socialt syfte, är reglerad i lag och är skattefinansierad till stor del. En grundläggande förutsättning för att en tjänst ska vara ekonomisk i EUF-fördragets mening är att den ska utföras mot ersättning, och begreppet ersättning i EUF-fördragets mening syftar på den ersättning som mottagaren av tjänsten betalar, menade kommunen.

Förvaltningsrätten anförde bland annat följande i sin dom. En grundläggande fråga i målet var om förfarandet mellan kommunen och stiftelsen var sådant att 2007 års LOU var tillämplig. LOU bygger i stor utsträckning på EU-direktiv och ska därför tillämpas och tolkas i enlighet med dessa. Både genomförande av direktiv i nationell lagstiftning och tolkning av sådana bestämmelser ska ske med iakttagande av unionsrätten som helhet. Det innebär att begrepp i bestämmelserna i LOU som även förekommer i unionsrätten ska tolkas i enlighet med fördragen, direktiven och de grundläggande unionsrättsliga principerna, med ledning av EU-domstolens praxis.

Det aktuella avtalet avsåg en tjänst i EUF-fördragets och LOU:s mening bland annat eftersom det rörde sig om en prestation som normalt utförs mot ersättning. Det var stiftelsens prestationer i förhållande till kommunen som var relevanta i målet, och dessa utfördes mot ersättning från kommunen. Vidare var det fråga om ett avtal med ekonomiska villkor, och avtalet reglerade tjänster av ekonomisk karaktär. Detta innebar att LOU var tillämplig. Förvaltningsrätten delade, mot denna bakgrund, inte kommunens uppfattning att det rörde sig om en så kallad icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse.

Kommunens val att inte annonsera tjänsten saknade stöd i LOU, och därför fanns det grund att påföra kommunen upphandlingsskadeavgift. Avgiften bestämdes till fem miljoner kronor. Vid bedömningen av avgiftens storlek beaktade förvaltningsrätten att upphandlingen avsåg ett högt värde, samt att rättsläget inte kunde sägas vara oklart, något som annars hade talat för en lägre avgift.

Domen har överklagats till kammarrätten, som den 14 september 2018 ännu inte fattat beslut i frågan om prövningstillstånd.

Kommande kurser

Grundkurs i offentlig upphandling

Tid: 27-29 november 2018

Plats: Högberga Gård, Grindstigen 5-6, Lidingö

Grundkurs e-handel

Tid: 5-6 november 2018

Plats: Stockholm

Läs mer på www.sfti.se

Mer information om SKL:s kurser och möjlighet till anmälan finns på SKL:s webbplats:

<https://skl.se/ekonomijuridikstatistik/juridik/kurserochkonferenserjuridik.2090.html>