

## Rättsfall m.m. på upphandlingsområdet Mars 2018

### INNEHÅLL

1. Domar
  - a. Direktupphandlingar av konsulter var av samma slag (HFD)
  - b. Region hade rätt att betala för tolkar utanför regionen (Kammarrätt)
  - c. Direktupphandling av takarbeten var otillåten (Kammarrätt)
  - d. Hänvisning till varumärke var otillåten (Kammarrätt)
2. Annat aktuellt
3. Kommande kurser

### DOMAR

#### **Direktupphandlingar av konsulter var av samma slag**

*Högsta förvaltningsdomstolens dom den 21 december 2017 i mål 1878-16, 1933-16 och 1934-16*

Kommunstyrelsen i Stockholms kommun beslutade i november 2014 att tillsätta en oberoende expertgrupp med uppdrag att granska vissa delar av projektet ”Nya Slussen”. Den 5 december samma år tecknades fyra avtal mellan kommunen och var och en av de fyra konsulter som skulle ingå i gruppen. Ett bolag och två personer ansökte om att avtalen skulle ogiltigförklaras. De anförde att kommunen genom

direktupphandlingar hade slutit i stort sett likalydande avtal med var och en av konsulterna, att upphandlingarna var av samma slag och att värdena av dem skulle läggas ihop vilket innebar att beloppsgränsen för direktupphandling hade överskridits. Kommunen menade att det inte var fråga om upphandlingar av samma slag eftersom konsulternas kompetens och erfarenhet skilde sig åt. Konsulterna skulle enligt kommunen bidra till granskningen med sina respektive specialkunskaper.

Förvaltningsrätten beslutade om ogiltigförklaring av avtalen med motiveringen att avtalen rörde samma typ av tjänst, nämligen uppdraget att granska ett material. Tjänsterna fick därför anses vara av samma slag, vilket gjorde att direktupphandlingsgränsen var överskriden.

Kommunen överklagade till kammarrätten, som ändrade förvaltningsrättens dom genom att avslå ansökan om ogiltigförklaring. Den högre domstolen motiverade detta med att konsulternas kompetensprofiler skilde sig åt i väsentliga avseenden och att konsulterna hade ansvarat för olika delar av den aktuella granskningen. Två av konsulterna var arkitekter, en var jurist och en var konsult i stadsutvecklingsfrågor. Därmed var upphandlingarna inte av samma slag, enligt kammarrätten.

Sökandena överklagade till HFD. HFD redogjorde bl.a. för reglerna om direktupphandling och beloppsgränsen för direktupphandling, inklusive regeln i dåvarande 15 kap. 3 a § i 2007 års LOU om att en upphandling inte får delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen och att myndigheten vid beräkningen av värdet ska beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret. Enligt HFD borde bedömningen av om två eller flera upphandlingar är av samma slag göras med utgångspunkt i de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingarna. Det kunde enligt HFD inte krävas att varorna eller tjänsterna är identiska för att de ska anses vara av samma slag, men det måste föreligga påtagliga likheter mellan dem. När det gällde upphandling av tjänster borde det snarare vara tjänsternas karaktär än vem som utför dem som avgör om de ska anses vara av samma slag, enligt HFD. Vid en sammantagen bedömning fann HFD att samtliga

upphandlingar fick anses röra samma typ av tjänst, nämligen uppdraget att gemensamt granska ett visst material. Upphandlingarna fick därmed anses vara av samma slag. Avtalen ogiltigförklarades därför.

### **En region hade rätt att betala för tolkar utanför regionen**

*Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 september 2017 i mål nr 213-17*

En region hade slutit avtal med andra regioner, landsting och bolag m.fl. om teckentolkning för invånare i regionen när invånarna befunnit sig i andra län och fått vård eller på annat sätt haft myndighetskontakter där. Avtalen innebar att regionen ersatte de andra regionerna och landstingen m.fl. mot att de ordnade teckentolkning.

Ett bolag ansökte om ogiltigförklaring av dessa avtal och anförde till stöd för sin talan att bolaget hade ett ramavtal med regionen, att detta ramavtal omfattade de tjänster som regionen köpt från de andra regionerna och landstingen m.fl., och att köpen därför stod i strid både med ramavtalet och med 2007 års LOU eftersom det inte funnits någon rätt att direktupphandla.

Förvaltningsrätten avslog ansökan med motiveringen att de avtal som begärts ogiltigförklarade inte omfattades av ramavtalet samt att bolaget inte visat att det riskerat att lida skada till följd av de påstått otillåtna direktupphandlingarna.

Bolaget överklagade till kammarrätten som inledningsvis konstaterade att tolktjänsterna i andra län inte omfattades av ramavtalet. Kammarrätten anförde därefter att regionen hade upplyst om att den vid teckentolkning utomlän använde sig av den myndighet som hade skyldighet att tillhandahålla tjänsten i det aktuella området och att den myndigheten därefter vidarefakturerade kostnaden till regionen. Regionen hade också upplyst om att uppdragen utfördes antingen av anställd personal eller av tolkar som upphandlats i konkurrens av myndigheterna i de områden som var aktuella. Kammarrätten ansåg att det saknades anledning att ifrågasätta dessa

uppgifter. Det hade därför, enligt kammarrättens bedömning, inte varit fråga om otillåtna direktupphandlingar. Vidare hade det klagande bolaget enligt kammarrätten haft möjlighet att lämna anbud i upphandlingarna av tolktjänster utanför den region som var part i målet. Överklagandet avslogs därför. Bolaget överklagade till HFD som den 26 januari 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

### **Direktupphandling av takarbeten var otillåten**

*Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 februari 2018 i mål nr 2881-17*

Ett kommunalt bolag hade direktupphandlat takarbeten på en skola. Enligt bolaget hade taken på skolan visat sig vara i så dåligt skick att vatteninträngning hade skett, varför det krävdes brådskande åtgärder för att minimera skadorna. Därmed hade det också, enligt bolaget, varit tillåtet att direktupphandla.

Ett bolag ansökte om ogiltigförklaring av avtalet. Detta bolag ansåg att det inte funnits någon rätt att direktupphandla eftersom det kommunala bolaget enligt sökandebolaget borde ha haft ett ramavtal för takarbeten. Det kommunala bolaget hade tidigare haft ett upphandlat ramavtal men detta hade löpt ut drygt ett år och åtta månader innan det kommunala bolaget direktupphandlade takarbetena. Sökandebolaget ansåg att det direktupphandlade avtalet inte rörde brådskande och oförutsedda arbeten.

Förvaltningsrätten gick på det kommunala bolagets linje och avslog ansökan. I motiveringen tog domstolen bl.a. upp att det kommunala bolaget hade påbörjat två ramavtalsupphandlingar som dock hade avbrutits. Sökandebolaget överklagade till kammarrätten och anförde bl.a. att det kommunala bolaget hade kunnat göra provisoriska lagningar i väntan på att byta tätskiktet. Det hade därför enligt bolaget inte varit absolut nödvändigt att byta tätskiktet för att avhjälpa de problem som uppstått. Det förhållandet att något nytt ramavtal inte upphandlats i tid berodde dessutom, enligt sökandebolaget, på det kommunala bolagets bristande planering.

Kammarrätten konstaterade inledningsvis att det var det kommunala bolaget som hade bevisbördan för att det på grund av synnerlig brådska hade varit absolut nödvändigt att upphandla det aktuella arbetet utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 i 2007 års LOU och att denna brådska orsakats av omständigheter som inte kunnat förutses. Därefter anförde kammarrätten bl.a. följande. När det gällde kravet att omständigheterna inte ska ha kunnat förutses ställs det enligt praxis höga krav på den upphandlande myndighetens planering och organisation. Det tidigare ramavtalet för takarbeten löpte ut den 31 december 2014. Därefter hade det kommunala bolaget påbörjat två nya ramavtalshandlingar som båda fått avbrytas under 2016. Att upphandlingar av det aktuella slaget begärs överprövade var en omständighet som hade kunnat förutses. Den upphandlande myndigheten borde därför ha tagit höjd för den extra tid som en överprövning kunde medföra. Mot den bakgrunden var det anmärkningsvärt att det ännu inte under hösten 2016 fanns något upphandlat ramavtal för takarbeten och att arbetet med att upphandla ett nytt ramavtal påbörjades först efter att det tidigare ramavtalet löpt ut. Brådskan som uppstått när skoltaket började läcka under hösten 2016 fick mot denna bakgrund tillskrivas det kommunala bolagets bristande planering. Det var därför inte visat att någon rätt att direktupphandla förelegat. Upphandlingen var att anse som en otillåten direktupphandling och avtalet förklarades ogiltigt.

En av ledamöterna, referenten, var skiljaktig och anförde bl.a. följande. Åtgärden att byta tätskikt på delar av taket på skolan var absolut nödvändig för att omgående förhindra skador på skolbyggnaden. Utredningen talade inte för att det kommunala bolaget varit medvetet om att taket var i dåligt skick och därmed borde ha förutsett läckan. Den omständigheten att den upphandlande myndigheten vid en oförutsedd och akut situation inte slutfört en påbörjad upphandling avseende ramavtal om löpande takunderhållsarbete kunde inte läggas myndigheten till last som bristande planering, och därför borde överklagandet avslås, enligt den skiljaktiga ledamoten.

Domen är överklagad till Högsta förvaltningsdomstolen som den 2 mars 2018 inte fattat beslut i frågan om prövningstillstånd.

### ***Hänvisning till varumärke var otillåten***

*Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 februari 2018 i mål 2489-17*

En kommun upphandlade kontorsmöbler. En anbudsgivare vars anbud förkastats på grund av att de enligt kommunen inte uppfyllde ett krav i upphandlingen ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten avslog ansökan.

Bolaget överklagade till kammarrätten och anförde bl.a. följande. Kommunen har i förfrågningsunderlaget hänvisat till en referensprodukt. I den situationen ankommer det på kommunen att visa att förutsättningarna för att få göra en sådan hänvisning är uppfyllda. Kommunen anförde bl.a. följande. Att hänvisa till specifika produkter är ett vedertaget sätt att ange tekniska specifikationer i upphandlingar av möbler. Det har varit ett önskemål från branschen att kraven ska ställas på det sättet. Det har inte varit möjligt att på annat sätt beskriva de efterfrågade produkterna tillräckligt preciserat och begripligt.

Kammarrätten anförde bl.a. följande i sin dom. I kraven i upphandlingen har angetts namn på specifika fabrikat och modeller. Detta har lett till att vissa företag gynnats respektive missgynnats. Hänvisningen får då endast förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålen för upphandlingen tillräckligt preciserat eller begripligt (6 kap. 4 § i 2007 års LOU). Stolar i allmänhet får anses vara lätta att beskriva när det gäller funktion, kvalitet och estetik. Enligt kammarrätten var det kommunen anført därför inte tillräckligt för att visa att det förelegat en sådan undantagssituation där det inte varit möjligt att beskriva stolarna tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisningar till varumärke. Eftersom förfrågningsunderlaget därmed stått i strid med 6 kap. 4 § i 2007 års LOU fick klagandebolaget anses ha blivit missgynnad. Bolagets ansökan skulle därför bifallas och upphandlingen skulle göras om.

Domen hade den 2 mars 2018 ännu inte vunnit laga kraft.

Kommentar: 6 kap. 4 § i 2007 års LOU motsvaras numera av 9 kap. 6 § LOU. Texten har ändrats något, men någon ändring i sak är enligt prop. 2015/16:195 s. 1044 inte avsedd.

## ANNAT AKTUELLT

### **Lagrådsremiss om nya regler för upphandling av välfärdstjänster**

Den 18 januari 2018 överlämnade regeringen en remiss till Lagrådet. I remissen föreslås ändringar i LOU i syfte att förenkla upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet på 750 000 euro. Det föreslås att ett fåtal regler i 19 kap. LOU om bl.a. annonsering, information till leverantörerna och dokumentation av upphandlingen ska gälla. Även bestämmelserna om rättsmedel föreslås bli tillämpliga, men däremot inte de upphandlingsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LOU, om inte upphandlingen har ett ”bestämt gränsöverskridande intresse”.

I remissen föreslås också att upphandlande myndigheter ska få reservera deltagandet i upphandlingar av välfärdstjänster för organisationer som uppfyller vissa angivna krav. Kraven innebär att organisationerna ska ha till syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag, att vinsten ska återinvesteras och att organisationerna ska ha en viss sorts lednings- och ägarstruktur. Löptiden för ett sådant kontrakt får inte överstiga tre år. Syftet med förslaget är att främja den idéburna sektorns deltagande i upphandlingar.

Ändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2019.

## KOMMANDE KURSER

### **Grundkurs i offentlig upphandling**

Tid: 29–31 maj 2018

Plats: Vår Gård, Ringvägen 6, Saltsjöbaden

Anmälan:

<https://skl.se/tjanster/kurserochkonferenser/kalenderhandelser/grundkursioffentligupp handling.14035.html>

### **Grundkurs i e-handel**

Tid: 9–10 april 2018

Plats: Stockholm

Läs mer på [www.sfti.se](http://www.sfti.se)

### **Svehandel och PEPPOL**

Tid: 3 maj 2018

Plats: Stockholm

Kursinbjudan kommer inom kort att finnas på [www.sfti.se](http://www.sfti.se)

### **Krav på e-handel vid upphandling av varor och tjänster**

Tid: 30 maj 2018

Plats: Stockholm

Kursinbjudan kommer inom kort att finnas på [www.sfti.se](http://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>