

Rättsfall m.m. på upphandlingsområdet

September 2017

INNEHÅLL

1. Domar
2. Annat aktuellt
3. Kommande kurser

DOMAR

Kryss i ruta innebar inte att krav uppfyllts när andra uppgifter talade emot det

Kammarrätten i Stockholms dom den 27 juni 2017 i mål nr 766-17

Ett landstingsägt sjukhus upphandlade patientmonitorering. Ett av anbuderna förkastades eftersom bolaget bifogat sina egna leverans- och betalningsvillkor och därigenom enligt sjukhuset lämnat ett orent anbud.

Bolaget begärde överprövning och hävdade att det uttryckligen accepterat alla kommersiella villkor i upphandlingen genom att kryssa i ”ja” i en ruta med den innebörden. Det var därför enligt bolaget inte möjligt att leverera de upphandlade varorna genom att hänvisa till de egna villkoren, som skickades in av misstag. Bolaget anförde vidare att det i upphandlingskontraktet fanns en regel för rangordning av handlingar som innehåller motstridiga uppgifter samt att denna regel innebar att villkoren i avtalet och de administrativa föreskrifterna hade företräde i förhållande till bolagets allmänna villkor. Vidare anförde bolaget att en regel i de administrativa föreskrifterna innebar att svaren i förfrågningsunderlaget hade företräde om anbudsgivaren lämnade motstridig information på annan plats i anbudet. Bolaget ansåg därför att det inte lämnat ett orent anbud.

Sjukhuset vidhöll att anbudet var orent eftersom bolaget, i strid med sjukhusets krav i upphandlingen, angett pris baserat på sina egna villkor.

Förvaltningsrätten ansåg att de bifogade leverans- och betalningsvillkoren måste uppfattas som en del av bolagets anbud samt att detta innebar att bolaget inte reservationslöst accepterat sjukhusets krav på att anbudsgivaren bl.a. skulle lämna ett fast pris. Sjukhuset hade därmed enligt domstolen gjort rätt som förkastat anbudet. Bolagets ansökan avslogs.

Bolaget överklagade till kammarrätten. Kammarrätten ansåg att de åberopade konflikt- och rangordningsreglerna inte innebar att anbudsgivaren genom att kryssvis intyga att samtliga krav och villkor i upphandlingen uppfylls därigenom hade lämnat ett anbud med motsvarande innebörd. En sådan tolkning skulle enligt kammarrätten innebära att övriga uppgifter i anbudet helt saknade relevans. Uppgifter i form av kryss i rutor kunde enligt kammarrätten inte anses ha en sådan självständig betydelse att de aktuella kraven skulle anses uppfyllda när anbudsgivaren samtidigt hade lämnat andra uppgifter med klart motsatt innebörd. Sjukhuset hade därmed rätteligen förkastat anbudet.

Målet återförvisades till förvaltningsrätten för prövning av en annan fråga som bolaget tagit upp först i kammarrätten.

Domen har vunnit laga kraft.

Likabehandlingsprincipen i LOV ansågs ta sikte endast på externa leverantörer och inte på vårdcentraler inom landstingets egen regi

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 13 mars 2017 i mål nr 2818-16 E m.fl.

Ett landsting hade ett vårdvalssystem enligt LOV. Systemet innebar att landstinget betalade ersättning till godkända vårdgivare, både till landstingets egna (inom den s.k. egenregin) och till privata. Landstinget hade lämnat bidrag till de landstingsdrivna vårdgivarna i syfte att täcka dessas ekonomiska underskott, men hade inte lämnat motsvarande underskottstäckning till de privata vårdgivarna.

Fem privata vårdgivare ansökte om rättelse hos förvaltningsrätten och yrkade att landstinget skulle betala samma ersättning till de privata vårdgivarna som till de landstingsdrivna. Till stöd för sin talan anförde de fem vårdgivarna bl.a. att landstinget hade åsidosatt likabehandlingsprincipen i 1 kap. 2 § LOV genom att behandla de landstingsdrivna vårdgivarna mer förmånligt än de privata. Vidare anfördes att landstinget brutit mot bestämmelsen i 4 kap. 1 § LOV om att grunderna för den ekonomiska ersättningen till leverantörerna ska framgå av förfrågningsunderlaget, eftersom det inte framgått att de landstingsdrivna vårdgivarna haft rätt att få ersättning för eventuella underskott.

Landstinget motsatte sig yrkandet och anförde bl.a. att de landstingsdrivna vårdgivarna inte utgjorde leverantörer i LOV:s mening. Eftersom både likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOV tar sikte på leverantörer hade någon överträdelse av LOV på de anförda grunderna inte skett, enligt landstinget.

Förvaltningsrätten konstaterade att både likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOV tar sikte på leverantörer. Vidare konstaterades, med utgångspunkt i förarbetena till LOV, att lagstiftaren gör tydlig åtskillnad mellan begreppen ”externa leverantörer” och ”egenregiverksamhet”. De hälsocentraler som bedrevs i landstingets egen regi kunde därför, ”[ä]ven om ett syfte med LOV torde vara att konkurrensutsätta viss verksamhet”, inte anses vara leverantörer till det egna landstinget i LOV:s mening, enligt förvaltningsrätten. Landstinget hade därmed inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten ansåg vidare att det inte framkommit annat än att grunden för ersättningen till de externa leverantörerna framgått av förfrågningsunderlaget. Landstinget hade därför inte heller agerat i strid med 4 kap. 1 § LOV. Ansökan avslogs därmed.

Domen, som överklagades utan att kammarrätten beviljade prövningstillstånd, har vunnit laga kraft.

Direktupphandling som annonserats stred mot grundläggande principer

Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 juni 2017 i mål nr 807-17

Ett kommunalt bolag genomförde en direktupphandling av hyllarkiv och ritlådor. Upphandlingen gjordes enligt 15 kap. tidigare gällande LUF (ÄLUF) och annonserades trots att det rörde sig om en direktupphandling.

En anbudsgivare begärde överprövning och anförde bl.a. att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget var allt för otydliga samt att det inte gått att förutse vilka parametrar det kommunala bolaget skulle tillmäta betydelse vid utvärderingen. Upphandlingen påstods därför ha utförts i strid med ÄLUF. Att direktupphandling varit tillåten ifrågasattes inte.

Det kommunala bolaget bestred ansökan och anförde bl.a. följande. Eftersom det rörde sig om direktupphandling var inga förfarandebestämmelser i ÄLUF tillämpliga. Det faktum att det kommunala bolaget hade valt att infordra anbud innebar inte att förfarandebestämmelserna blev tillämpliga. Någon skyldighet att tillämpa tilldelningskriterier förelåg inte, och hur som helst var tilldelningskriterierna förenliga med ÄLUF. Bolaget hade vidare inte lidit skada eftersom det hamnat i en bättre situation genom att det kommunala bolaget konkurrensutsatt upphandlingen än om det kommunala bolaget i stället hade vänt sig direkt till det bolag som avtal ingicks med, vilket hade varit lagligt.

Förvaltningsrätten anförde bl.a. följande. Eftersom det kommunala bolaget i förfrågningsunderlaget endast angett att en ”avvägning” skulle göras mellan pris och kvalitet, utan att ange viktning eller hur dessa två kriterier förhöll sig till varandra i prioritet, stred förfrågningsunderlaget mot kraven i 15 kap. 16 § ÄLUF om att information ska anges om viktning av, eller prioritetsordning för, tilldelningskriterier. Bolaget fick anses ha lidit eller kunnat lida skada till följd av bristerna eftersom dessa ansågs ha påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten avfärdade det kommunala bolagets argument om att bolaget, genom att upphandlingen hade konkurrensutsatts, hade hamnat i ett bättre läge än om det kommunala bolaget

direkt hade vänt sig till den vinnande anbudsgivaren. Förvaltningsrätten ansåg i den delen att upphandlingen skulle bedömas ”utifrån de faktiska omständigheter som föreligger”. Därmed skulle upphandlingen göras om.

Det kommunala bolaget överklagade till kammarrätten.

Kammarrätten anförde inledningsvis att det vid direktupphandling inte gäller några särskilda regler om hur upphandlingen ska genomföras avseende exempelvis annonsering, konkurrensutsättning, tidsfrister och liknande. Däremot gäller principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Kammarrätten bedömde att om den upphandlande myndigheten väljer att konkurrensutsätta direktupphandlingen ska de tilldelningskriterier som tillämpas vara så klart definierade redan från början av upphandlingsförfarandet att alla anbudsgivare i rimlig mån har möjlighet att avgöra vad som kommer att tillmätas betydelse vid den efterföljande utvärderingen av anbudet. Enligt kammarrätten gav formuleringen av tilldelningskriterierna utrymme för en sådan skönsmässig bedömning att förfrågningsunderlaget i denna del fick anses strida mot principerna om likabehandling och öppenhet. Det kommunala bolagets överklagande avslogs därför.

Domen har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen. Beslut om prövningstillstånd har i skrivande stund (15 september) inte meddelats.

Kommentar: För det fall domstolarnas bedömningar står sig, antingen genom att HFD inte beviljar prövningstillstånd eller genom att domen fastställs, kan det innebära att kommuner och landsting avhåller sig från att konkurrensutsätta direktupphandlingar eftersom en konkurrensutsättning då måste anses innebära en väsentligt högre risk för överprövning än om kontakt tas direkt med en viss leverantör.

Upphandling fick göras om när det i upphandlingsdokumenten saknades uppgift om hur många leverantörer avtal skulle tecknas med

Kammarrätten i Jönköpings dom den 26 juli 2017 i mål nr 1324-17

En länsstyrelse hade genomfört en ramavtalsupphandling av skötselåtgärder inom skyddade områden. Tilldelning hade gjorts till flera leverantörer per område.

Ett bolag begärde överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om eftersom den enligt bolaget genomförts på ett godtyckligt sätt. Förvaltningsrätten av-slog bolagets ansökan eftersom det inte ansågs visat att länsstyrelsen brutit mot LOU.

Bolaget överklagade till kammarrätten och anförde en ny omständighet, nämligen att länsstyrelsen först i tilldelningsbeslutet angett hur många leverantörer avtal skulle tecknas med (två per område) samt hur tilldelning av uppdrag skulle ske. Detta stred enligt bolaget mot 7 kap. 6 § LOU (om tilldelning utifrån ramavtal utan förnyad konkurrensutsättning) och principen om öppenhet. Bolaget kom på tredje plats på två områden och hade därför enligt bolaget skäl att anta att det skulle innebära kontraktsteckning.

Kammarrätten bedömde att det bolaget anført om att det i upphandlingsdokumenten saknades uppgift om hur många leverantörer som avtal skulle tecknas med visade att länsstyrelsen hade brutit mot transparensprincipen. Bolaget ansågs också i vart fall ha kunnat komma att lida skada till följd av detta. Kammarrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om.

Domen har vunnit laga kraft.

ANNAT AKTUELLT

Utredning om upphandlingar under tröskelvärdena samt överprövningar

Kommittédirektiv – Dir. 2017:69 – Flexiblare och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor

Regeringen har den 15 juni 2017 beslutat att en särskild utredare ska göra en översyn av de bestämmelser i LOU och LUF som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden, d.v.s. sådana upphandlingar som inte omfattas av direktiven på området.

Syftet med översynen är att utreda hur regelverket kan göras enklare och mer flexibelt.

Utredaren ska lämna förslag till hur regelverket kan utformas. Utredaren ska vidare överväga om motsvarande regelverk bör införas också för sådana upphandlingar under tröskelvärdena som regleras i LUK och LUF5. I uppdraget ingår att beakta såväl upphandlande myndigheters och enheters som leverantörers intressen, bl.a. små och medelstora företag och idéburna leverantörer.

Utredaren ska vidare överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål. Utredaren ska närmare analysera samt väga för- och nackdelar med bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Utredaren ska även analysera samt väga för- och nackdelar med att införa avgifter för att ansöka om överprövning av en upphandling som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar.

Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2018. Advokaten Anna Ulfsson Forsell är särskild utredare. Förbundsjuristen Eva Sveman, SKL, är expert i utredningen.

KOMMANDE KURSER

Dynamiska inköpssystem och leverantörsprövning med ESPD m.m.

Tid: 3 oktober 2017

Plats: SKL:s lokaler på Hornsgatan 20 på Södermalm i Stockholm

Grundkurs i offentlig upphandling

Tid: 21-23 november 2017

Plats: Högberga Gård, Grindstigen 5-6, Lidingö

Information

Mer information om kurserna och möjlighet till anmälan finns på SKL:s hemsida, www.skl.se under Ekonomi, juridik, statistik → Juridik → Kurser och konferenser.