

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

Innehåll

Utredningar	2
Förenklingsutredningen	2
Utredning om definition av idéburna aktörer	2
Domar	4
Särbehandling av utländska anbudsgivare var sakligt motiverad	4
Domstols utredningsansvar när en part inte fått ta del av uppgifter	5
Tillåtet att ställa upp villkor om minimilön	6
Egna referenser – kringgående?	7
Hänvisning till varumärke var otillåten	8
Fråga om onormalt lågt anbud när priset låg nära andra anbud som godtagits	9
Fråga om onormalt lågt anbud när priset var väsentligt lägre än andra anbud	10
Sekretess inom valfrihetssystem	11
Avvikelser från ramavtal ledde till ogiltigförklaring	12
Kommande kurser	14
Grundkurs i offentlig upphandling	14
E-handelsdagar	14

Utredningar

Förenklingsutredningen

SOU 2018:44 – Möjligt, tillåtet och tillgängligt

Den 15 juni 2018 överlämnade den så kallade Förenklingsutredningen sitt betänkande till regeringen. Betänkandet kan läsas på regeringens webbplats (<https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2018/06/sou-201844/>). Utredningen omfattar två delar – regler för icke direktivstyrda upphandlingar samt regler om ansökningsavgift och processkostnader i överprövningsmål. Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juli 2019.

När det gäller de icke direktivstyrda upphandlingarna föreslås bland annat fasta direktupphandlingsgränser. För upphandlingar enligt LOU är förslaget 600 000 kr och för upphandlingar enligt LUF 1 100 000 kr. När det gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster föreslås att direktupphandlingsgränsen ska vara densamma som tröskelvärdet, det vill säga drygt 7,1 miljoner när det gäller LOU och knappt 9,5 miljoner när det gäller LUF. Vid direktupphandling ska de upphandlande myndigheterna och enheterna enligt förslaget iakttä en ny nationell princip om konkurrensutsättning. Vidare föreslås nya regler om dialog samt om så kallade täckningsköp vid direktupphandling.

När det gäller överprövningsdelen föreslår utredningen bland annat ett ömsesidigt processkostnadsansvar och en avgift på 7 500 kr för att ansöka om överprövning.

Bakgrunden är att regeringen i juni 2017 tillsatte en utredning som skulle göra en översyn av de bestämmelser i LOU och LUF som reglerar icke direktivstyrda upphandlingar. Syftet var att utreda hur regelverket kunde göras enklare och mer flexibelt. Utredningen skulle också föreslå regler om skyldighet för förlorande part att ersätta motpartens processkostnader samt regler om avgifter för att ansöka om överprövning. Till särskild utredare utsågs advokaten Anna Ulfsdotter Forssell. Förbundsjuristen Eva Sveman, SKL, var en av experterna i utredningen.

Utredning om definition av idéburna aktörer

Kommittédirektiv – Dir. 2018:46 – En tydlig definition av idéburna aktörer i välfärden

Den 7 juni 2018 beslutade regeringen att en särskild utredare ska ta fram ett förslag på en tydlig definition av idéburna aktörer som kan användas för att identifiera och avgränsa dessa från andra aktörer i välfärdsverksamheter och andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter. Syftet med en definition av idéburna aktörer är att främja ett ökat idéburet deltagande i välfärden genom att underlätta vid bland annat bidragsgivning, lagstiftning, köp av verksamhet och samverkan. Utredaren ska därför också ta fram exempel och beskriva tänkbara

tillämpningsområden inom välfärden och angränsande områden där en definition av idéburna aktörer skulle kunna användas.

Utredaren ska bland annat

- föreslå en definition av idéburna aktörer,
- kartlägga och analysera olika förfaranden för att utifrån den föreslagna definitionen identifiera idéburna aktörer inom välfärden eller andra närliggande offentligt finansierade eller subventionerade verksamheter,
- kartlägga och analysera hur icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse regleras i andra länder inom EES,
- föreslå riktlinjer, kriterier eller andra tillämpbara instrument för ingående av idéburet offentligt partnerskap (IOP), i syfte att främja samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga, och
- lämna nödvändiga författningsförslag.

I uppdraget ingår inte att lämna förslag inom skatteområdet.

Uppdraget ska redovisas senast den 14 december 2019.

Utredare blir Samuel Engblom. Han är samhällspolitisk chef och tidigare chefsjurist på TCO, och har disputerat i komparativ rätt.

Domar

Särbehandling av utländska anbudsgivare var sakligt motiverad

Högsta förvaltningsdomstolens dom den 12 mars 2018 i mål nr 4092-17

Migrationsverket genomförde under våren 2016 en upphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. I förfrågningsunderlaget angavs att verket skulle kontrollera att leverantören fullgjort sina åligganden avseende sociala avgifter och skatter samt om leverantören var registrerad i aktiebolagsregister eller liknande register. Det angavs att Migrationsverket skulle kontrollera detta genom att hämta in uppgifter från Skatteverket. Det angavs också att Migrationsverket skulle kontrollera om leverantören var registrerad för skulder för indrivning hos Kronofogdemyndigheten. För utländska leverantörer ställdes motsvarande krav, men dessa skulle till sitt anbud bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet. Dessa intyg skulle visa att registrering i yrkes- och handelsregister förelåg, att föreskrivna skatter och sociala avgifter var erlagda och om leverantören hade indrivningsbara skulder.

Ett svenskt bolag som hade en norsk underleverantör lämnade anbud i upphandlingen, men uteslöts av Migrationsverket eftersom det inte bifogat de intyg som krävdes för den norska underleverantören.

Bolaget ansökte om överprövning och anförde bland annat att kraven som ställts var diskriminerande mot utländska bolag.

Förvaltningsrätten biföll ansökan och beslutade att upphandlingen skulle göras om eftersom särbehandlingen av utländska leverantörer enligt domstolen stod i strid med principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Migrationsverket överklagade till kammarrätten, som gjorde en liknande bedömning som förvaltningsrätten och därför avsåg överklagandet.

Migrationsverket överklagade till HFD, som gjorde en annan bedömning. Domstolen konstaterade att den kontroll som Migrationsverket skulle göra var densamma för alla leverantörer, men att metoderna för inhämtande av underlaget skilde sig åt beroende på om uppgifterna fanns i svenska register eller inte. HFD anförde vidare att den upphandlande myndigheten enkelt och effektivt kunde använda befintliga och allmänna register avseende svenska förhållanden. När det däremot gällde inhämtande av underlag om utländska leverantörer avseende deras förhållanden i det egna landet, kunde det däremot inte förutsättas att upphandlande myndigheter hade möjlighet att inhämta uppgifter eller ens kunde antas känna till varifrån en viss uppgift kunde hämtas, ansåg HFD. De skilda metoderna innebar visserligen att leverantörerna behandlades olika, men detta fick mot den angivna bakgrunden anses vara sakligt motiverat enligt HFD, som följaktligen konstaterade att utformningen av förfrågningsunderlaget inte stred mot de grundläggande principerna. Underinstansernas domar upphävdes därför och bolagets ansökan om överprövning avsågs.

Domstols utredningsansvar när en part inte fått ta del av uppgifter

Högsta förvaltningsdomstolens beslut den 17 maj 2018 i mål nr 1968-17

Migrationsverket genomförde en upphandling i form av ett avrop från ett ramavtal avseende telefoni och datakommunikation. Bolag A tilldelades kontrakt.

Bolag B begärde med stöd av offentlighetsprincipen att få del av Bolag A:s anbudshandlingar från Migrationsverket. Både verket och kammarrätten gjorde bedömningen att delar av handlingarna omfattades av sekretess, varför de inte lämnades ut i sin helhet.

Bolag B ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten avslag ansökan, och Bolag B överklagade till kammarrätten. Kammarrätten beslutade att hämta in merparten av de sekretessbelagda delarna av anbudshandlingarna från Migrationsverket. Handlingarna kommunicerades dock inte med Bolag B på grund av sekretess och att kammarrätten ansåg att rätten till partsinsyn kunde begränsas. Kammarrätten avslag överklagandet i överprövningsmålet.

Bolag B överklagade till Högsta förvaltningsdomstolen och yrkade i första hand att Bolag A:s anbud inte skulle beaktas. Till stöd för yrkandet anfördes bland annat att det fanns omständigheter som tydde på att Bolag A inte uppfyllde vissa krav i upphandlingen.

HFD konstaterade att frågan i målet gällde omfattningen av en förvaltningsdomstols utredningsansvar när domstolen i ett mål om offentlig upphandling har hämtat in uppgifter som omfattas av sekretess och som den ena parten inte fått del av.

HFD anförde därefter bland annat följande. HFD har tidigare uttalat att eftersom mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda parter måste officialprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt. Enligt domstolen bör som huvudprincip krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger på vilka omständigheter han eller hon grundar sin talan. Mot bakgrund av detta ska domstolens granskning av inhämtade handlingar enligt HFD:s mening ske utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in. Om det i handlingarna framkommer andra brister i förfarandet ska dessa inte beaktas, enligt HFD. Domstolen uttalade sig också om möjligheten att inhämta sakkunnigyttrande enligt 24 § förvaltningsprocesslagen. I den delen konstaterades bland annat att det är rätten som avgör om ett sådant yttrande behöver hämtas in, samt att frågan om hur långt utredningsansvaret sträcker sig får avgöras från fall till fall med utgångspunkten att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång. Eftersom Migrationsverket hade ingått avtal med Bolag A blev domstolens beslut att målet skrevs av.

Tillåtet att ställa upp villkor om minimilön

Kammarrätten i Stockholms dom den 12 mars 2018 i mål nr 6023-17

En kommun upphandlade taxiresor, och ställde då upp vissa arbetsrättsliga villkor i form av krav på en lägsta månadslön. Två taxibolag ansökte om överprövning. Det ena bolaget anförde bland annat att kommunen agerat i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen genom att kommunen ställt upp villkoren avseende minimilöner. Bolaget menade bland annat att villkoren innebar högre krav än vad som följde av ett centralt och allmängiltigt kontrakt i Sverige.

Förvaltningsrätten konstaterade att de minimilöner som ställts som krav i upphandlingen var hämtade ur det centrala kollektivavtalet mellan Svenska Transportarbetarförbundet och Biltrafikens Arbetsgivarförbund, Taxiavtalet – förare. Domstolen konstaterade vidare att det inte stred mot LOU att vid upphandling ställa krav på minimilön som återfinns i ett centralt och allmängiltigt kollektivavtal. Det låg enligt domstolen inom kommunens rätt att definiera föremålet för upphandlingen och ta sociala hänsyn utifrån egna preferenser och behov samt att bedöma vilka avlöningssmodeller i ett kollektivavtal som är ändamålsenliga sett till föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten ansåg därför att kommunen inte agerat i strid med LOU genom att ställa kraven, och avslog bolagens ansökningar.

Det ena bolaget överklagade domen till kammarrätten och anförde bland annat följande. Den minimilön som angetts i upphandlingen var inte hämtad från kollektivavtalet utan från Upphandlingsmyndighetens tolkning av avtalet. Vidare var minimilönen endast en av avlöningsformerna i kollektivavtalet. Bolaget, som var bundet av kollektivavtalet, tillämpade en annan modell än den kommunen valt att tillämpa i upphandlingen och kunde därför inte uppfylla kravet. Detta innebar att leverantörer som inte var kollektivavtalsbundna eller bundna av ett annat kollektivavtal behandlades olika, vilket stred mot bl.a. principen om likabehandling.

Kommunen ansåg att överklagandet skulle avslås av i huvudsak samma skäl som förvaltningsrätten tagit in i sin dom. Kommunen anförde också att bolaget tillämpade en avlöningsmodell med garantilön och procent på inkört belopp, och att arbetsmarknadens parter ansåg att detta inte kunde ses som en lägsta lön enligt kollektivavtalet eftersom procentsatsen skulle förhandlas mellan arbetstagare och arbetsgivare. Kommunen ansåg vidare att det inte var lämpligt att använda sig av provisionslön för de taxitjänster – exempelvis färdtjänst och skolskjuts – som var aktuella.

Kammarrätten anförde bland annat följande. De av kommunen uppställda arbetsrättsliga villkoren om lägsta löner hade ett klart samband med upphandlingsföremålet och var dessutom lämpliga och effektiva för att uppnå det eftersträlvade syftet, det vill säga att åstadkomma skäligen arbetsvillkor och förhindra konkurrens med undermåliga arbetsvillkor. Kammarrätten instämde i vad kommunen anförde om det olämpliga i att använda en provisionsbaserad lön när de upphandlade tjänsterna bestod i bland annat skolskjuts och färdtjänst där säkerhet och ett bra bemötande var extra viktigt.

Kommunens åtgärd fick därmed anses vara nödvändig för att uppnå syftet och den negativa effekten kunde inte anses vara oproportionerlig eller överdriven. Kommunen hade därför haft rätt att uppställa kraven, och ansökan avslogs.

I målet tillämpade kammarrätten 2016 års LOU i dess lydelse före den 1 juni 2017, det vill säga innan reglerna i 17 kap. 2-5 §§ LOU om arbetsrättsliga villkor trädde i kraft.

Domen överklagades till HFD som den 17 april 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Egna referenser – kringgående?

Kammarrätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 i mål nr 9-18

En kommun upphandlade barmarksrenhållning och vinterväghållning av gatumark. Ett av anbuderna förkastades på grund av att anbudsgivaren enligt kommunen inte uppfyllde kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kommunen baserade detta på att anbudsgivaren inte fått betyget godkänt på samtliga delar i en referensblankett. Referensen avsåg ett uppdrag som anbudsgivaren utfört åt den upphandlande kommunen. Referensen kom alltså från kommunen själv. En annan anbudsgivare tilldelades kontraktet.

Bolaget som fått sitt anbud förkastat ansökte om överprövning och anförde bland annat följande. Bolagets anbud skulle inte ha förkastats. Kommunen har beaktat egna erfarenheter vid referenstagningen. Enligt 13 kap. 3 § 5 LOU krävs, för att det ska vara möjligt att beakta en tidigare avtalsrelation och använda tidigare brister mot anbudsgivaren, att bristerna varit av sådan art att kontraktet sagts upp eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder. Kommunens tillämpning av kravet på referenser strider mot 13 kap. 3 § 5 LOU.

Förvaltningsrätten ansåg att bolaget inte visat att kommunen agerat i strid med LOU och avslog därför ansökan. Bolaget överklagade till kammarrätten och anförde huvudsakligen samma omständigheter som hos förvaltningsrätten.

Kammarrätten anförde bland annat följande sin dom. Av 14 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad i vissa avseenden. Kraven får avse teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kraven får också, enligt 5 § samma kapitel, innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Anbudsgivarna har fått möjlighet att genom inlämnade referenser styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att kvalificeras i upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgick att om anbudsgivaren utfört uppdrag åt beställaren skulle en egen referens inhämtas.

Kammarrätten ansåg att det var möjligt att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet,

om en sådan referenstagning framgår av förfrågningsunderlaget och sker i enlighet med de grundläggande principerna. Användning av egna referenser fick dock inte, enligt kammarrättens mening, ske på ett sådant sätt att 13 kap. 3 § 5 LOU kringgås.

Kammarrätten ansåg att det inte framkommit annat än att referenstagningen skett på ett objektivt sätt, och att inget framkommit som talade för att kravet på egna referenser använts i syfte att kringgå 13 kap. 3 § 5 LOU i förhållande till bolaget. Inte heller vad bolaget anfört i övrigt visade enligt domstolen att kommunen brutit mot LOU. Bolagets överklagande avslogs därför.

Domen har fått laga kraft.

Hänvisning till varumärke var otillåten

Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 februari 2018 i mål nr 4889-17

En kommun upphandlade ett ramavtal avseende gas och gasol. I förfrågningsunderlaget efterfrågade kommunen en produkt med hänvisning till en viss referensprodukt. En av anbudsgivarna hade produkten som kommunen refererade till i sitt sortiment, men hade valt att offerera en annan produkt. Det bolagets anbud förkastades eftersom den offererade produkten inte bedömdes vara likvärdig referensprodukten. Bolaget ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten avslag ansökan. Bolaget överklagade domen och anförde bland annat följande.

Kommunen har hänvisat till ett varumärke på ett sätt som strider mot 6 kap. 4 § i 2007 års LOU. Det hade varit möjligt att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt utan hänvisningen, till exempel genom att ange ”oxygen med lukt-tillsats”. Om kommunen beskrivit produkten mer noggrant hade bolaget offererat en produkt som klarat kraven.

Kommunen ansåg att överklagandet skulle avslås och anförde bland annat att hänvisningen till produkten gjorde kravet mer tydligt än om kommunen själv hade beskrivit produkten.

Kammarrätten anförde bland annat följande i sin dom. Av 6 kap. 4 § i 2007 års LOU framgår att de tekniska specifikationerna inte får innehålla hänvisningar till bland annat varumärke, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det är generellt sett svårt att föreställa sig en situation när en hänvisning till ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Endast den omständigheten att bolaget ägde det aktuella varumärket uteslöt inte att bolaget skulle kunna missgynnas genom hänvisning till varumärket. Även ett bolag som innehar ett varumärke kan av affärsmässiga eller andra skäl vilja offerera andra likvärdiga produkter. Frågan blev då om det varit möjligt för kommunen att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt utan att hänvisa till referensprodukten. Det framgår av ordalydelsen i 6 kap. 4 § att det endast är i undantagssituationer som det är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke. Det ska i princip vara objektivt

omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning ska vara tillåten.

Enligt kammarrätten framgick inte annat än att det avgörande för om produkten ansågs likvärdig var huruvida det fanns en luktillsats i de offererade artiklarna. Det kunde därför inte anses ha varit omöjligt att beskriva produkten på ett tillräckligt preciserat och begripligt sätt utan att hänvisa till referensprodukten, menade domstolen, och konstaterade att kommunen därmed hade brutit mot 6 kap. 4 § LOU.

Kammarrätten ansåg vidare att kravets utformning brast vad gällde transparens. När det gällde frågan om skada ansåg kammarrätten att bolaget fick anses ha lidit skada till följd av bristerna trots att hänvisningen gjordes till bolagets egen produkt. Upphandlingen skulle därför göras om.

Domen har fått laga kraft.

Kommentar: 6 kap. 4 § i 2007 års LOU motsvaras numera av 9 kap. 6 § LOU. Någon ändring i sak är inte avsedd med den nyare paragrafen, även om den har justerats språkligt (prop. 2015/2016:195 s. 1044).

Fråga om onormalt lågt anbud när priset låg nära andra anbud som godtagits

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 mars 2018 i mål nr 207-208-18

Ett kommunalförbund genomförde i egenskap av ombud för två kommunala bolag en upphandling av ramavtal för ventilationsarbeten. Förbundet och bolagen benämns här efter de upphandlande myndigheterna. De upphandlande myndigheterna förkastade ett av anbuden med motiveringen att det bedömdes vara onormalt lågt samt att anbudsgivarens förklaring inte varit tillfredsställande.

Bolaget vars anbud förkastats ansökte om överprövning, och anförde bland annat att bolagets timpris om 350 kr inte var onormalt lågt, att de upphandlande myndigheterna inte förklarat hur de gjort avgränsningen av timpriserna samt att det näst lägsta timpriset i upphandlingen bara var 15 kr högre utan att detta ansetts vara onormalt lågt. Bolaget menade vidare att prissättningen baserades på erfarenhet av uppdragsgivarna sedan tidigare samt bolagets egen kalkylmetod, och att förklaringen till priset var godtagbar.

De upphandlande myndigheterna ansåg att ansökan skulle avslås och anförde bland annat att de inte funnit anledning att begära in förklaringar för priser på 365 kr per timme eller högre. De framhöll också risken för att ett lågt anbudspris kompenseras genom överdebitering eller uteblivna svar på avrop, samt att compensation av underprissatta anbud är frekvent förekommande i byggbranschen.

Förvaltningsrätten avslog ansökan med motiveringen dels att det fanns fog för de upphandlande myndigheterna att begära att bolaget skulle förklara sitt anbud, och dels att bolagets förklaring inte varit tillfredsställande.

Bolaget överklagade till kammarrätten och anförde bland annat följande. Det näst lägsta anbudet hade ett timpris på 365 kr, och anbudet därefter 370 kr. Priserna var alltså endast fyra respektive fem procent högre än bolagets, men ansågs ändå inte vara onormalt låga.

De upphandlande myndigheterna ansåg att överklagandet skulle avslås.

Kammarrätten anförde bland annat följande i sin dom. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset är så lågt att det finns grund för att ifrågasätta dess seriositet. För det fall denna bevisbörda fullgörs har anbudsgivaren att visa att anbudet är seriöst trots att det är lågt. Bolagets anbudspris låg fyra respektive fem procent under konkurrerande anbud som inte bedömts som onormalt låga. Bolagets anbudspris var därför enligt kammarrätten inte så lågt att det utan vidare föreföll onormalt lågt. Vidare hade de upphandlande myndigheterna, enligt kammarrätten, inte lämnat någon närmare förklaring till hur de kommit fram till att 350 kr per timme var onormalt lågt. De hade inte presenterat någon utredning om varken marknadspris eller självkostnadspris för aktuella tjänster, utan endast angett att priset var lågt i förhållande till prisnivåer i branschen. Enligt kammarrätten hade de upphandlande myndigheterna därför inte visat att de haft fog för åtgärden att begära en förklaring till bolagets anbud. Mot denna bakgrund beslutade kammarrätten att en ny utvärdering skulle göras där bolagets anbud skulle prövas.

Domen överklagades till HFD som den 22 maj 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Fråga om onormalt lågt anbud när priset var väsentligt lägre än andra anbud

Kammarrätten i Göteborgs dom den 24 april 2018 i mål nr 6002-17

En kommun upphandlade skyltar. Ett av anbudena (Bolag A:s) föreföll enligt kommunen vara onormalt lågt. Kommunen begärde en förklaring men beslutade att inte förkasta anbudet efter att bolaget lämnat sin förklaring. Kommunen tilldelade kontraktet till Bolag A. Bolag B ansökte om överprövning och anförde att Bolag A:s anbud skulle ha förkastats eftersom det var onormalt lågt, bland annat eftersom priset var ungefär 90 procent lägre än övriga två anbud som kvalificerats i upphandlingen. Bolag B ansåg vidare att Bolag A:s förklaring inte var tillfredsställande.

Förvaltningsrätten ansåg att Bolag A inte lämnat någon tillfredsställande förklaring och att anbudet därför skulle förkastas.

Kommunen överklagade till kammarrätten och yrkade att ansökan om överprövning skulle avslås eftersom anbudet inte var onormalt lågt. Bolag B ansåg att överklagandet skulle avslås.

Kammarrätten anförde bland annat följande i sin dom. Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar

det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. I målet fanns ingen bevisning som visade vad som var normala priser för den typ av produkter som var aktuella. Den enda jämförelsen som kunde göras var med övriga anbud i upphandlingen. En sådan bedömning måste göras med försiktighet, särskilt eftersom det var fråga om endast två anbud. På grund av den stora skillnaden i pris (18 664 kr jämfört med 116 224 kr respektive 126 773,60 kr) ansåg kammarrätten dock att kommunen hade haft fog för att bedöma att Bolag A:s anbud föreföll vara onormalt lågt enligt 16 kap. 7 § LOU och därmed begära en förklaring från bolaget. Av förklaringen framgick att bolaget tittade på vilka volymer som efterfrågas, hur mycket det är troligt att myndigheten handlar för under avtalsperioden samt vad myndigheten köpt tidigare och av vem. Bolaget påpekade också att de hade en organisation om nästan 30 personer, 1 500 kvadratmeter produktionsyta och att de tillverkade i princip allt från taktila små skyltar till stora fasadskyltar i deras egen fabrik utan mellanhänder. Bolaget hade tidigare haft ett avtal med kommunen och hade därför kunskap om vad kommunen köpt tidigare. Upphandlingen avsåg 20 positioner som skulle prisättas med ett fast pris, och därutöver kunde kommunen beställa övriga produkter inom segmentet, varvid priset baserades på bolagets egna listpriser. Det var alltså inte endast de 20 positionerna med fast pris som ingick i avtalet. Det fanns inga garanterade volymer i fråga om någon produkt. Kommunen hade uppgett att Bolag A levererat i enlighet med det tidigare kontraktet, och inget hade framkommit som tydde på att bolaget inte hade för avsikt att leverera i den aktuella upphandlingen.

Vid en sammantagen bedömning kom kammarrätten fram till att det inte var visat att Bolag A:s anbud var onormalt lågt. Förvaltningsrättens dom upphävdes därför och ansökan avslogs.

Domen överklagades till HFD, som den 11 juni 2018 ännu inte meddelat beslut i frågan om prövningstillstånd.

Sekretess inom valfrihetssystem

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 14 februari 2018 i mål nr 2684-17

En ideell förening begärde ut budgetar och årsredovisningar med mera för olika vårdcentraler på enhetsnivå avseende år 2016 från en region. Regionstyrelsen avslog begäran med hänvisning till 19 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL) och anförde bland annat följande. Om de efterfrågade ekonomiska uppgifterna rörande de egendrivna hälsocentralerna röjs ger detta en konkurrensfördel för privatdrivna vårdcentraler, bland annat när det gäller eventuella lokala etableringar. När det gäller en konkurrensutsatt marknad är det rent generellt en nackdel att i detalj ensidigt behöva redovisa den ekonomiska statusen för enskilda enheter.

Föreningen överklagade beslutet till kammarrätten och anförde bland annat följande. Det finns anledning att misstänka att skattemedel inte har använts på ett sätt som

ligger i det allmännas ekonomiska intresse. Det är därför obegripligt hur detta intresse skulle kunna lida skada av att handlingarna lämnas ut. Vidare är inte avsikten med sekretessbestämmelserna att offentligt bedrivna vårdcentraler ska få fördelar gentemot privata.

Kammarrätten avslag överklagandet med följande motivering. Sekretess gäller i en myndighets affärsverksamhet för uppgift om myndighetens affärs- och driftförhållanden, om det kan antas att någon som driver likartad rörelse gynnas på myndighetens bekostnad om uppgiften röjs (19 kap. 1 § OSL). Regionens verksamhet i form av vård- och hälsocentraler var affärsinriktad och konkurrensutsatt. Regionen fick därmed anses bedriva affärsverksamhet. Uppgifterna var också att hänföra till regionens affärs- och driftförhållanden. Föreningen hade begärt att ta del av ekonomiska uppgifter avseende vård- och hälsocentraler på enhetsnivå. Sådana detaljerade ekonomiska uppgifter är typiskt sett känsliga för rörelsedrivande verksamheter att lämna ut. Utredningen i målet gav inte stöd för någon annan bedömning än att röjande av de aktuella uppgifterna kunde ha betydelse i konkurrensförhållanden och att det därför kunde antas att någon som drev likartad rörelse gynnades på regionens bekostnad om uppgifterna röjdes. Överklagandet avslogs alltså därför.

En av ledamöterna var skiljaktig och anförde bland annat följande. Färdiga resultaträkningar utgör typiskt sett inte företagshemligheter efter verksamhetsårets utgång utan ska i många fall, till exempel för aktiebolag, offentliggöras genom Bolagsverkets försorg. Vidare finns ett betydande intresse av att medborgarna får insyn i hur skattemedlen används. Någon konkret skaderisk var inte visad. Mot denna bakgrund ansåg ledamoten att uppgifterna skulle lämnas ut.

Målet har överklagats till HFD som den 3 maj 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Kommentar: Kammarrätten i Göteborgs dom den 9 februari 2018 i mål nr 5994-17 gällde motsvarande handlingar i en annan region. Även där beslutade regionen att inte lämna ut handlingarna, och kammarrätten avslag överklagandet av beslutet.

Avvikelser från ramavtal ledde till ogiltigförklaring

Kammarrätten i Stockholms dom den 15 mars 2018 i mål nr 4410-17

En kommun upphandlade möbel- och kontorsflyttning och ingick ramavtal med flera leverantörer i januari 2016. Ett kommunalt bostadsbolag var avropsberättigat på ramavtalet.

Ett bolag (Bolag A) ansökte om överprövning av avtals giltighet. Bolaget ansåg att bostadsbolaget och en leverantör (Bolag B) hade ingått ett direktuphandlat ramavtal utan att följa upphandlingsreglerna. Detta avtal skulle därför enligt Bolag A ogiltigförklaras. Bostadsbolaget motsatte sig Bolag A:s ansökan.

Förvaltningsrätten ansåg att det inte var visat att det förelåg något direktupphandlat ramavtal mellan bostadsbolaget och Bolag B, och avslog därför ansökan.

Bolag A överklagade till kammarrätten och yrkade att det enligt bolagets synsätt direktupphandlade ramavtalet och samtliga avrop enligt detta ramavtal skulle ogiltigförklaras. Bostadsbolaget ansåg att överklagandet skulle avslås.

Kammarrätten anförde bland annat följande i sin dom. Av EU-domstolens praxis framgår att ändringar i avtalsvillkor under ett pågående avtalsförhållande ska anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Bolag B hade visat att det skett avsteg i jämförelse med villkoren i det befintliga ramavtalet. Frågan blev då om dessa avsteg var för sig eller tillsammans medförde betydande skillnader i förhållande till det befintliga ramavtalet och om de visade på en avsikt från parterna att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet.

Enligt kammarrättens bedömning hade bostadsbolaget och Bolag B systematiskt använt sig av dels tilläggsbeställningar som inte godkänts i förväg och dels debitering per timme för flyttarbetare vid tilläggsbeställningar. Detta hade enligt kammarrätten medfört att det befintliga ramavtalets prismodell frångåtts. Ändringarna var enligt kammarrätten att betrakta som betydande. Ett nytt direktupphandlat ramavtal hade därmed uppstått enligt domstolen. Eftersom något skäl för undantag från annonseringsskyldigheten inte framkommit konstaterade kammarrätten att avtalet skulle ogiltigförklaras i enlighet med 16 kap. 13 § första stycket 1 i 2007 års LOU.

Domen överklagades till HFD som den 25 april 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd.

Kommentar: Detta fall visar på vikten av att bolag och förvaltningar som avropar från ett ramavtal känner till ramavtalets villkor. Om avropen avviker för mycket från villkoren finns risken att en domstol skulle anse att parterna har ingått ett nytt avtal som ska ogiltigförklaras. Numera finns dessutom uttryckliga lagregler som gäller ändring av avtal (17 kap. 8-16 §§ i 2016 års LOU).

Kommande kurser

Grundkurs i offentlig upphandling

Tid: 27-29 november 2018

Plats: Högberga Gård, Grindstigen 5-6, Lidingö

E-handelsdagar

Tid: 1-2 oktober 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>