

## Rättsfall m.m. på upphandlingsområdet December 2017



### INNEHÅLL

1. Domar
2. Kommande kurser

### DOMAR

#### **Lågt anbud som kunde innebära förlust för anbudsgivaren behövde inte förkastas**

*Kammarrätten i Jönköpings dom den 15 september 2017 i mål nr 2201-17*

En kommun upphandlade reparation och underhåll m.m. av brandredskap. En av anbudsgivarna, bolag A, tilldelades kontrakt. En annan anbudsgivare, bolag B, ansökte om överprövning och anförde bl.a. att bolag A:s anbud var att anse som onormalt lågt, att bolag A inte förklarat detta på ett tillfredsställande sätt samt att

kommunen därför borde ha förkastat anbudet i enlighet med 16 kap. 7 § LOU. Bolag A hade förklarat att det var berett att godta de förluster som avtalet kunde innebära eftersom bolaget behövde sysselsättning till en lokalt placerad medarbetare som bolaget såg stort värde i att behålla. Denna förklaring saknade enligt bolag B helt affärsmässighet. Vidare ansåg bolag B att det fanns en påtaglig risk att bolag A, med den erbjudna prisbilden, skulle bli tvungen att avbryta fullgörandet av avtalet.

Kommunen anförde bl.a. följande. Anbudet från bolag A bedömdes under utvärderingsprocessen som misstänkt lågt och kommunen gav därför bolaget tillfälle att förklara sin prissättning. Den förklaring som bolag A lämnat tillsammans med det faktum att kommunen inte sett anledning att misstänka att bolag A:s anbud inte skulle stämma överens med tillämpliga miljö-, social-, eller arbetsrättsliga skyldigheter innebär att kommunen varken varit skyldig eller haft rätt att förkasta anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterade att det inte finns något krav på att lämnat anbud ska leda till vinst för anbudsgivaren och hänvisade i den delen till HFD 2016 ref. 3 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 6 juli 2016 i mål nr 704-15. Förvaltningsrätten bedömde att den förklaring som bolag A lämnat föreföll rimlig. Det hade därför inte funnits skäl för att förkasta anbudet. Bolag B:s ansökan avslogs därmed. Bolag B överklagade till kammarrätten och anförde i huvudsak samma omständigheter som i förvaltningsrätten. Kammarrätten gjorde samma bedömning som förvaltningsrätten och avslog därför överklagandet. Domen har vunnit laga kraft.

### **Lägstanivå för pris tillåten**

*Kammarrätten i Stockholms dom den 3 oktober 2017 i mål nr 533-17*

Två kommunala bolag upphandlade måleriarbeten. Ett anbud förkastades eftersom det inte uppfyllde ett ska-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 bl.a. följande. De kommunala bolagen har föreskrivit att anbud som understiger ett visst belopp kommer att förkastas ”eftersom det anses som oskäligt lågt”. Enligt 12 kap. 3 § ÄLOU måste dock 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. Att på förhand fastställa en absolut gräns för vad som anses onormalt lågt strider vidare mot huvudändamålet med LOU, nämligen att främja en sundkonkurrens.

De kommunala bolagen motsatte sig ansökan och anförde bl.a. följande. 12 kap. 3 § ÄLOU är inte tillämplig. Kommunen har ställt ett ska-krav på att timpriset inte får vara under ett visst belopp. Bolaget har inte uppfyllt detta krav. Ska-kravet står inte i strid med ÄLOU. Bolaget kan inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada på grund av att det kontradiktoriska förfarandet som föreskrivs i 12 kap. 3 § inte följts.

Förvaltningsrätten anförde bl.a. följande i sin dom. Bestämmelsen i 12 kap. 3 § ÄLOU utgör en skyddsregel för anbudsgivarna och tar sikte på att anbud inte får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren först har fått chansen att lämna en förklaring. Enligt förvaltningsrätten syftar bestämmelsen dock inte till att reglera vilka ska-krav en myndighet får ställa. Det finns därvid inget hinder mot att sätta ett lägsta pris-spann eller ett s.k. golvpris. Ordalydelsen i det aktuella avsnittet ger inte utrymme för annan tolkning än att det är fråga om ett golvpris även om denna term inte har använts. De kommunala bolagen har motiverat kravet på en lägstanivå med att de velat undvika oskäligt låga anbud. Även om formuleringen skulle kunnat göras annorlunda medför motiveringen inte att 12 kap. 3 § ÄLOU aktualiseras. Varken kravet i sig eller det faktum att bolagets anbud förkastats innebär därför att upphandlingen stått i strid med LOU. Ansökan avslås därför.

Bolaget överklagade till kammarrätten och anförde huvudsakligen samma argument som hos förvaltningsrätten. Kammarrätten gjorde ingen annan bedömning än förvaltningsrätten och avslog därför överklagandet. Domen är överklagad till Högsta förvaltningsdomstolen som den 8 december 2017 ännu inte fattat beslut i frågan om prövningstillstånd.

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, dvs. att det normalt sett är tillåtet att fastställa ett s.k. golvpris och förkasta anbud som innehåller priser som understiger detta golvpris. I detta sammanhang kan också nämnas att HFD den 28 januari 2016 meddelade domar i fyra mål om onormalt låga anbud (mål nr 6159-6160-14 samt 6578-6579-14).

### **Sekretess gällde för prisuppgifter**

*Kammarrätten i Göteborgs dom den 31 oktober 2017 i mål nr 4769-17*

En flygplats upphandlade flygtrafiktjänster. En av anbudsgivarna, ett bolag i flygbranschen (anbudsgivare A), begärde ut uppgifter ur ett av de andra anbuden. Den som lämnat det aktuella anbudet (anbudsgivare B) begärde sekretess för uppgifter om anbudspris och hävdade att det skulle skada denne och gynna en konkurrent om uppgifter om prissättningen och bakomliggande beräkningar kom ut. Flygplatsen beslutade att inte lämna ut uppgifterna med hänvisning till 31 kap. 16 § OSL och däri reglerad sekretess för enskilda affärs- och driftförhållanden.

Anbudsgivare A överklagade beslutet till kammarrätten och yrkade att begärda prisuppgifter skulle lämnas ut. I samband med överklagandet anförde flygplatsen att totalpriset hade lämnats ut till anbudsgivare A, men att anbudsgivare B vidhållit sin begäran om sekretess för prissättningen i anbudet.

Kammarrätten konstaterade inledningsvis att sekretess gäller enligt 31 kap. 16 § OSL för uppgift om enskilda affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Efter att ha redogjort för förarbetsuttalanden och HFD:s uttalanden i HFD 2016 ref. 17 och mål nr 5887-16 övergick kammarrätten till att bedöma sekretessen för prisuppgifterna. Domstolen konstaterade därvid att upphandlingen rörde ett område som krävde speciell kompetens och där det endast torde finnas ett begränsat antal aktörer. Uppgift om prissättning var vidare enligt kammarrätten typiskt sett att betrakta som ett viktigt konkurrensmedel i upphandlingar. Ett offentliggörande av prisuppgifter i en viss upphandling kunde göra det svårt för leverantören att använda sig av samma prisöverväganden i en framtida upphandling, ansåg kammarrätten, och anförde därefter att det inte kunde uteslutas att det var möjligt att av prisuppgifterna utläsa den prissättningsstrategi som använts. Mot den bakgrunden ansåg domstolen att det fanns särskild anledning att anta att anbudsgivare B kunde lida skada om prisuppgifterna lämnades ut. Anbudsgivare A:s överklagande avslogs och uppgifterna lämnades alltså inte ut. Domen har i skrivande stund, den 11 december 2017, inte vunnit laga kraft.

Kommentar: Fallet behandlar den ofta uppkommande frågan om sekretess för priser när anbudsgivaren begärt sekretess och den absoluta sekretessen upphört, t.ex. på grund av att tilldelningsbeslut fattats. Frågan är då om det finns särskild anledning att anta att anbudsgivaren lider skada. Presumtionen är alltså att uppgifterna är offentliga. I RÅ 2007 not. 154 och i flera kammarrättsfall (bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 april 2013 i mål nr 1706-13) har bedömts att sekretess för prisuppgifter föreligger när anbudsgivarens bakomliggande prissättningsstrategier framgår. I det ovan refererade fallet anförde domstolen att det inte var uteslutet att den

prissättningsstrategi som använts kunde utläsas med hjälp av uppgifterna. Domstolens motivering får förstås som att den anser att presumtionen i den aktuella situationen, dvs. när det gäller prisuppgifter i ett anbud på ett område med ett begränsat antal aktörer, är att sekretess föreligger. ”Grundpresumtionen” var alltså att uppgifterna var offentliga, men i situationen var utgångspunkten den omvända.

### **Leverantör som inte haft intresse av kontrakt hade inte rätt till överprövning**

*HFD:s dom den 10 november 2017 i mål nr 4876-16*

En statlig myndighet genomförde en ramavtalsupphandling av IT-drift. Ramavtalets giltighet var tre år med möjlighet till förlängning i fyra år, dvs. totalt sju år.

Ett bolag som inte deltog i upphandlingen ansökte om överprövning. Bolaget gjorde gällande att upphandlingen genomförts i strid med ÄLOU eftersom avtalstiden i den mån den översteg fyraårsgränsen som gäller för ramavtal (5 kap. 3 § ÄLOU) riskerade att begränsa konkurrensen på marknaden för IT-driftstjänster. Bolaget hävdade att det kunde lida skada på grund av det påstådda felet trots att det inte lämnat anbud i upphandlingen, eftersom bolaget på grund av den långa avtalstiden utestängts från möjligheten att lämna anbud i framtida upphandlingar.

Förvaltningsrätten avvisade bolagets ansökan med hänvisning till att bolaget saknade talerätt eftersom det varken lämnat eller avsett att lämna anbud i upphandlingen.

Bolaget överklagade till kammarrätten som avslog överklagandet av i princip samma skäl. Bolaget överklagade därefter till HFD.

HFD inledde med att konstatera att ÄLOU var tillämplig men att det i 2016 års LOU finns bestämmelser som motsvarar de i målet aktuella lagrummen. Därefter anförde HFD bl.a. följande. Enligt 16 kap. 4 § ÄLOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling liksom giltigheten av ett avtal som slutits mellan en

upphandlande myndighet och en leverantör. Bolaget var att anse som leverantör mot bakgrund av definitionen av begreppet i 2 kap. 11 § första stycket ÄLOU.

Bestämmelsen i 16 kap. 4 § har sin bakgrund i artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet). I den artikeln anges att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Av förarbetena till 16 kap. 4 § framgår att avsikten var att den skulle motsvara artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet och att ordet leverantör valdes i stället för anbudsgivare och anbudssökande för att omfatta också den som velat vara med i en upphandling, men inte kunnat delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Det fanns därför anledning att tolka bestämmelsen i ljuset av direktivets krav på att en leverantör ska ha haft intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen för att ha talerätt.

HFD fann mot denna bakgrund att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling. Bolaget hade inte haft något sådant intresse och var därmed inte taleberättigat. Överklagandet avslogs därför.

### **Ingen rätt att upphandla utan annons trots brådska på grund av regeringsbeslut**

*HFD:s dom den 15 november 2017 i mål nr 4575-15*

Regeringen beslutade i november 2010 att tillsätta en s.k. organisationsutredning för att förbereda bildandet av ett myndighetsgemensamt servicecenter. I november 2011 gav regeringen utredningen i uppdrag att vidta åtgärder för att servicecentret skulle kunna inleda sin verksamhet den 1 juni 2012. Den 30 maj 2012 träffade utredningen, utan att annonsera, en överenskommelse med ett bolag om konsultstöd som servicecentret inledningsvis skulle kunna använda sig av. Servicecentret inledde sin verksamhet den 1 juni 2012 och tog då konsulttjänsterna i anspråk.

Konkurrensverket bedömde att konsulttjänsterna inte var korrekt upphandlade eftersom någon annonsering inte skett och ansökte om upphandlingsskadeavgift till förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten avslag ansökan med hänvisning till undantaget om synnerlig brådska som skäl för att upphandla utan annonsering. Kammarrätten avslag Konkurrensverkets överklagande dit på samma grunder. Konkurrensverket överklagade till Högsta förvaltningsdomstolen och anförde bl.a. att servicecentret inte med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU haft rätt att sluta det aktuella avtalet utan föregående annonsering samt att regeringens beslut att inrätta servicecentret inte föranletts av några oförutsedda och allvarliga yttre omständigheter som i sig medfört att det varit absolut nödvändigt för regeringen att besluta om de tidsfrister som nämnts. Servicecentret bestred bifall till överklagandet.

HFD hade alltså att ta ställning till frågan om förutsättningarna för att upphandla utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska (enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 ÄLOU) var uppfyllda, och anförde därvid bl.a. följande. Undantag från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt och det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna är uppfyllda. Ett vägrat myndighetsgodkännande före en viss fastställd tidsgräns har inte ansetts utgöra en oförutsedd händelse, och det förhållandet att en tillsynsmyndighet angett en tidsfrist inom vilken ett arbete måste utföras har inte ansetts utgöra en omständighet som inte kunnat förutses. Av EU-domstolens praxis kan slutsatsen dras att det ställs höga krav på att en upphandlande myndighet har en god organisation och framförhållning i sin planering. Mot denna bakgrund kunde ett regeringsbeslut om att en myndighet ska inleda sin verksamhet vid en viss tidpunkt inte i sig anses utgöra en oförutsedd omständighet i den mening som avses i den ovan nämnda bestämmelsen. Förutsättningar för att använda undantaget saknades därför. Underinstansernas avgöranden upphävdes och målet visades åter till förvaltningsrätten.



**Avtal var olagliga när det från början beräknade avtalsvärdet, men inte faktureringen, översteg direktupphandlingsgränsen**

*Kammarrätten i Stockholms dom den 22 november 2017 i mål nr 3067-17*

Ett landsting hade genom tre beslut direktupphandlat en extern medicinsk sakkunnig i syfte att utvärdera anbud i upphandlingar av psykiatrisk vård. Ett bolag ansökte om ogiltigförklaring av två av de direktupphandlade avtalen.

Förvaltningsrätten avslog ansökan med motiveringen att de fakturor som getts in i målet visade att landstinget inte fakturerats mer än 534 890 kr, dvs. det belopp som utgör gränsen för när direktupphandling är tillåten enligt 15 kap. 3 § andra stycket första meningen ÄLOU.

Bolaget överklagade till kammarrätten, som konstaterade att landstinget hade ingått tre avtal som avsåg medverkan som medicinsk sakkunnig vid upphandling av psykiatrisk specialistvård. Tjänsten hade tillhandahållits av samma leverantör, och det var samma person som utfört uppdragen. Alla tre avtal var ingångna samma datum. Kammarrätten bedömde därför att direktupphandlingarna var av samma slag enligt 15 kap. 3 a § ÄLOU. Därefter konstaterade kammarrätten med hänvisning till prop. 2009/10:180 s. 293 att värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som kan komma att betalas enligt kontraktet. Vidare skulle avtalets värde fastställas vid tidpunkten för ingående av avtalet om det har ingåtts genom direktupphandling. Det relevanta i målet var därför de maximala belopp som vid tidpunkten för ingående av avtalen kunde komma att betalas. I målet framgick att kostnaderna för avtalen beräknades uppgå till totalt 728 000 kr. Vid ingåendet av avtalen fanns således en skyldighet att annonsera. Det saknade betydelse att summan av vad som fakturerats enligt de ingivna fakturorna understeg direktupphandlingsgränsen. De två avtal som målet gällde ogiltigförklarades därför. Överklagandetiden har i skrivande stund, den 11 december 2017, ännu inte gått ut.

## **Sekretess gällde för den upphandlande myndighetens budget**

*Kammarrätten i Göteborgs dom den 24 november 2017 i mål 5186-17*

En person begärde från ett kommunalt bolag ut tre olika budgetbeslut som tagits inför genomförande av tre olika upphandlingar som sedermera avbrutits på grund av att samtliga anbud översteg bolagets budget. Det kommunala bolaget sekretessbelade uppgifter om bl.a. ingående ekonomiska förutsättningar. Bolaget motiverade detta bl.a. med att bolaget hade för avsikt att annonsera upphandlingarna på nytt och att det skulle vara hämmande för konkurrensen och styrande för nivån på anbuden om potentiella anbudsgivare får kännedom om bolagets bakomliggande beräkningar och budget.

Den som begärt ut handlingarna överklagade till kammarrätten, som gjorde följande bedömning. Av 19 kap. 3 § OSL framgår att sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttinghet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Bolaget hade anfört att det hade för avsikt att annonsera upphandlingarna på nytt och att de efterfrågade uppgifterna skulle användas i framtida upphandlingar. Bolaget kunde därmed antas lida skada om de aktuella uppgifterna lämnades ut. Överklagandet avslogs därför. Överklagandetiden har i skrivande stund, den 11 december 2017, inte gått ut.

## KOMMANDE KURSER

### **Grundkurs i offentlig upphandling**

Tid: 29–31 maj 2018

Plats: Vår Gård, Ringvägen 6, Saltsjöbaden

Mer information om SKL:s kurser och möjlighet till anmälan finns på SKL:s hemsida, [www.skl.se](http://www.skl.se) under Ekonomi, juridik, statistik → Juridik → Kurser och konferenser.