

NYARE RÄTTSFALL PÅ UPPHANDLINGSMOMRÅDET AV INTRESSE FÖR UPPHANDLANDE MYNDIGHETER/ENHETER

Anna Ulfsson Forsell / Partner / Head of EU, Competition
and Public procurement

SOI:s årskonferens, Umeå den 26 mars 2014

Agenda

- Statistik angående överprövningar
- Skadebedömning i överprövningsmål
- Prövning av interimistiskt yrkande avseende avtals fullgörande vid överprövning av avtals ogiltighet
- Uteslutning av leverantör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen – beviskrav
- Onormalt lågt anbud – bevisbördans placering
- ”Upphandlingar av samma slag” vid beräkning av kontraktsvärde
- Likabehandlingsprincipen när båda anbudsgivares anbud innehållit brister
- Övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 15 kap. LOU/LUF
- Upphandlande myndighets/enhets vs. anbudsgivares tolkning av skall-krav
- Kort om den pågående utredningen om ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar

Statistik angående överprövningar - minskning

- Under 2013 inkom 3201 överprövningsärenden till förvaltningsdomstolarna.
- Innebar en liten minskning jämfört med år 2012 (3265 överprövningsärenden).
- Antalet överprövningsmål ökade fram till 2010 (3572 överprövningsärenden), därefter har antalet överprövningsmål inte nått upp till 2010 års siffror.
- Viktigt att skilja på antal mål om överprövningar och antal upphandlingar som överprövas – t.ex. kan en och samma upphandling kan vara föremål för flera överprövningar.
- Under 2012 annonserades sammanlagt 19 955 upphandlingar i enlighet med upphandlingsreglerna.
- Under 2012 blev 7 procent av alla upphandlingar som annonserades överprövade. Det är samma andel som under 2010 och 2011.
- Överprövningar är mer än dubbelt så vanligt vid direktivstyrda upphandlingar.

Källor:

Konkurrensverket och Domstolsverket; http://www.konkurrensverket.se/t/Page_9664.aspx

Konkurrensverkets rapport "Siffror och fakta om offentlig upphandling, statistik om upphandlingar som genomförts under 2012, rapport 2013:9 (motsvarande rapport för år 2013 har inte publicerats ännu)

1. HFD 2013 ref. 53 – skadebedömning i överprövningsmål

- Dom den 1 juli 2013
- Första skademålet i HFD.
- Bakgrund:
 - En upphandling genomfördes som ett annonserat förhandlat förfarande. Fyra anbudsgivare deltog.
 - Ansökan om överprövning av en av anbudsgivarna – kritik mot dels val av upphandlingsförfarande, dels hur förfarandet genomförts.
 - Sökanden, eller de andra anbudsgivarna, hade inte fått möjlighet att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud, varför sökanden hade lidit eller riskerat att lida skada.
- FR och KamR ansåg att upphandlingen skulle göras om eftersom sökanden sannolikt lidit skada av det felaktiga förfarandet.

1. HFD 2013 ref. 53 – skadebedömning i överprövningsmål, forts.

- HFD uttalade:
 - Sökanden hade inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande har medfört skada eller risk för skada för bolaget.
 - Inte heller har sökanden konkretiserat på vilket sätt övriga påstådda brister hade medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada.
 - Mot den bakgrunden saknades anledning att göra någon prövning av i vilken mån det funnits utrymme för den upphandlande myndigheten att välja förhandlat förfarande.

1. HFD 2013 ref. 53 – skadebedömning i överprövningsmål, forts.

- Kommentrar till domen:
 - HFD tydliggör att det inte räcker att en leverantör påstår allmän skada ("inte fått möjlighet att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud").
 - Höjer kraven för när en leverantör ska anses riskera att lida skada jämfört med tidigare rättspraxis.
 - Stämmer väl överens med avgörandet i RÅ 2009 ref 69, som innebär att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål, som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Detta gäller också skada (som krävs för ingripande, se 16 kap. 6 § LOU)
 - Har redan och kommer även fortsättningsvis påverka utfallet i många överprövningsmål – stor praktisk betydelse!

2. Mål nr 8147-13 – interimistiskt beslut avseende avtals fullgörande

- Dom den 20 februari 2014
- Bakgrund: ansökan om ogiltighet av avtal samt yrkande om interimistiskt förordnande avseende avtals fullgörande (16 kap. 16 § LOU).
- HFD uttalade:
 - Skillnad mellan interimistiskt beslut under pågående upphandling och detta eftersom domstolens möjlighet att pröva upphandlingen upphör när avtal sluts – sätt för domstolen att skaffa sig tid för att genomföra en överprövning.
 - Möjligheten att överpröva giltigheten av ett avtal upphör emellertid inte vid någon viss tidpunkt.
 - Interimistiskt beslut vid överprövning av avtal ska prövas med ledning av 28 § FPL.
 - Sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen samt beakta vilken betydelse det har för enskilda och allmänna intressen att verkställigheten av ett beslut skjuts upp.

3. HFD 2013 ref. 61 – beviskrav för uteslutning av leverantör pga. allvarligt fel i yrkesutövningen

- Dom den 26 september 2013
- Bakgrund:
 - En anbudsgivare uteslöts ur en upphandling pga. flera års bruk av osanna fakturor.
 - Omprövningsbeslut från SKV, som fastställts av förvaltningsrätts dom.
- Vad gäller frågan om osanna fakturor ansåg HFD:
 - EU-domstolens dom i mål C-465/11, Forposta: begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör.
 - Att delta i förfaranden med osanna fakturor i syfte att bl.a. betala löner till svart arbetskraft måste anses vara ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning från en upphandling.

3. HFD 2013 ref. 61 – beviskrav för uteslutning av leverantör pga. allvarligt fel i yrkesutövningen, forts.

- HFD uttalade gällande beviskrav:
 - Den upphandlande myndigheten ska visa respektive styrka att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.
 - Beslut om uteslutning från en offentlig upphandling kan inte jämföras med övriga beslut som en myndighet fattar inom ramen för sin tillsynsverksamhet etc.
 - Mot den uteslutne leverantörens intressen står den upphandlande myndighetens intresse av att inte behöva sluta avtal med oseriösa aktörer och andra leverantörers intresse av att kunna konkurrera på lika villkor.
 - För uteslutning bör det vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.
 - Bedömningen tog sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet (omprövningsbeslut från SKV som vid den tidpunkten inte ändrats). Rätt att utesluta.

4. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-13 m.fl. – bevisbördans placering vid onormalt lågt anbud

- Dom den 18 oktober 2013
- Bakgrund: ett antal anbud hade uteslutits ut en upphandling pga. onormalt lågt pris.
- Yttrande från Konkurrensverket i förvaltningsrätten samt rapport 2013:6:
 - Den upphandlande myndigheten bör ha bevisbördan för att omständigheterna är sådana att anbudspriset i sig är så lågt att det därmed finns grund för att ifrågasätta dess seriositet.
 - Upphandlande myndigheter är inte skyldiga att acceptera förklaringar om de inte stöds av annan utredning.
 - Bevisbördan för att anbudet är seriöst bör ligga på anbudsgivaren.
 - Upphandlande myndigheter har stor frihet att avgöra om en anbudsgivares förklaringar till sitt anbud ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller trots förklaringarna ska förkastas.

4. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-13 m.fl. – bevisbördans placering vid onormalt lågt anbud, forts.

- Kammarrätten uttalade:
 - Den upphandlande myndigheten har haft skäl för att ifrågasätta offererade priser som seriösa och begära förklaring till dessa.
 - Bedömning om bolagen genom sina förklaringar har visat att de låga anbuden likväl inte hade bort förkastas.
 - Av de skäl som Konkurrensverket angett har den upphandlande myndigheten enligt kammarrättens mening en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller förkastas.
 - Detta medför att kravet på anbudsgivarna får vara högt ställt. Rätt att förkasta!

5. Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2510-13 – ”upphandlingar av samma slag” vid beräkning av kontraktsvärde

- Dom den 4 februari 2014
- En upphandlande myndighet genomförde två upphandlingar med två dagars mellanrum. Det första avtalet avsåg en e-handelsmodul och det andra konsulttjänster med nära samband till upphandlingen av e-handelsmodulen.
- Fråga om hur avtals kontraktsvärde ska beräknas enligt 15 kap. 3 a § LOU
- Kammarrätten uttalade:
 - Samma leverantör kan tillhandahålla varan och tjänsterna.
 - Varan och tjänsterna har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll.
 - Trots att det första avtalet avser en vara och det andra avser tjänster kan avtalen därför anses utgöra ”upphandlingar av samma slag” – summering ska ske vid beräkningen av kontraktsvärdet.

6. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3244-3245-13 – likabehandlingsprincipen när båda anbudsgivares anbud innehållit brister

- Dom den 15 januari 2014
- Bakgrund: Anbudsgivaren på andra plats i utvärderingen ansökte om överprövning, menade att vinnande anbudsgivarens anbud innehöll brister.
- Kammarrätten uttalade:
 - Båda anbuden innehöll brister
 - Eftersom ingen av anbudsgivarna förkastats trots brister i samma krav, har anbudsgivarnas behandlats lika.
 - Inte heller framkommit att någon av de andra principerna i 1 kap. 9 § LOU (1 kap. 24 § LUF) brutits mot.
 - Saknades skäl för ingripande. Avslag.

7. Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3658-13 – övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 15 kap. LOU/LUF

- Dom den 25 oktober
- Bakgrund:
 - Upphandling genomfördes som förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU.
 - Inget av anbuden som inkom ansågs uppfylla alla krav.
 - Den upphandlande myndigheten övergick då till förhandlat förfarande utan föregående annonsering/direktupphandling med stöd av 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU.
- Kammarrätten uttalade:
 - För att kunna använda 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU krävs att upphandlingen genomförts som öppet eller selektivt förfarande.
 - Ingen annan grund för direktupphandling anförts – upphandlingen ska göras om.

8. Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2846-13 – upphandlande myndighets/enhets vs. anbudsgivares tolkning av skall-krav

- Dom den 11 september 2013
- Bakgrund:
 - Inför kontraktsskrivning med vinnande anbudsgivare framkom att parterna hade olika uppfattningar om vad som skulle ingå i ett skall-krav.
 - Upphandlande enheten meddelade då nytt tilldelningsbeslut där tidigare vinnaren uteslöts pga. reservation mot det aktuella kravet.
- Kammarrätten uttalade:
 - Förfrågningsunderlaget ska vara utformat på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt.
 - I regel gäller upphandlande enhetens tolkning av krav ställda i förfrågningsunderlaget, så länge förfrågningsunderlaget är tydligt och otvetydigt.
 - Underlaget klart och tydligt – ingen överträdelse av 1 kap. 24 § LUF. Korrekt agerande av ue!

Utredning om ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar

- Kommittédirektiv (dir. 2013:105) – ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar
- Särskild utredare har tillsatts för att se över rättsmedlen i upphandlingslagarna.
- Övergripande uppdrag:
 - se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, dvs. möjligheten att bl.a. överpröva en upphandling
 - utreda frågan om s.k. temporär direktupphandling
 - utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål
- Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2014.

Utredning om ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar, forts.

- Utredningen ska även:
 - analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna,
 - analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om en domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras,
- Syfte med utredningen: öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol.



Klicka på ikonen
för att lägga till en bild

**Anna Ulfsdotter Forssell / Partner / Head of EU, Competition
and Public procurement**

Telefon 08-677 55 21

Mobil 0709-25 25 03

anna.ulfsdotter-forssell@delphi.se

Advokatfirman Delphi

Regeringsgatan 30–32 / P.O. Box 1432 / SE-111 84 Stockholm / Sweden

Phone + 46 8 677 54 00 / Fax +46 8 20 18 84 / www.delphi.se