

ULFSDOTTER | LAW

Rättsfallen som påverkar dina upphandlingar

Anna Ulfsdotter Forssell, advokat och delägare
och Jonatan Wahlberg, senior specialist

SOI:s årskonferens, Uppsala den 4 april 2019



Ämnen

- Utvärdering i öppet förfarande
- Uteslutning - deltagande i kartell
- Ramavtal – krav att ange ”maxkvantitet”?
- Kontroll av utländska leverantörer
- Golvpriser
- Intressekonflikt
- Avtalsspärr

Utvärdering – EU-domstolens dom den 20 september 2018 i mål C-546/16, Montte SL

- En spansk myndighet upphandlade möbler och bildmaterial genom ett öppet förfarande.
- Anbudsutvärderingen gjordes i successiva steg. Först utvärderades anbudet mot vissa tekniska krav. Endast de anbud som uppnådde en viss minimipoäng i den prövningen gick vidare till utvärdering av övriga tekniska kriterier och av anbudspriset.
- Frågan i EU-domstolen var om en sådan successiv utvärderingsmodell är möjlig i ett öppet förfarande.

Utvärdering – EU-domstolens dom den 20 september 2018 i mål C-546/16, Montte SL

- EU-domstolen svarade **ja!**
- En UM har frihet att utforma upphandlingen efter sina behov (jfr RÅ 2010 ref. 78, Triclosan-målet).
- Bestämmelserna om utvärdering av anbud innebär inget hinder mot att dela upp utvärderingen i två steg i ett öppet förfarande.
- Det finns inga bestämmelser om successiv utvärdering i ett öppet förfarande. Men det betyder inte att det är otillåtet att utforma upphandlingen så.

Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Det är möjligt att dela upp utvärderingen av anbud i ett öppet förfarande i två steg.
- Man kan t.ex. i ett första steg ställa upp vissa tekniska minimikrav och i nästa steg utvärdera pris m.m. bara för de anbud som klarar minimikraven.

Kartell och självrättelse

– EU-domstolens dom den 24 oktober 2018 i mål C-124/17, Vossloh Laeis

- Vossloh Laeis blev år 2016 bötfälld av tyska konkurrensmyndigheten för att fram till 2011 ha deltagit i en kartell på järnvägsområdet.
- Vossloh Laeis deltog 2016 i en upphandling. UE var tveksam till om bolaget var tillförlitligt pga. deltagandet i järnvägskartellen och övervägde att utesluta bolaget.
- Vossloh Laeis hade samarbetat med konkurrensmyndigheten och menade att detta var tillräckligt för att nu kunna visa på s.k. **självrättelse**. Man ville emellertid inte ge in konkurrensmyndighetens beslut till UE.

Kartell och självrättelse

– EU-domstolens dom den 24 oktober 2018 i mål C-124/17, Vossloh Laeis

- Det finns en tidsgräns om tre år från "relevant händelse" i LOU-direktivet. Den tidsgränsen är inte införd i LOU.
- Två frågor i EU - domstolen:
- Är det, för s.k. självrättelse, tillräckligt att leverantören har samarbetat aktivt med konkurrensmyndigheten eller måste leverantören också aktivt samarbeta med UE?
- Vad är den "relevanta händelsen": när det otillåtna konkurrensbegränsande samarbetet ägde rum (2011) eller när det slogs fast att samarbetet varit otillåtet (2016)?

Kartell och självrättelse

– EU-domstolens dom den 24 oktober 2018 i mål C-124/17, Vossloh Laeis

- EU-domstolens svar:
- En UM/UE får kräva att leverantören ska samarbeta aktivt även med UM/UE, såvitt samarbetet begränsas till vad som är absolut nödvändigt för att nå det syfte som avses med UM/ UE:skontroll
- Den ”relevanta händelsen” är den dag då behörig myndighet beslutade om sanktionsåtgärder (dvs. tiden räknas inte redan från när det konkurrensbegränsande samarbetet faktiskt ägde rum).

Slutsatser av domen – viktigt att tänka på

- En leverantör som deltagit i en kartell och vill åberopa självrättelse måste samarbeta både med KKV och UM/UE.
- Tiden räknas från när KKV har fattat beslut, inte när kartellen ägde rum.
- Utgå från direktivets treårsgräns (jfr ESPD - förordningen).

Ramavtal – EU-domstolens dom den 19 december 2018 i mål

C-216/17 – Antitrust och Coopservice

- Den italienska myndigheten ASST Garda ingick 2011 ett ramavtal om renhållningstjänster med **en leverantör** (ATE Ma rka s).
- Ramavtalets löptid var **totalt nio år** och innehöll en **”utvidgningsklausul”** som tillätarton UM att när som helst inträda i avtalet.
- Det fanns inga uppgifter om hur mycket de arton UM skulle kunna komma att avropa.

Ramavtal – EU-domstolens dom den 19 december 2018 i mål C-216/17 – Antitrust och Coopservice

- ASSTValcamonica, en av de arton UM, beslutade i slutet av 2015 att utnyttja klausulen och begära utvidgning av avtalet.
- Den italienska konkurrensmyndigheten och den leverantör, Coopservice, som fram till dess hade haft uppdraget hos Valcamonica, klagade på det beslutet.
- Målet hamnade till slut i EU-domstolen.

Ramavtal – EU-domstolens dom den 19 december 2018 i mål

C-216/17 – Antitrust och Coopservice

- EU-domstolen svarade bl.a. att:
- det är **uteslutet** att de UM som inte har undertecknat ramavtalet **underlåter att ange kvantiteten av de tjänster som kommer att kunna beställas.**
- Domstolen gjorde också uttalanden som skulle kunna tolkas så att när den angivna "maxkvantiteten" är uppnådd, har ramavtalet **inte längre någon verkan** (punkt 61 i domen).

Ramavtal – EU-domstolens dom den 19 december 2018 i mål

C-216/17 – Antitrust och Coopservice

- Måste en IC eller en UM alltid ange vilken kvantitet som maximalt kommer att kunna avropas från ramavtalet?
- Får ramavtalet inte längre användas när den angivna maxkvantiteten överskrids?
- Kanske, men dra inte för stora växlar på det här avgörandet. Det var så speciella omständigheter.

Slutsatser av domen – viktigt att tänka på

- Ju mer precisa uppgifter om kvantitet som kan lämnas i ramavtalsunderlaget, desto bättre. Det är dock fortfarande fråga om uppskattningar.
- Kom ihåg – även av stor vikt för leverantörer!

Kontroll av utländska leverantörer kontra svenska – HFD 2018 ref. 14 – dom den 12 mars 2018

- Migrationsverket (MV) upphandlade tillfälligt boende för asylsökande
- Kontroll skulle göras avseende sociala avgifter, skatter och registrering i bolagsregister. För svenska anbudsgivare skulle MV på egen hand inhämta uppgifterna från Skatteverket och kontrollera dessa. Samma krav gällde för utländska anbudsgivare, men dessa skulle bifoga intyg till sina anbud.
- En leverantör med norsk underleverantör uteslöts eftersom inga intyg var bifogade.
- Denne ansökte om överprövning. FR och KR – upphandlingen ska göras om. I strid med likabehandlingsprincipen.

Kontroll av utländska leverantörer kontra svenska – HFD 2018 ref. 14 – dom den 12 mars 2018

- MV överklagade till HFD, som biföll överklagandet och upphävde KR:s dom. HFD:
 1. Kontrollen är densamma för alla, men
 2. Metoderna för inhämtande skiljer sig åt beroende på om uppgifterna finns i svenska register eller inte.
- Kan inte ens förutsättas att UM har möjlighet hämta in uppgifter från andra länder, eller ens antas känna till varifrån en viss uppgift kan inhämtas.
- Skilda metoder=olikbehandling men sakligt motiverat. MV gjort rätt.

Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Det finns en gräns för principen om likabehandling.
- Rimliga krav på UM.
- HFD har verklighetsförankring.
- HFD visar förståelse.

Golvpriser – HFD 2018 ref. 50

- dom den 25 juni 2018

- Campus Roslagen AB och Roslagsbostäder AB (UM) upphandlade måleriarbeten, öppet förfarande.
- Under rubriken "Prövning av anbud" i underlaget fanns följande krav:

"Anbud med timarvode lägre än 350 kr/ tim för målare kommer inte att antas, eftersom det anses som oskäligt lågt."

- The Andersson Bygg och Måleri AB uteslöts pga. angett ett oskäligt lågt timarvode för målare.
- The Andersson ansökte om överprövning. FR och KR avslog. UM hade gjort rätt.

Golvpriser – HFD 2018 ref. 50

- dom den 25 juni 2018

- Anbudsgivaren överklagade till HFD.
- HFD ansåg att krav på golvpriser förhindrar konkurrens om priset.
- *”Det är inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå (s.k. golvpris) inte kommer att antas .”*
- Bestämmelsen om onormalt låga anbud tillåter inte automatisk uteslutning.
- Golvpriser är i strid med lika behandlingsprincipen. Upphandlingen måste göras om.

Slutsatser av domen – viktigt att tänka på

- Automatisk uteslutning är inte ok, utan det måste göras en prövning i varje enskilt fall.
- Det är tillåtet med fast pris eller fast kostnad där anbudsgivarna konkurrerar om kvalitetskriterier.

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- Polisen upphandlade persondokument och pass, selektivt förfarande LUFS
- Leverantören som ansökte om överprövning menade att det hade förekommit flera otillbörliga kontakter mellan representanter för myndigheten och den vinnande leverantören, som var befintlig leverantör. Bland annat skulle kravutformning ha diskuterats
- Leverantören menade att likabehandlingsprincipen var åsidosatt samt att Polisen hade fri prövningsrätt i och med utvärderingsmodellen

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- Polisen invände att kontakterna skett inom ramen för den löpande avtalsförvaltningen och att inget missgynnande skett. De ifrågasatta personerna hade inte heller haft beslutsmandat i upphandlingen.
- FR avslog ansökan. Konkreta fakta som visade att likabehandlingsprincipen hade åsidosatts så att upphandlingen påverkats fanns inte. De ifrågasatta personerna hade inte sådant inflytande att de skulle ha kunnat förmå alla inblandade att favorisera befintlig leverantör.

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- Leverantören överklagade till kammarrätten och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Påpekade bl.a. att det *saknades erforderliga mötesanteckningar från kontakter med vinnaren*, varför Polisen inte hade lyckats styrka vad som avhandlades på dessa möten.
- KR:
- En **intressekonflikt** innebär en risk för att UM låter sig styras av hänsyn som inte är relevanta i förhållande till kontraktet i fråga och ger företräde åt en leverantör enbart av detta skäl.

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- KR:
- En intressekonflikt kan utgöra åsidosättande av likabehandlings - och transparensprincipen och **UM är skyldig att kontrollera om det föreligger eventuella intressekonflikter samt vidta lämpliga åtgärder**.
- **Bevisbördan** för att av UM utsedda experter agerat partiskt **kan inte åvila den klagande**, dvs. leverantören. Det skulle strida mot den processrättsliga effektivitetsprincipen.

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- KR:
- Om leverantör lägger fram *objektiva omständigheter* som medför att opartiskheten hos en av experterna kan ifrågasättas *ankommer det på UM* respektive domstolen att *undersöka* samtliga relevanta omständigheter för att förhindra, upptäcka och åtgärda intressekonflikter.
- Stark presumtion för att inblandade personers dubbla funktioner inneburit en konkurrensfördel för befintlig leverantör. *Ankommer på UM att visa att likabehandlingsprincipen inte har åsidosatts* .

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- KR:
- Alla som har deltagit i upphandlingsarbetet omfattas av denna bedömning och inte bara de som fattat beslut.
- Enligt eVigilio krävs det inte att de ifrågasatta experterna faktiskt agerat partiskt utan det räcker med att det finns objektiva omständigheter som ger anledning ifrågasätta om alla leverantörer behandlats lika.

Intressekonflikt – KR STO:s dom den 14 maj 2018, mål nr 6449-17

- KR:
- I aktuell upphandling talade omständigheterna för att det fanns en presumtion för att den befintliga leverantören hade fått en konkurrensfördel som snedvridit konkurrensen.
- Det saknades även dokumentation som visade syftet bakom de omfattande kontakterna.
- Polisen hade inte kunnat visa att alla behandlats lika. Skada för sökanden. Upphandlingen skulle göras om.

Slutsatser av domen – viktigt att tänka på

- Alla inblandade omfattas av kontroll avseende intresse - konflikt.
- Viktigt med information till alla.
- Bevisbördan ligger på UM.
- Dokumentation oerhört viktigt!

Avtalsspärr – KR JKP:s dom den 22 november 2018 i mål nr 2051-18

- Falköpings kommun upphandlade projektering och utförande av lekplats och sände ut en underrättelse om tilldelningsbeslutet.
- Lappset Sweden AB begärde att få ut anbuden under avtalsspärren, men detta drog ut på tiden.
- Dagen innan avtalsspärren skulle löpa ut meddelade Falköping i e - post till Lappset att myndigheten avsåg att tillämpa förlängd avtalsspärr till och med visst datum.
- Lappset inkom med ansökan om överprövning inom den förlängda fristen.

Avtalsspärr – KR JKP:s dom den 22 november 2018 i mål nr 2051-18

- FR avvisade ansökan som för sent inkommen.
- Lappset överklagade till KR.
- KR menade att information om en längre avtalsspärr enligt lagen ska anges i **underrättelsen om tilldelningsbeslutet**.
- Falköpings e-postmeddelande var inte en sådan underrättelse och hade inte sänts till alla anbudsgivare. KR avslog överklagandet, dvs. ansökan inte i rätt tid.
- **HFD har den 26 februari 2019 meddelat prövningstillstånd**.

Slutsatser av domen
– viktigt att tänka på

- Information om längre avtalsspärr måste lämnas i ett tilldelningsbeslut.
- Detta nya tilldelningsbeslut måste skickas till alla anbudsgivare.

T a c k f ö r a t t n i l y s s n a d e !

Kom gärna förbi vår monter om ni har frågor eller bara vill prata upphandling.

anna@ulfsdotterlaw.com

+46 72 50 77 300

jonatan@ulfsdotterlaw.com

+46 72 50 77 330

