



ULFSDOTTER | LAW

**De här rättsfallen kommer påverka ditt arbete 2019!**

Anna Ulfsdotter Forssell, advokat och partner, Advokatfirman Ulfsdotter  
Upphandlingsdagarna 15-16 januari 2019, Kistamässan

# Dagens dragning

- Fokus på nyare rättsfall, från Högsta förvaltningsdomstolen och Högsta domstolen, men också något från kammarrätten
- Frågor – i slutet av passet eller sök upp mig efteråt

# Ämnen

- Kontroll av utländska leverantörer kontra svenska
- Golvpriser
- Talerätt
- Direktupphandling
- Intressekonflikt
- Storlek på USA, olika nämnder
- KKV:s kompetens
- Skadestånd



# 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=olikhetsbehandling 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 - domen 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.”*

- TheAndersson Bygg och Måleri AB uteslöts pga. angett ett oskäligt lågt timarvode för målare.
- Ansökte om överprövning. FR och KR avslog. UM gjort rätt.

# Golvpriser – HFD 2018 ref. 50 - domen 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 likabehandlingsprincipen. Upphandlingen måste göras om.



## Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Automatisk uteslutning inte ok, utan en prövning i varje enskilt fall
- Tillåtet med fast pris eller fast kostnad där anbudsgivarna konkurrerar om kvalitetskriterier (artikel 67.2 andra stycket)

# Talerätt – HFD mål nr 502-18 – beslut den 3 maj 2018

- Östersunds kommun upphandlade leverans och installation av membranfilteranläggning.
- Purac AB ansökte om överprövning. FR avslog.
- Purac överklagade till KR, som beslutade om rättelse genom en ny prövning av anbuden. (“Anonymt domslut”)
- Malmberg Water AB:s, dvs. vinnarens, anbud klarade inte ett femårskrav avseende referensobjekt – UE avvikit från obl. krav.

# Talerätt – HFD mål nr 502-18 – beslut den 3 maj 2018

- Vinnaren överklagade KR:s dom till HFD. Frågan – kunde vinnaren överklaga, dvs. hade den talerätt.
- HFD avvisade överklagandet och motiverade:

*”Kammarrättens förordnande om rättelse innebär inte att någon leverantör utesluts från det vidare förfarandet. Inte heller pekas någon ny leverantör ut som vinnare av upphandlingen. Domen kan därför inte anses ha en sådan precis och påtaglig betydelse för ett bolag att det har talerätt.”*

## Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Hur domslutet är formulerat är avgörande för talerätten.
- Olyckligt att domsluten formuleras på olika sätt eftersom det får konsekvenser avseende talerätten.
- Vinnaren kan angripa det nya tilldelningsbeslutet.



# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- Tekniska verken i Linköping AB upphandlade ett centralarkiv
- Tillåten direktupphandling pga. lågt värde, framgick av förfrågningsunderlaget
- Anbuderna skulle utvärderas utifrån en avvägning mellan pris och kvalitet, ”*det vill säga vilka som bäst anses uppfylla (Tekniska verkens) behov och som samtidigt är det mest ekonomiskt fördelaktiga*”
- Sex anbud kom in. Bruynzeel Storage Systems AB ansökte om överprövning.

# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- FR och KR: Otydlig utvärderingsmodell – upphandlingen ska göras om
- Tekniska verken överklagade till HFD.
- Snackis: Om man frivilligt gör mer än vad som behövs – ska man drabbas av det då?
- Ska konkurrensutsättning, som är bra, undvikas, för att slippa risken för överprövning?
- Upprörda känslor

# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- HFD: Direktupphandling=upphandling utan krav på anbud i viss form. Anbud kan vara muntliga eller skriftliga.
- Får välja hur direktupphandling ska göras men de ”allmänna principerna” ska gälla
- HFD: direktkontakt eller annonsering, upphandlingsdokument – ok!
- Inspiration från de direktivstyrda reglerna medför inte att de blir gällande för direktupphandlingen

# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- HFD kom fram till att ”*relevansen och den faktiska innebörden av de olika principerna naturligen varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål*”
- Likabehandlingsprincipen relevant oavsett BGI. Principen om ömsesidigt erkännande undanskymd roll vid icke gränsöverskridande upphandlingar



# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- HFD:
- Om UM eller UE vänder sig till flera i en direktupphandling får de allmänna principerna större praktisk betydelse än om bara vänder sig till en
- Men, trots annonsering inte lika högt ställda krav vid direktupphandling som vid de detaljreglerade förfarandena
- Så, vad sade HFD då om Tekniska verkens direktupphandling och utvärderingsmodell?

# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- HFD: Utvärderingskriterierna allmänt hållna och ger betydande handlingsutrymme, men...
- *”Med hänsyn till att det är fråga om en direktupphandling och att förfrågningsunderlaget inte är utformat så att det öppnar för godtyckliga eller osakliga bedömningar (jfr t.ex. RÅ 2010 ref. 78)....*

# Direktupphandling – HFD mål nr 3830-17 – dom den 19 oktober 2018

- HFD:
- *”... kan Högsta förvaltningsdomstolen dock inte finna att vad leverantören har anfört visar att underlaget har utformats i strid med de allmänna principerna om upphandling.”*
- FR:s och KR:s domar ska upphävas och ansökningen avslås.

## Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- De allmänna principerna gäller också för direktupphandlingar, men i olika hög grad
- Kan inspireras av direktivstyrda regler utan att domstolen kan grunda sitt avgörande på dessa
- Godtyckliga eller osakliga bedömningar godtas inte!



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

- Polisen upphandlade persondokument och pass, selektivt förfarande LUF5
- 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 känna till

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



# Storlek på USA, olika nämnder – HFD mål 122-18, dom den 20 november 2018

- Stockholms stads fastighetsnämnd otillåtet direktupphandlat bullerskyddsskärm.
- KKV ansökt om upphandlingsskadeavgift om 100 000 kronor – försvårande omständighet att Stadens idrottsnämnd tidigare hade gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.
- FR och KR – USA 90 000 kronor, ingen anledning att beakta vad annan nämnd gjort

# Storlek på USA, olika nämnder – HFD mål 122-18, dom den 20 november 2018

- KKV överklagade till HFD
- Även en nämnd kan vara en upphandlande myndighet, avgörande är att den genomför sina upphandlingar självständigt. Staden såg nämnd som en egen upphandlande myndighet
- HFD fäste också avseende vid om nämnden hade egen förvaltning och budget, vilket den hade
- Ingen anledning att beakta vad idrottsnämnden gjort tidigare. USA 90 000 kronor.

## Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Även delar av en kommun eller ett landsting kan vara egna upphandlande myndigheter
- Om genomför sina upphandlingar självständigt och har egen förvaltning och budget
- Översyn kan behöva göras



# KKV:s kompetens – HFD mål nr 1894-17, dom den 10 december 2018

- Konkurrensverket beslutade efter genomförd granskning – inom ramen för ett tillsynsärende – att kommunerna inte får köpa avfallshanteringstjänster utan föregående annonsering från bolaget (Sysav) med stöd av in-house-regeln eftersom verksamhetskriteriet inte var uppfyllt. Enligt Konkurrensverket riktade sig en alltför stor del av verksamheten mot andra än ägarna.
- Kommunerna: ”får inte” = förbud
- Författningsstöd för KKV att förbjuda saknas



# KKV:s kompetens – HFD mål nr 1894-17, dom den 10 december 2018

- KKV:s beslut måste undanröjas.
- FR och KR – avslag. Överklagbart, inom ramarna för KKV:s kompetens.
- Kommunerna överklagade till HFD, som konstaterade att beslutet var överklagbart – det kan antas påverka deras situation på ett inte obetydligt sätt
- KKV har ett tillsynsansvar, får inhämta upplysningar som behövs och kan ansöka om USA. KKV ingen befogenhet att förbjuda agerande. Agerat utanför sin kompetens.

## Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Viktigt att kolla så att tillsynsmyndigheten agerar inom sin kompetens
- Är beslutet överklagbart?



# Skadestånd – Högsta domstolens mål T 1055-18, dom den 27 december 2018

- Spinator ./ FMV
- Vid överprövning i ett mål om upphandling beslutades att upphandlingen skulle göras om. Ett företag som lämnade anbud i den första upphandlingen, men inte i den andra, har inte ansetts ha rätt till skadestånd vare sig för sina kostnader för att upprätta anbud eller för sina kostnader för att föra talan (dvs. ansöka om överprövning) mot det första upphandlingsbeslutet.

# Skadestånd – Högsta domstolens mål T 1055-18, dom den 27 december 2018

- Punkten 30:
- En leverantörs kostnader för överprövning kan alltså, i enlighet med "Fidelia" NJA 2013 s. 762, ersättas såsom skadestånd, om leverantören vinner framgång i förvaltningsprocessen men ändå – som en följd av omständigheter som han inte kan lastas för – inte får några möjligheter att tilldelas kontraktet.
- (Rikspolisstyrelsen avbröt upphandlingen efter rättelsesdomar)

# Skadestånd – Högsta domstolens mål T 1055-18, dom den 27 december 2018

- Punkten 31:
- Detsamma bör, i vissa fall, kunna gälla om förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska göras om men leverantören inte ges möjlighet att delta i ett nytt upphandlingsförfarande.
- Detsamma – dvs. att överprövningskostnader kan ersättas som skadestånd. Frågan är i vilka situationer detta kan tillämpas?

## Slutsatser av domen – viktigt att känna till

- Kostnad för överprövning kan endast i vissa fall ersättas som skadestånd
- Inte tillräckligt att en leverantör vinner en överprövning utan det krävs också något extra, att kontraktet inte tilldelas eller att det är omöjligt att delta i en ny upphandling



# Frågor?

Tack för att ni lyssnade!

[anna@ulfsdotterlaw.com](mailto:anna@ulfsdotterlaw.com)

+46 72 50 77 300

