



OFFENTLIG UPPHANDLING

Avdelningen för offentlig upphandling vid MAQS Law Firm presenterar vårens Nyhetsbrev, som innehåller information om bl.a. skärpt lagstiftning på upphandlingsområdet, upphandling från statliga och kommunala företag samt referat av ny rättspraxis.

Nya rättsmedel m.m.

Vi har tidigare presenterat förslagen till de nya reglerna efter det att finansdepartementet presenterat sin promemoria i september 2009. Sedan dess har lagstiftningsförslagen behandlats i lagrådet och regeringen har därefter presenterat sitt slutliga förslag i proposition 2009/10:180. Genom beslut i riksdagens kammare den 2 juni har regeringens proposition antagits. Detta innebär att lagändringarna börjar gälla från och med den 15 juli i år. Ett övergripande syfte med de nya reglerna är att komma tillrätta med förekomsten av otillåtna direktupphandlingar som anses vara den allvarligaste överträdelsen av upphandlingslagstiftningen.

Avtalsspärr

Lagändringarna innebär att det införs bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter förbjuds att ingå avtal inom en viss tid efter det att underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats ut till berörda anbudssökanden och anbudsgivare. Denna avtalsspärr gäller i tio eller 15 dagar beroende på om tilldelningsbeslutet skickats elektroniskt eller på annat sätt. Den upphandlande myndigheten eller enheten får använda sig av en längre avtalsspärr än den angivna minimittiden.

Avtalsspärr föreslås inte gälla vid tilldelning av kontrakt som rör rikets säkerhet, vid tilldelning av

kontrakt utan föregående annonsering, vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning, samt vid tillåtna direktupphandlingar. En förlängd avtalsspärr ska gälla vid en ansökan om överprövning under handläggningen i förvaltningsrätt, om rätten inte beslutar annat. Detta innebär att vid en ansökan om överprövning till förvaltningsrätt behöver inte den sökande yrka att förvaltningsrätten måste fatta ett interimistiskt beslut. Så länge ansökan inkommit till domstolen innan avtalsspärren löpt ut kan ansökan tas upp till prövning. Här är viktigt att notera att interimistiskt beslut fortfarande krävs vid prövning i kammarrätt och i regeringsrätt.

Ogiltighet av avtal

En annan nyhet i lagändringarna är att avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska kunna förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol. Detta ska kunna ske (1) om avtalet slutits utan att upphandlingen annonserats enligt LOU respektive LUF (2) vid överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr i kombination med viss annan överträdelse och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, samt (3) vid överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Konsekvensen av att ett avtal förklaras ogiltigt är att prestationerna ska återgå. En leverantör som tilldelats ett avtal som sedan förklaras ogiltigt har möjlighet att kräva skadestånd, vilket dock kräver att leverantören varit i god tro.

Upphandlingsskadeavgift

En upphandlande myndighet eller enhet ska enligt lagändringarna kunna påföras en sanktionsavgift

på talan av Konkurrensverket. Upphandlings-skadeavgiften, som enligt det ursprungliga förslaget benämndes Marknadsskadeavgift, kan aktualiseras under följande förutsättningar (1) då en domstol genom lagakraftvunnen dom slagit fast att ett avtal som i sig borde vara ogiltigt ändå ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, (2) då en domstol genom lagakraftvunnen dom slagit fast att ett avtal ska bestå trots att reglerna om avtalsspärr inte iakttagits eller (3) då den upphandlande myndigheten eller enheten slutit avtal utan att iakta reglerna om annonsering i LOU respektive LUF (en s.k. otillåten direktupphandling). Det belopp som kan påföras den upphandlande myndigheten eller enheten föreslås vara minst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Upphandlings-skadeavgiften kan emellertid aldrig överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Regelförenklingar

Utöver nya rättsmedel innehåller de nya reglerna vissa regelförenklingar. Bl.a. ersätts begreppet "lågt värde" enligt 15 kap. LOU/LUF med ett bestämt belopp, ett s.k. direktupphandlingsbelopp. Detta för att göra tillämpningen av tillåtna direktupphandlingar mer likartad mellan olika myndigheter. Beloppet uppgår till 15 % av tröskelvärdet för varor och tjänster i LOU respektive LUF, vilket för närvarande är ca 287 000 kr för LOU och ca 577 000 kr för LUF.

Lagändringarna innebär också viss förenklad bevishantering och en målsättningsbestämmelse avseende ökad användning av miljöhänsyn och sociala hänsyn.

Nya upphandlingsförfaranden

Lagändringarna innebär också att det införs nya upphandlingsförfaranden. Det kommer nu att bli möjligt för de upphandlande myndigheterna respektive enheterna att tillämpa s.k. konkurrenspräglad dialog och elektronisk auktion. Vidare ges en möjlighet att inrätta s.k. inköpscentraler.

Upphandling från statliga och kommunala företag

Regeringen har i propositionen "Upphandling från statliga och kommunala företag" (prop. 2008/09:134) föreslagit att statliga och kommunala myndigheter inte ska behöva tillämpa LOU när de köper varor eller tjänster från ett aktiebolag, eller någon annan juridisk person som

de helt eller delvis äger, är medlem i eller har tillsatt. Riksdagens kammare har genom beslut den 2 juni antagit regeringens proposition. Lagändringen har sin bakgrund i SYSAV-domarna¹ där Regeringsrätten konstaterade att de av EU-domstolen utvecklade Teckal-kriterierna inte kunde tillämpas i Sverige utan stöd i lag. Det var därför inte möjligt för upphandlande myndigheter att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader direkt från hel- eller delägda bolag utan att tillämpa upphandlingsbestämmelserna i LOU.

Undantaget som nu införs gäller endast under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Dessa villkor motsvarar de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som har slagits fast i EU-domstolens rättspraxis. Villkoren innebär dels att den upphandlande myndigheten måste utöva en kontroll över leverantören som motsvarar den som den utövar över sin egen förvaltning, dels att, i fall då leverantören även utför verksamhet tillsammans med någon annan än den upphandlande myndigheten, denna verksamhet endast får vara av marginell karaktär. Om dessa villkor är uppfyllda kommer avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören inte att utgöra ett kontrakt i LOU:s mening. Anskaffningen anses då ske inom en och samma upphandlande myndighet och någon upphandling enligt LOU behöver därmed inte ske.

Lagändringen, som träder ikraft den 15 juli 2010, är tillfällig och lagen upphävs från och med den 1 januari 2013. Frågan om det i ett längre perspektiv är lämpligt med en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna är föremål för utredning². Utredning ska presentera sitt förslag senast den 30 november 2010.

Ny rättspraxis

Skyldigheten att begränsa sin skada

Hovrätten över Skåne och Blekinge har den 22 april 2010 avgjort ett mål avseende skadestånd vid offentlig upphandling³. Målet sträcker sig så långt tillbaka i tiden som till 2002 då dåvarande Skåne läns landsting (nuvarande Region Skåne) genomförde en upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster. Det klagande bolaget gjorde

¹ RÅ 2008 ref. 26

² Dir. 2009:81

³ Mål T 2934-08



gällande att landstinget uppställt ett lokaliseringskrav i strid med lag om offentlig upphandling. Såväl tingsrätt som hovrätt konstaterade att landstinget brutit mot upphandlingsbestämmelserna genom att uppställa det aktuella kravet. När hovrätten slutligen kom att pröva frågan om skadebegränsning var det också ostridigt att klagande bolag skulle erhållit tilldelning i upphandlingen under förutsättning att denna genomförts korrekt. Enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer följer att den som lider skada är skyldig att försöka begränsa densamma med risk för att hela skadan annars inte blir ersatt. Hovrätten kom därför fram till att bolaget, genom att inte ansöka om överprövning, inte visat rimlig aktsamhet för att begränsa sin skada. Bolagets invändningar att dess ställföreträdare befunnit sig på semester förändrade inte denna bedömning. Hovrätten jämkade därför skadeståndet till noll kronor. Domen har överklagats till Högsta domstolen.

Gränsdragning mellan upphandling av byggentreprenad och varukontrakt

Idrottsförvaltningen i Stockholms stad genomförde en förenklad upphandling av totalentreprenad för installation av video/resultattavla på Stockholms Stadion. Ett flertal anbudsgivare begärde överprövning och anförde bl.a. att förvaltningen tillämpat ett felaktigt upphandlingsförfarande genom att beteckna upphandlingen som en byggentreprenad. Frågan är av stor betydelse med tanke på skillnad i tröskelvärden mellan byggentreprenader respektive varor/tjänster. Vid sin bedömning fann kammarrätten att själva video/resultattavlan utgjorde det överordnade inslaget i upphandlingen. Eftersom montering av video/resultattavla inte utgör en byggentreprenad enligt bilaga 1 till LOU, samt med hänsyn till att värdet för video/resultattavlan översteg tröskelvärdet för varor, fann kammarrätten att förvaltningen tillämpat ett felaktigt upphandlingsförfarande (se avgörande från Kammarrätten i Stockholm från den 8 april 2010 i mål 7066-7071-09).

Kontakta gärna oss om ni är intresserade av en skräddarsydd kurs i offentlig upphandling eller om ni vill ha mer information gällande offentlig upphandling eller undrar något i anledning av detta nyhetsbrev.

Göteborg

Advokat Kaisa Adlercreutz
E-post: kaisa.adlercreutz@se.maqs.com
Telefon: +46 31 10 61 31

Jur. kand. Joel Gustafsson
E-post: joel.gustafsson@se.maqs.com
Telefon: +46 31 10 20 28

Advokat Maria Lidbom
E-post: maria.lidbom@se.maqs.com
Telefon: +46 31 10 20 65

Jur. kand. Linda Dahlström
E-post: linda.dahlstrom@se.maqs.com
Telefon: +46 31 763 25 41

Stockholm

Advokat Anders Stening
E-post: anders.stening@se.maqs.com
Telefon: +46 8 407 09 48

Jur. kand. Malin Wallin
E-post: malin.wallin@se.maqs.com
Telefon: +46 8 407 09 26

