

Nyheter (ej Covid-19-relaterade) inom upphandlingsområdet – april och maj 2020

I detta nyhetsbrev ger vi en uppdatering om det senaste inom upphandlingsområdet vad gäller sådant som *inte* har med Covid-19 att göra.¹ Nedan behandlas därför:

- i. att Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) givit den mycket omdiskuterade s.k. Golvprisdomen (HFD 2018 ref. 50) en likaledes omdiskuterad uppföljare;
- ii. möjligheten att upphäva den förlängda avtalsspärren för upphandlingar med flera ingående delar där anbud lämnas in separat; samt
- iii. att det kommit ett avgörande som innebär en skärpning av vad som krävs i form av tydlighet för att bibehålla sekretess för innehållet i ett anbud efter tilldelningsbeslutet.

Uppmärksammat förtydligande kring kravställning rörande prissättning

En upphandlande myndighet får förkasta ett onormalt lågt anbud om inte det låga priset kan förklaras på ett rimligt sätt. I tidigare praxis har dock Högsta förvaltningsdomstolen fastställt att det inte är förenligt med likabehandlingsprincipen att anbud under en viss prisnivå generellt inte kommer att antas, dvs. att ett "golvpris" tillämpas.² Högsta förvaltningsdomstolen har i ett nytt avgörande byggt vidare på denna praxis och förtydligat vad som gäller för vad som närmast kan kallas för "takpriser".³

I nu aktuell upphandling önskade en kommun att upphandla ett ramavtal avseende bland annat vägmarkeringar och asfaltsfräsning. De arbeten som listades i upphandlingsdokumenten var indelade i olika mängdintervall, där leverantörerna skulle ange priset per enhet för dessa intervall. Vid utvärderingen skulle de lämnade priserna multipliceras med angivna mängder, och därefter adderas på ett specifikt sätt för att få fram en summa att jämföra med de andra anbuden.

Den anbudsgivare som erhöll den lägsta jämförelsesumman skulle tilldelas ramavtalet. Anbudsgivarna fick inte ange ett högre pris per enhet för ett större mängdintervall än för samma typ av arbete för ett mindre mängdintervall, något som den klagande anbudsgivaren hade gjort. Den klagande anbudsgivaren menade att kravet hindrade anbudsgivaren att lämna sitt mest fördelaktiga anbud.

Frågan som prövades av HFD var om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att – som obligatoriskt krav – ange nyss nämnda krav. Domstolen fann att – i enlighet med praxis rörande golvpriser – det obligatoriska kravet i nuvarande fall hindrar anbudsgivarna från att fritt prissätta sina anbud eftersom anbudsgivarens pris för ett visst mängdintervall styr det övre pris som får anges för andra mängdintervall avseende samma typ av arbete. Det uppställda kravet hindrar däremot inte leverantörerna att – till skillnad från i HFD 2018 ref. 50 – konkurrera med sina priser och HFD ansåg därför inte att kravet stred mot likabehandlingsprincipen eller reglerna för onormalt låga anbud. HFD godkände därför det av kommunen uppställda kravet.

Värt att notera är att kommunen fick juridiskt stöd från SKL Kommentus för att argumentera i HFD. Från denna sida ses framgången i målet som ett viktigt instrument för att kunna motverka osund strategisk anbudsgivning i form av att priset per enhet kan vara högre i högre kvantiteter än vid lägre kvantiteter. Kritiken mot HFD:s avgörande går ut på att den är alltför kategorisk och att alla liknande situationer där anbudsgivaren själv får styra sin prissättning inte nödvändigtvis leder till att prissättningen är osund. Därutöver att eventuella avarter skulle kunna förhindras med mindre ingående åtgärder än vad HFD:s avgörande innebär.

¹ Vi har tidigare i två nyhetsbrev berört nyheter som föranletts av Covid-19:
<https://www.eversheds-sutherland.com/documents/global/Sweden/Nyhetsbrev-offentlig-upphandling-covid-19.pdf>
och <https://www.eversheds-sutherland.com/documents/global/Sweden/Covid-19-ytterligare%20effekter%20for%20offentlig%20upphandling.pdf>.

² HFD 2018 ref. 50.

³ Högsta förvaltningsdomstolen, dom meddelad den 8 maj 2020 i mål nr. 6102-19.

Avtalsspärr för delar av upphandling där klaganden inte lämnat anbud

En upphandlande myndighet skall i samband med tilldelningsbeslut underrätta anbudsgivarna om avtalsspärr, dvs den tidsperiod som måste passera innan avtal får ingås.⁴ Leverantör som vill ansöka om överprövning måste inkomma med ansökan till förvaltningsrätten under den tid som avtalsspärren löper.⁵ Har sådan ansökan inkommit till förvaltningsrätten i rätt tid förlängs avtalsspärren automatiskt under tiden prövningen pågår i förvaltningsrätten.⁶ Rätten får dock besluta att avtalsspärren inte skall förlängas, men ett sådant beslut skall enbart ske i undantagsfall och med stor försiktighet.⁷ Högsta förvaltningsdomstolen har prövat frågan huruvida en avtalsspärr kan upphävas för de produktkategorier som inte är föremål för en pågående överprövning.⁸

Den upphandling som var föremål för prövning rörde elva produktgrupper av medicinteknisk utrustning i Västra Götalandsregionen. En leverantör som enbart inkommit med anbud för vissa av produktgrupperna yrkade i förvaltningsrätten på överprövning av hela upphandlingen. Den upphandlande regionen yrkade att avtalsspärren skulle hävas för de produktgrupper vilka inte var föremål för överprövning.

Syftet med avtalsspärren är - under tiden för överprövningen - att avtal inte skall ingås innan möjlighet till överprövning ges. Högsta förvaltningsdomstolen uttalar i nu aktuella mål att ett sådant syfte inte urholkas om det är tillåtet att ingå avtal för delar av upphandlingen vilka inte är föremål för överprövning. I det aktuella målet hade dock leverantören ansökt om överprövning av upphandlingen i sin helhet.

Bedömningen av vilken avtalsspärr som skall tillåtas blir i slutändan en avvägning mellan den försiktighet som måste iaktas med beaktande av det faktum att den upphandlande myndigheten kan ingå ett avtal så fort avtalsspärren hävs och det olyckliga i att en upphandling fördröjs genom en grundlös överprövning.

Huvudregeln är att den leverantör som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt skall ange de omständigheter vilka parten grundar sin talan på. En förutsättning för att ett ingripande i upphandlingen skall kunna ske är att parten visar att denne lidit eller riskerar att lida skada av de brister som påtalats.⁹ Högsta förvaltningsdomstolen bedömer i det aktuella målet att leverantören inte gjort sannolikt att denne lidit eller riskerar att lida skada i de delar av upphandlingen leverantören inte deltagit i, eftersom leverantören inte velat ingå avtal i dessa delar.

Efter Högsta förvaltningsdomstolens beslut behöver en klagande leverantör i högre utsträckning precisera varför och på vilket sätt leverantören lidit eller riskerar att lida skada för de produktgrupper eller områden vilka leverantören inte lämnat anbud för men för vilka leverantören ändå ansökt om överprövning.

Förhoppningen är att Högsta förvaltningsdomstolens förtydligande kommer att effektivisera överprövningsprocessen. Avgörandets räckvidd är dock något oklart men avgörandet torde främst omfatta överprövningar som inkluderar produktgrupper eller områden den klagande leverantören inte lämnat anbud för.

Det är tveksamt om avgörandet i sig även innebär en skärpning av att den klagande leverantören - vid bedömning av avtalsspärrens förlängning - behöver precisera hur denne lidit eller riskerar att lida skada för de produktgrupper eller områden denne faktiskt inkommit med anbud för. Dock är det enligt författarnas mening för närvarande en trend hos förvaltningsdomstolarna att klaganden, mycket mer tydligt än tidigare var fallet, behöver precisera att och hur den lider, alt. riskerar att lida, skada. Därför är det alltid ett grundtips för klaganden i en överprövningsprocess att inte uteslutande fokusera på lagöverträdelsen, utan även lägga krut på att redogöra för sin skada/risk för skada. Den är inte längre presumerad av rätten eller implicit inbegripen i ansökan utan behöver beskrivas.

⁴ Denna tidsperiod är minst 10 dagar, 20 kap., 1 §, LOU.

⁵ 20 kap., 11 §, LOU.

⁶ 20 kap., 8 §, LOU.

⁷ Prop. 2009/10:180 s. 126f.

⁸ Högsta förvaltningsdomstolen, beslut meddelat den 1 april 2020 i mål nr. 6536-19.

⁹ 20 kap. 6 § LOU och HFD 2017 ref. 62.

Krav på tydligare motivering vid sekretessbeläggande av uppgift

Kammarrätten i Göteborg har nyligen prövat vilket krav på motivering som ställs på en upphandlande myndighet när denne sekretessbelägger uppgifter i ett anbud. I det aktuella målet motiverade den upphandlande myndigheten (ett kommunalägt bostadsbolag) sekretessbelägandet av vissa begärda handlingar med att *"denna information innehåller uppgifter om enskilda affärs- och driftsförhållanden varpå enskild riskerar att lida ekonomisk skada om dessa uppgifter lämnas ut"*. Någon närmare motivering i sak gavs inte. Den vinnande anbudsgivaren hade inte på förhand begärt sekretess för uppgifter i sitt anbud, men efter att upphandlingen slutförts önskade den vinnande anbudsgivaren att sekretessbelägga *"så mycket som möjligt"*.

Kammarrätten fann att varken den vinnande anbudsgivaren eller den upphandlande myndigheten på ett tillräckligt sätt motiverat varför den vinnande anbudsgivaren kunde antas lida skada av att uppgifterna röjdes. Kammarrätten biföll därför överklagandet och beslutade att de efterfrågade handlingarna skulle lämnas ut i sin helhet.¹⁰ Målet förtydligar och understryker kravet på att den upphandlande myndigheten måste ha, och i ärendet redovisa, en giltig motivering till sitt sekretessbeläggande av uppgifter i ett anbud. Om skada är att den anbudsgivare vars anbud begärts ut inte har preciserat och visat vilken skada denne riskerar att lida, ökar givetvis kravet på myndighetens motivering. Kammarrättens avgörande förtydligar att det inte är tillräckligt att enbart en slentrianmässig allmän hänvisning till att det föreligger risk för skada om uppgifterna lämnas ut.

Ytterligare frågor?

Vi på Eversheds Sutherland bevakar löpande rättspraxis samt myndigheters och andra organs riktlinjer och råd rörande offentlig upphandling. Om du har frågor eller behov av rådgivning rörande offentlig upphandling (med eller utan Covid-19-koppling) är du välkommen att kontakta oss.



Johan Kennemyr

Partner | Public
Procurement, Energy and
Commercial (Stockholm)

Direkt: +46 8 545 322 89

JohanKennemyr@eversheds-sutherland.se



Nina Lagerås

Associate | Public
Procurement and
Commercial (Stockholm)

Direkt: + 46 8 505 989 03

NinaLageras@eversheds-sutherland.se

¹⁰ Kammarrätten i Göteborg, dom meddelad den 24 april 2020 i mål nr. 1019-20.