



Offentlig upphandling

Ny rättspraxis

Avdelningen för offentlig upphandling vid MAQS Advokatbyrå presenterar härmed det andra av 2014 års Nyhetsbrev. Nyhetsbrevet innehåller rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD"), kammarrätterna och EU-domstolen. MAQS redogör i korthet även för nyligen beslutade ändringar i LOU och LUF samt ett motiverat yttrande från EU-kommissionen till Sverige.

Höjda direktupphandlingsgränser

Riksdagen beslutade den 28 maj 2014 om förändringar av regleringen kring direktupphandling. Med verkan fr.o.m. den 1 juli 2014 höjs gränsbeloppet i LOU från 270 964 kronor till 505 800 kronor och i LUF och LUF S från 541 928 kronor till 939 342 kronor. Vid direktupphandlingar som överstiger 100 000 kronor införs ett krav på den upphandlande myndigheten/enheten att dokumentera skälen för sitt beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Upphandlande myndigheter/enheter ska också anta riktlinjer för genomförandet av direktupphandlingar. Det nya kravet på dokumentation ska verka disciplinerande samt ge möjlighet att i efterhand följa hur upphandlingen gått till. Kravet har inte förenats med någon sanktion för underlåtenhet eller något krav på annonsering eller annan konkurrensutsättning, men detta utesluter inte enligt MAQS bedömning att direktupphandlingen kan bli föremål för överprövning. Möjligheten till direktupphandling har således kraftigt ökat men det återstår att se om dokumentationskravet kommer att motverka en sådan utveckling.

Rättspraxis från HFD

Fråga om interimistiskt beslut

HFD har den 20 februari 2014 upphävt ett interimistiskt beslut om att ett avtal inte fick fullgöras. Målet avsåg en överprövning av ett avtals giltighet. Ett interimistiskt beslut under en pågående upphandling har varit ett sätt för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en överprövning. Detta syfte gör sig enligt HFD inte gällande i mål om ogiltigförklaring eftersom möjligheten att överpröva ett avtals giltighet inte upphör vid viss tidpunkt. Sådana situationer ska enligt HFD föranleda samma övervägande som vid interimistiska beslut med stöd av förvaltningsprocesslagen, dvs. att domstolen ska göra en sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och beakta vilken betydelse det har för enskilda och allmänna intressen att verkställigheten av ett beslut skjuts upp. MAQS delar HFD:s uppfattning att behovet av interimistiskt beslut inte är detsamma vid frågan om ogiltigförklaring av avtal som vid andra överprövningar. MAQS anser dock att det utgör en brist i domskälen att HFD utöver de allmänna



uttalandena om sannolikhetsbedömning inte ger någon vägledning för vilka faktorer som kan föranleda ett interimistiskt beslut i denna måltyp. Ogiltigförklaring utgör en relativt nytilkommen sanktionsbestämmelse och HFD:s avgörande riskerar att leda till en alltför restriktiv praxis.

Rättspraxis från kammarrätterna

Avvikelse från rangordning

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 27 februari 2014 ansett att en avropsmodell som medgav avvikelse från rangordning var förenlig med LOU. Den aktuella upphandlingen som gällde SFI-utbildning föreskrev en viss valmöjlighet för den enskilde att välja utbildningsplats mellan upphandlade ramavtalsleverantörer. Möjligheterna att avvika från rangordning begränsas av förarbetsuttalanden. SFI-utbildning omfattas inte av skollagens bestämmelser om skolpeng och eleverna utgör inga vård- eller omsorgstagare. Utgången i målet är inte heller förenligt med tidigare kammarrättspraxis. Exempelvis har Kammarrätten i Stockholm i mål 5418-10 fastställt att avvikelse från rangordning inte var tillåtet beträffande färdtjänster eftersom brukaren saknade lagstadgad rätt till valfrihet. MAQS anser att kammarrättens slutsatser varken har stöd i förarbetena eller i praxis och delar därför inte kammarrättens bedömning i målet.

Fråga om onormalt lågt anbud

Kammarrätten i Stockholm har den 26 februari 2014 beslutat att en upphandlande myndighet saknat möjlighet att utesluta en anbudsgivare. Omständigheterna i målet var att den upphandlande myndigheten begärt ett förtydligande av en anbudsgivare rörande vissa rabattsatser med ett sista svarsdatum. Anbudsgivaren svarade inte inom denna frist varvid anbudet utesluts. Kammarrätten ansåg att en upphandlande myndigheten som haft grund för att ifrågasätta ett anbuds seriositet och som begärt en tydlig förklaring därav normalt bör kunna utesluta en anbudsgivare som inom en rimlig

tidsfrist inte inkommer med svar. Den aktuella upphandlande myndighetens begäran innehöll dock inte något påstående om att anbudet skulle vara onormalt lågt. Det saknades därför möjlighet att utesluta anbudsgivaren på den grunden att anbudsgivaren inte inkommit med svar inom utsatt tidsfrist.

Rättspraxis från EU-domstolen

Preskriptionsfrist

EU-domstolen har den 8 maj 2014 meddelat dom i ett ärende rörande tidsfrister för väckande av talan. Enligt italienska förvaltningsrättsliga bestämmelser skulle en ansökan om överprövning inges 30 dagar efter ett tilldelningsbeslut. I det italienska målet hade en begäran om överprövning inkommit efter denna frist. Frågan var om tidsfristen var förenlig med unionsrätten när ett tilldelningsbeslut inte gav tillräcklig kännedom om de omständigheter som är relevanta för att fatta beslut om en eventuell överprövning. EU-domstolen fastslog att 30-dagarsfristen skulle börja löpa från den tidpunkt då sökanden fick kännedom eller borde ha fått kännedom om den påstådda överträdelsen. EU-domstolen sluter här an till samma domstols avgörande i mål C-406/08 *Uniplex*. Det senare ligger till grund för flera avgöranden i svenska allmänna domstolar rörande den ett-åriga tidsfristen rörande skadeståndstalan som således vid otillåtna direktupphandlingar börjar löpa först när sökanden fått eller borde ha fått kännedom om överträdelsen. Bestämmelserna om ogiltighetstalan föreskriver en preskriptionsfrist om 6 månader från det att avtal slöts. I enlighet med EU-domstolens praxis torde denna frist tolkas på motsvarande sätt som gäller för skadeståndsärenden, dvs. att tidpunkten då 6-månadersfristen börjar löpa inte är definitiv. MAQS känner inte till att frågan prövats rättsligt i svenska förvaltningsdomstolar.



Motiverat yttrande rörande tjänstekoncession

Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU och enligt svensk praxis (HFD 2002 ref. 29) kan det EU-rättsliga kravet på ett effektivt rättsmedel tillgodoses genom en skadeståndstalan. Europeiska kommissionen har i ett motiverat yttrande den 16 april 2014 uppmanat Sverige att se till att det finns möjlighet att verkningsfullt överklaga olagliga tilldelningar av tjänstekoncessioner. Det är kommissionens uppfattning att Sverige bryter mot EU:s regler om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt principen om ett verkningsfullt rättsligt skydd

för den enskildes rättigheter enligt EU-rätten. Kommissionen anser att överträdelsen inte kan lösas genom en korrekt tillämpning av det nya koncessionsdirektivet som ska införlivas i svensk rätt senast den 18 april 2016, eftersom den tidpunkten är för avlägsen för att snabbt och effektivt råda bot på överträdelsen. Om Sverige inte lämnar något tillfredsställande svar inom två månader kan kommissionen gå vidare i ärendet till EU-domstolen. Som alla aktörer i branschen ser MAQS med stort intresse fram emot Sveriges svar. Mot bakgrund av hur svensk praxis utformats går det inte att utesluta att Sverige intar positionen att den svenska rättsordningen är förenlig med de principer som EU-kommissionen menar att Sverige bryter emot.

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.

Stockholm: MAQS Advokatbyrå, Mäster Samuelsg., Box 7009, 103 86 Stockholm, Telefon: 08-407 09 00

Göteborg: MAQS Advokatbyrå, Östra Hamngatan 24, Box 11918, 404 39 Göteborg, Telefon: 031-10 20 30

Malmö: MAQS Advokatbyrå, Nordenskiöldsgatan 8, Box 226, 201 22 Malmö, Telefon: 040-664 26 00

