

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD****DOM**
2019-05-09
Meddelad i KarlstadMål nr
4945-18**SÖKANDE**

Cabonline Region Mitt AB, 556443-4347

Ombud: Advokaterna Markus Garfvé och Fredrik Winroth

MOTPART

Region Örebro län

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 233722

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Örebro län genomför en upphandling av serviceresor (paket13). Regionen har i tilldelningsbeslut den 13 september 2018 antagit Trendtaxi AB som leverantör.

Cabonline Region Mitt AB (bolaget), tidigare Cabonline Region Öst AB, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför i huvudsak följande.

Bolaget har haft ett intresse av att lämna anbud i upphandlingen och har därför rätt att ansöka om överprövning. Bolaget har hämtat ut och noga granskat upphandlingsdokumenten. Ett systerbolag i samma koncern som bolaget har lämnat anbud. Det är dock vanligt förekommande att två systerbolag i samma koncern konkurrerar om samma kontrakt och detta förhållande medför inte att bolaget skulle sakna talerätt.

Regionen har i upphandlingen använt s.k. golvpriser, vilket enligt rättspraxis strider mot likabehandlingsprincipen och det kontradiktoriska förfarandet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU. Alla anbudspriser som understiger golvpriserna ska enligt förfrågningsunderlaget justeras till detta pris, oavsett hur leverantörerna motiverar sin prissättning. Leverantörerna har därmed varit förhindrade att lämna lägre anbudspris än golvpriserna. Bolaget är den ledande aktören i regionen och har därigenom vilja och kapacitet att utnyttja stordriftsfördelar och pressa sina priser. Det medför att bolaget varit villigt att lämna ett lägre anbudspris än golvpriset. Hade bolaget fått lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbudspris hade bolaget troligen tilldelats kontraktet. Bolaget har således i vart fall riskerat att lida skada av regionens användande av golvpriser.

Regionen anser i första hand att ansökan ska avvisas, och i andra hand att ansökan ska avslås.

Regionen anför i huvudsak följande.

Det har inte framkommit att bolaget haft för avsikt att inkomma med anbud i upphandlingen. Bolaget har inte lämnat anbud i någon av regionens senaste upphandlingar. Örebro Läns Taxi (ÖLT) – som är ett systerbolag i bolagets koncern och är det bolag som bedriver koncernens verksamhet gentemot regionen – har inkommit med anbud i upphandlingen. Bolaget ansöker om överprövning eftersom ÖLT:s anbud rätteligen förkastades i upphandlingen och ÖLT därför inte skulle ha någon framgång med en talan mot upphandlingen för egen del. Därigenom försöker bolaget kringgå reglerna om talerätt enligt LOU. Då bolaget inte haft något reellt intresse av att tilldelas uppdraget har det inte rätt att ansöka om överprövning.

De aktuella golvpriserna är tillåtna. Till skillnad från den rättspraxis bolaget hänvisar till har det inte varit ett obligatoriskt krav att anbudspriser inte får understiga golvpriserna. Regionen har i sin utvärderingsmodell klargjort att lägre anbudspriser än golvpriserna kommer att utvärderas som samma belopp som golvpriserna. Det är tillåtet att använda fast pris där aktörerna konkurrerar enbart om kvalitetskriterier. Centralt är då att det finns andra kriterier som gör så att anbudet konkurrensutsätts och att den upphandlande myndigheten utifrån pris och kvalitet kan identifiera det mest fördelaktiga anbudet. För att säkerställa att kvalitetskriterierna får avgörande betydelse har regionen valt att begränsa prisets påverkan genom att definiera ett golvpris. Det har gjorts eftersom det rör sig om en samhällsviktig tjänst där regionen värdesätter kvalitet högre än pris. Bolaget har inte konkretiserat hur det lidit skada. Enbart förekomsten av ett golvpris kan inte vara tillräckligt för att en leverantör ska anses ha lidit skada.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol enligt 20 kap. 4 § LOU överpröva en upphandling.

En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är dock att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2017 ref. 62).

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2018 ref. 50 uttalat att det står i strid med likabehandlingsprincipen att ange att anbud med ett pris under en viss nivå anses oskäligt lågt och inte kommer att antas, d.v.s. att ställa ett obligatoriskt krav på att ett s.k. golvpris inte får underskridas. Onormalt låga priser ska bedömas genom det kontradiktoriska förfarandet enligt LOU i varje enskilt fall, och inte genom automatisk uteslutning.

Högsta förvaltningsdomstolen har vidare bl.a. uttalat följande.

En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Det är därför i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling att ange ett golvpris.

I rättspraxis som följt efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande har det även ansetts strida mot likabehandlingsprincipen att använda golvpris i en utvärderingsmodell där anbud med lägre priser räknas upp till ett golvpris vid utvärderingen, då även detta anses hindra leverantörer från att konkurrera med ett lägre pris (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 december 2018 i mål nr 2666-18).

I artikel 67.2 andra stycket direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) anges att det är möjligt att låta kostnadselementet i ett tilldelningskriterium ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där leverantörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier (se även prop. 2015/16:195 s. 788).

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att bolaget är leverantör på den aktuella marknaden och att bolaget anser sig ha lidit skada till följd av upphandlingens utformning. Bolaget har, under ett tidigare företagsnamn,

laddat ner upphandlingsdokumenten och det har inte framkommit annat än att bolaget haft ett intresse av att delta i upphandlingen och tilldelas kontrakt. Det regionen har anfört om att ett annat bolag i samma koncern har deltagit i upphandlingen medför enligt förvaltningsrättens bedömning inte att bolaget skulle sakna rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen.

Utvärderingsmodellen i upphandlingen beskrivs i punkt 1.13 i förfrågningsunderlaget. Där anges att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn tagen till samtliga utvärderingskriterier kommer att antas. En prisavdragsmodell används där anbudspriset reduceras med erhållna prisavdrag för att få fram ett jämförelsevärde. Anbudet med lägst jämförelsevärde utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I punkt 3.14 i förfrågningsunderlaget anges sex kvalitetskriterier. För varje kriterium tilldelas anbudet från noll till sju poäng, vilket ligger till grund för beräkningen av prisavdrag. Enligt punkt 1.14 i förfrågningsunderlaget har regionen valt att tillämpa golvpriser, vilket innebär att anbudsgivaren inte får lägga anbud med lägre anbudspris lägre än ett visst angivet golvpris. Om anbudsgivaren ändå lägger ett lägre pris kommer golvpriset att gälla som anbudspris. Anbudsgivaren har däremot möjlighet att lägga anbud med högre anbudspris än golvpriset.

Det angivna golvpriset är således kopplat till anbudsutvärderingen, och inte till ett sådant obligatoriskt krav för kvalificering till utvärdering som var föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning i RÅ 2018 ref. 50. Även detta sätt att använda golvpris hindrar emellertid leverantörer från att fullt ut konkurrera med priset vid utvärderingen och kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Anbudsgivare som på goda grunder kunnat lämna ett lägre anbudspris än golvpriset kan vid användandet av en sådan utvärderingsmodell hamna i ett sämre läge än andra anbudsgivare, oavsett anbudens respektive kvalitativa innehåll.

Att begränsa prisets betydelse till förmån för olika kvalitetsaspekter, såsom regionen önskat, torde vara möjligt att uppnå på annat sätt inom ramen för den viktning av tilldelningskriterier som ska ske enligt 16 kap. 6 § LOU. Det är även tillåtet att använda helt fasta priser i en upphandling och låta leverantörerna konkurrera enbart i fråga om kvalitetskriterier. Utvärderingen i den aktuella upphandlingen omfattar dock såväl lämnade anbudspriser som kvalitetskriterier, och kan därmed inte jämföras med användandet av ett fast pris på det sätt som anges i LOU-direktivet.

Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att den utvärderingsmodell regionen använt strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget har anfört att det varit villigt att lämna ett lägre anbud med lägre anbudspris än golvpriset, då bolaget som en ledande aktör i regionen har vilja och kapacitet att utnyttja stordriftsfördelar och pressa sina priser. Eftersom bolaget således till följd av golvpriset inte kunnat konkurrera med sitt mest konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen har bolaget enligt förvaltningsrättens bedömning i vart fall riskerat att lida skada av regionens val av utvärderingsmodell. Då den aktuella bristen i upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Hans-Erik Jonasson

F.d. lagman

Föredragande har varit Erik Ludvigsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.