

KLAGANDE

Everon Sverige AB, 559073-8992

Ombud: Advokat Walter Sköldstam och biträdande jurist Linnéa Larsson

MOTPART

Västerås stad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 28 december 2018 i
mål nr 5795-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Everon Sverige AB yrkar att Västerås stads beslut att avbryta upphandlingen ska upphävas och för fram i huvudsak följande. Det har inte funnits sakliga skäl att avbryta upphandlingen och beslutet står därmed i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Staden anser att överklagandet ska avslås och för fram i huvudsak följande. Rättsfallet HFD 2018 ref. 50 bör uppfattas på så sätt att utvärderingskriterierna strider mot likabehandlingsprincipen genom att full effekt av konkurrens förhindras. Detta är ett sakligt skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen har prövat frågan om en upphandlande enhets rätt att avbryta en pågående upphandling (RÅ 2009 ref. 43) och uttalat bl.a. följande. En upphandlande enhet har skyldighet att upphandla när den avser att anskaffa en vara, en tjänst eller en byggtreprenad. Först då måste den upphandlande enheten öppna sig mot marknaden och söka upp den konkurrens som finns. Enheten har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Av praxis från EU-domstolen framgår att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att det inte får vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-244/02, Kauppatalo Hansel). Det framgår vidare av praxis att en upphandlande myndighets befogenhet att avstå från att fullfölja en upphandling inte är förbehållet undantagsfall eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98, Fracasso och Leitschutz).

Även om omständigheterna i förevarande mål i viss mån skiljer sig från omständigheterna i HFD 2018 ref. 50 rör det sig om närliggande frågor. Båda målen rör en upphandlande enhets möjlighet att reglera, utvärdera eller uppställa krav på priser i anbud. Det kan inte anses stå klart att den utvärderingsmodell som staden använt sig av strider mot gällande rätt i ljuset av det här aktuella avgörandet från HFD. Det står inte heller klart att den är förenlig med avgörandet. Den omständigheten att det är oklart om stadens utvärderingsmodell överensstämmer med gällande rätt är enligt kammarrätten en sakligt godtagbar anledning att avbryta upphandlingen. Det har inte heller i övrigt kommit fram att de grundläggande principerna i unionsrätten åsidosatts. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Cecilia Silfverhjem
kammarrättsråd
ordförande

Eva Gullfeldt
kammarrättsråd
referent

Sara Hemlin
assessor

Tomas Lif
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2018-12-28
Meddelad i Uppsala

Bilaga A
Sida 1 (8)
Mål nr
5795-18 E

SÖKANDE

Everon Sverige AB, 559073-8992

Ombud: Advokat Walter Sköldstam och biträdande jurist Linnéa Larsson
ANNOT Advokatbyrå AB
Skolgatan 1
602 25 Norrköping

MOTPART

Västerås kommun
721 87 Västerås

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 263459

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Smedsgränd 22	018-431 63 00 E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se www.forvaltningsrattenuppsala.domstol.se	018-10 00 34	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerås kommun (kommunen) har genomfört en upphandling benämnd ”Funktion för Trygghetsskapande teknik”, dnr FN 2017/00647-2.6.1. Kommunen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Everon Sverige AB (bolaget). Alfa Kommun & Landsting AB och Tunstall AB har ansökt om överprövning av upphandlingen i mål nr 5271-18 och 5281-18, vilka sedermera vilandeförklarats av förvaltningsrätten.

Kommunen har den 13 september 2018 beslutat att avbryta upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet ska upphävas. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Det föreligger inget sakligt godtagbart skäl till att avbryta upphandlingen. Kommunens skäl att avbryta upphandlingen med hänvisning till att golvpris inte är tillåtet enligt Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2018 ref. 50 träffar inte upphandlingen. I upphandlingen förekommer det inte golvpriser som på något sätt skulle anses som otillåtna.

Aktuellt avbrytandebeslut faller inte inom något av de områden, som framgått av avgöranden från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, då det föreligger saklig grund att avbryta en upphandling. Rättsfallen är inte uttömmande men det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Domen i HFD 2018 ref. 50 kommer sannolikt att påverka val av utvärderingsgrunder för att dessa inte ska vara konkurrensbegränsande innebärande att golvpriser inte kommer att användas när priset är avgörande i utvärderingen i och med att en bedömning ska göras i varje enskilt fall enligt förfarandet som stipuleras i 16 kap 7 § LOU. Domen reglerar dock inte när utvärde-

ringsgrunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet används, vilket öppnar upp möjligheterna att låta utvärderingen ha ett fast pris och att leverantörerna konkurrerar med kvaliteten, jfr prop. 2015/16: 195 s. 788. Konkurrensen mellan leverantörerna kan tillvaratas om andra utvärderingsgrunder tillmäts vikt. I propositionen till LOU framgår det att det är möjligt att låta kostnadselement vara av fastslaget pris och att låta leverantörerna konkurrera med kvalitetskriterier. Detta kommer även till uttryck i artikel 67.2 andra stycket i direktiv 2014/24/EU (upphandlingsdirektivet).

I anbudsfrågan avsnitt 6 framgår det att anbudet kommer att utvärderas med hänsyn till bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Kommunen har beslutat att ge poäng för pris utifrån vilket spann en anbudslämnare hamnar i. Ett anbud som lämnas med totalsumma lika med eller mindre än 7 miljoner kr premieras med 140 poäng medan anbud som är lika med eller mer än 12 miljoner kr inte erhåller någon poäng. Utvärderingsmodellen innebär således inte att lämnat pris under viss nivå per automatik utesluts. Samtliga anbud har även utvärderats utifrån kvalitet, vilken har haft stor betydelse för upphandlingens utgång. Utvärderingsmodellen träffar inte HFD:s rättsfall om s.k. golvpriser. Oaktat vilket pris som en leverantör lämnat, har kommunen bedömt och utvärderat det tillsammans med en kvalitetsbedömning. Något i upphandlingen som utesluter någon per automatik vid lågt pris finns inte samt av inkomna anbud i upphandlingen är det inte heller något anbud som förefallit onormalt lågt, varför 16 kap 7 § LOU inte alls aktualiserats i upphandlingen. Utvärderingsmodellen bygger snarare på takpriser och är helt i linje med rådande lagstiftning samt begränsar inte leverantörerna att konkurrera med priset.

Kommunen valde att avbryta upphandlingen i anledning av HFD:s dom om golvpriser. Någon annan grund för avbrytandet finns inte i beslutet. Kommunens utvärderingsmodell är förenlig med 16 kap. 1 § LOU. Kommunens

argumentation att dess priskriterium för utvärdering står i strid med upphandlingsrättsliga principer saknar stöd.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen har sakligt godtagbart skäl till att avbryta upphandlingen då dess upphandlingsdokument innehåller fel som skulle medföra att en ansökan om överprövning ska bifallas och upphandlingen göras om.

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar i HFD 2018 ref. 50 att ett s.k. golvpris innebär att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra och att det därför skulle strida mot likabehandlingsprincipen att tillämpa sådant. Även om kommunen inte har tillämpat golvpris på så sätt att prissättning understigande en viss lägsta gräns medför att anbudet förkastas, har kommunen uppfattat domen som så, att utvärderingskriterier, där pris satt under viss gräns inte premieras fullt ut, strider mot upphandlingsrättsliga principer. Ett sådant fel i upphandlingsdokumenten utgör sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Är det däremot så, att kommunens utvärderingskriterier, där viss gräns för mervärde vid prissättningen inte premieras, inte strider mot gällande rätt och upphandlingsrättsliga principer, är kommunen av uppfattningen att avbrytandebeslutet ska upphävas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt LOU ingripa mot kommunens upphandling med anledning av de grunder bolaget anför.

Av EU-domstolens praxis framgår att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller situationer då det föreligger tungt vägande skäl. Det finns inte någon skyldighet för en upphandlande myndig-

het att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. En upphandlande myndighet har t.ex. möjlighet att avbryta en upphandling i de fall den inser att den inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En förutsättning för ett avbrytandebeslut är emellertid att beslutet fattats i enlighet med grundläggande gemenskapsrättsliga regler för offentlig upphandling (C-92/00, HI, C- 244/02, Kauppatalo Hansel p. 36, RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Det är enligt domstolspraxis den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakliga skäl för att avbryta en upphandling (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013, mål nr 4691-12).

I EU-domstolens avgörande mål C- 244/02, Kauppatalo Hansel, insåg den upphandlande myndigheten att den på grund av fel som myndigheten gjort tidigare i upphandlingen med hänsyn till upphandlingsdokumentets innehåll inte hade möjlighet att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EU-domstolen fann att en upphandlande myndighet i en sådan situation hade rätt att avbryta upphandlingen under förutsättning att de grundläggande unionsrättsliga principerna, såsom likabehandlingsprincipen, iakttogs.

Kommunen har beslutat att avbryta upphandlingen med hänvisning till att utvärderingsmodellen strider mot LOU med hänsyn till vad som framgår av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2018 ref. 50. Bolaget anser att utvärderingsmodellen i upphandlingen inte träffas av domen ifråga och att upphandlingen således inte är i strid med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. Det saknas därmed sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Kommunen medger att avbrytandebeslutet ska upphävas för det fall utvärderingskriterierna skulle anses vara i enlighet med gällande rätt.

Högsta förvaltningsdomstolen fann i HFD 2018 ref. 50 att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med timarvode under en viss nivå (s.k. golvpris) inte kommer att antas. Domstolen uttalade därvid bl.a. 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 att ange ett golvpris (jfr EU-domstolens avgöranden i målen Lombardini och Mantovani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, Fratelli Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256 samt SECAP och Santorso, C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277).

I upphandlingens anbudsfrågan anges bl.a. följande rörande utvärderingen i den del som avser priset.

Poängsättning för pris A

Alla boendens totalsummor för behovsbilder och totalsumman för å-priser adderas sedan till anbudets totalsumma för pris.

Totalsumman för pris som erhålls för anbudet ges sedan poäng utifrån en linjär poängskala enligt följande:

- Totalsumma lika med eller mindre än 7000000 SEK ges 140 poäng
- Totalsumma lika med eller mer än 12000000 SEK ges 0 poäng

Däremellan ges totalsumma poäng linjärt enligt följande formel:

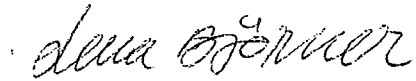
Poäng = $140 * (1 - (\text{totalsumma} - 7000000) / (12000000 - 7000000))$

Enligt kommunens uppfattning är utvärderingsmodellen utifrån Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2018 ref. 50 i strid med gällande rätt medan bolaget anser att modellen inte träffas av domen. I aktuell upphand-

ling föreligger inget obligatoriskt krav på att leverantörens anbud inte får understiga ett visst pris, men istället genereras inget mervärde för priser under en viss nivå. Det kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen i sina domsskäl lade vikt vid att golvpris förhindrar leverantörer att konkurrera med låga priser. I den aktuella utvärderingsmodellen beaktas inte alltför låga priser, vilket måste resultera i motsvarande effekter på konkurrensen. Enligt förvaltningsrättens bedömning strider därmed kommunens utvärderingsmodell på motsvarande sätt mot likabehandlingsprincipen som var fallet såvitt gällde kravet på golvpris i HFD 2018 ref. 50. Det faktum att det enligt artikel 67.2 andra stycket i upphandlingsdirektivet är tillåtet för upphandlande myndighet att föreskriva fast pris - och således enbart konkurrensutsätta upphandlingen enligt kvalitativa kriterier - ändrar inte bedömningen. I en sådan situation missgynnas nämligen normalt inte någon av de leverantörer som i enlighet med uppställda kriterier kan lämna ett särskilt konkurrenskraftiga anbud, till skillnad från i en utvärderingsmodell, där lågt pris faktiskt premieras, men endast till viss angiven nivå.

Kommunen annonserade den 14 mars 2018 den aktuella upphandlingen och anbudstiden gick ut den 31 maj 2018, varefter anbudsöppningen ägde rum nästföljande dag. Den 25 juni 2018 fann Högsta förvaltningsdomstolen i mål nr 5924-17 (HFD 2018 ref. 50) att krav på golvpriser strider mot likabehandlingsprincipen, vilket enligt förvaltningsrättens bedömning även träffar utvärderingsmodellen i den här aktuella upphandlingen. Sedan kommunen fattat tilldelningsbeslut inkom ansökningar om överprövning av upphandlingen, varvid sökanden i ett av målet hänvisade till nämnda avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen. Kommunen hade mot den bakgrunden fog för att avbryta upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning av kommunens avbrytandebeslut ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)



Lena Björner

rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.