



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2015-09-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11432-15

SÖKANDE

Funka Nu AB, 556596-4888

Ombud: Advokat Christofer Morales
Jur. kand. Annika Blomqvist
Advokatfirma DLA Nordic KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
SLL Upphandling
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015 -09- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 643795

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av konsultstöd för kommunikativa tillgänglighetstjänster, SLL 1926. Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 18 maj 2015.

Funka Nu AB (bolaget) yrkar att domstolen ska förordna om rättelse på så sätt att SLL ska genomföra en ny utvärdering och bortse från anbud ingivet av ETU Tillgänglighet AB (ETU).

Till stöd för ansökan anges bl.a. följande. Bolagets anbudspriser är marknadsmässiga. Bolaget, som är en av de största leverantörerna på marknaden av de efterfrågade tjänsterna, har i denna upphandling offererat priser i nivå med de priser som bolaget har offererat i andra offentliga upphandlingar i vilka bolaget också har tilldelats kontrakt, dvs. 1 250 kr. Offererade priser ligger även i nivå med de priser som normalt offererats av leverantörer inom den aktuella branschen. SLL har bevisbördan för att bolagets anbud är olämpligt och måste kunna presentera underlag för en sådan bedömning. SLL har inte visat att bolagets anbud skulle vara olämpligt pga. att priserna skulle vara höga i förhållande till marknadspris. Den undersökning som SLL säger sig ha gjort har inte redovisats. Inte heller framgår det av SLL:s hänvisning till den egna undersökningen vilken typ av tjänst som SLL har funnit vara normalt marknadsmässig eller vilka aktörer som har beaktats. SLL har under förhandlingen uttryckt att offererat pris är oacceptabelt högt och har uppmanat bolaget att sänka det offererade priset. Bolaget förklarade under förhandlingen att de inte var beredda att gå ner i pris om de inte vet omfattningen på projekten. SLL bad då bolaget att återkomma med sitt ”lägsta möjliga rabatterade pris”. Att bolaget under sådana förhandlingar har sänkt offererade priser innebär inte att det tidigare priset inte var marknadsmässigt. Mot bakgrund av att bolagets offererade an-

budspriser är fullt marknadsmässiga är bolagets anbud inte olämpligt och SLL har således saknat grund för att bedöma bolagets anbud som olämpligt.

SLL har ansett sig kunna övergå till ett förhandlat förfarande på den grunden att bolagets anbud är olämpligt. Eftersom bolagets anbud inte är olämpligt och SLL inte har visat att bolagets anbud är olämpligt har det inte funnits någon grund för att genomföra förhandlingen på de av SLL anförda skälen.

Av anbudsinvjudan framgår att upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. Upphandlingen med tillämpning av det öppna förfarandet har inte avbrutits och något beslut om att SLL har övergått från ett öppet förfarande till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har inte meddelats i upphandlingen.

SLL kan inte formlöst övergå till ett nytt förfarande utan ett beslut som medför att den ursprungliga upphandlingen avbryts. Av lagkommentarerna framgår att den tidigare upphandlingen betraktas som avslutad i samband med beslutet att tillämpa det förhandlade förfarandet. Ett beslut som medför att den tidigare upphandlingen avbryts krävs således för att upphandlingen ska avbrytas och ett nytt förfarande inledas. SLL har inte meddelat något beslut att avbryta det öppna förfarandet. Inte heller har något beslut om att tillämpa förhandlat förfarande meddelats. Det öppna förfarandet har således inte avbrutits, utan förhandling och tilldelning av kontrakt har skett inom ramen för det öppna förfarandet. Av den upphandlingsrapport som hör till tilldelningsbeslutet framgår också att upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande. Ett öppet förfarande medger inte någon förhandling.

Efter att SLL prövat bolagets anbud har SLL bjudit in ETU att delta i upphandlingen och genomfört förhandlingar med både ETU och bolaget. Eftersom ETU inte lämnat anbud inom anbudsfristen så är ETU:s anbud att bedöma som för sent inkommet och kan inte beaktas i upphandlingen. Att utvärdera och anta en anbudsgivare som har kommit in med anbud efter sista anbudsdag innebär en överträdelse av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Eftersom det öppna förfarandet alltjämt fortgår har SLL en skyldighet att tillämpa den angivna utvärderingsmodellen. Eftersom SLL inte har redovisat på vilka grunder och på vilket sätt utvärderingen har genomförts saknar bolaget möjlighet att bedöma om utvärderingsmodellen har följts eller inte.

SLL har en skyldighet att lämna insyn i upphandlingen och därigenom möjliggöra efterföljande kontroll av att upphandlingen har gått rätt till. I tilldelningsbeslutet framgår dock endast att ETU ska tilldelas ramavtal med rangordning som nummer ett. Inget sägs om att ETU skulle ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller om skälen till att ETU har rangordnats som nummer ett och bolaget som nummer två. Inte heller framgår av tilldelningsbeslutet och upphandlingsprotokollet vilka anbudsgivarnas utvärderingspriser är. SLL har således varken redovisat anbudsgivarnas genomsnittspris, de bedömningar avseende kvaliteten som ligger till grund för anbudsgivarnas utvärderingspriser eller utvärderingspriserna. Eftersom SLL inte har redovisat hur de har genomfört utvärderingen av de inkomna anbuden, kan bolaget inte kontrollera att utvärderingen har genomförts på ett korrekt sätt utifrån uppställd utvärderingsmodell.

Det är inte möjligt att ändra villkoren för upphandlingen vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt upphandlingsrätten bedöms samtliga ändringar av ett förfrågningsunderlag eller ett kontrakt som hade kunnat påverka någon leverantörs vilja att delta i upphandlingen, eller som

hade kunnat medföra ett annat utfall vid prövning, som väsentliga förändringar. Alla ändringar som hade kunnat inverka på den ursprungliga konkurrenssituationen är att anse som väsentliga ändringar.

Bolaget har på ett klart och tydligt sätt redogjort för den skada som de riskerar att lida till följd av överträdelserna av LOU. Bolaget skulle som enda anbudsgivare vid en korrekt genomförd upphandling, där deras anbud inte ansågs som olämpligt och där förhandlingar med ytterligare inte skett, ha tilldelats kontrakt. Därför lider bolaget skada till följd av att SLL har genomfört förhandlingar med annan leverantör och sedermera tilldelat denna leverantör kontrakt med högre rangordning än bolaget. Bolaget riskerar även att lida skada på den grunden att utvärderingen kan antas ha skett på annat sätt än enligt angiven utvärderingsmodell, då detta kan ha påverkat bedömningen av bolagets anbud negativt.

Att SLL har möjlighet att avbryta upphandlingen om endast en anbudsgivare finns kan inte beaktas inom ramen för detta mål. Det är ett hypotetiskt argument, eftersom något avbrytande de facto inte har skett. Även om ett avbrytande på den grunden skulle ske, skulle SLL då nödgas gå ut i en ny annonserad upphandling där bolaget ges möjlighet att konkurrera om att tilldelas kontrakt såsom högst rangordnad anbudsgivare. Bolaget riskerar således att lida skada om det överprövade tilldelningsbeslutet står sig, eftersom bolaget då inte tilldelas kontrakt som ensam kvalificerad anbudsgivare alternativt inte ges möjlighet att efter avbrytande konkurrera om att tilldelas kontrakt med högsta rangordning.

Stockholms läns landsting (SLL) bestrider bifall till ansökan och anger i huvudsak följande. Upphandlingen genomfördes inledningsvis som ett öppet förfarande. Vid anbudstidens utgång hade endast ett anbud inkommit. Anbudsgivare var bolaget. Av upphandlingsrapporten framgår att bolaget uppfyllde ställda obligatoriska krav. Dock ansågs bolagets anbud vara

olämpligt. Detta medförde att SLL tillämpade förhandlat förfarande utan föregående annonsering i enlighet med 4 kap. 5 § 1 punkten LOU.

Bolagets anbud var olämpligt eftersom anbudspriset var högt i förhållande till marknadspris. SLL har genomfört en undersökning av marknadsmässiga priser och konstaterat att anbudspriset avviker från ett normalt marknadsmässigt pris. I undersökningen har en jämförelse gjorts med priser från andra aktörer på marknaden samt med priser som andra upphandlande myndigheter – både inom och utanför SLL – erhållit. Att priset avviker från normalt marknadsmässigt pris kan även konstateras av att bolaget sänkt sitt pris med 20 procent i förhandlingarna. Priset är trots detta högre än ETU:s pris.

SLL har följaktligen haft möjlighet att tillämpa förhandlat förfarande. För att uppnå konkurrens har SLL förhandlat med två leverantörer. Efter avslutad förhandling har utvärdering gjorts och det kunde konstateras att ETU hade lämnat det mest konkurrenskraftiga anbudet, varför detta bolag rangordnats som nummer ett i upphandlingen. Bolaget, som sänkte anbudspriset, rangordnades som nummer två i upphandlingen.

I och med att upphandlingen genom ett öppet förfarande inte resulterade i några anbud/lämpliga anbud har SLL haft rätt att upphandla genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det är alltså fråga om ett nytt förfarande. I detta förfarande är SLL inte bunden av den utvärderingsmodell som angavs i anbudsinbjudan avseende det öppna förfarandet. Vad som är av vikt enligt lagtexten är att kontraktsvillkoren inte ändras väsentligen. SLL har inte förändrat något krav avseende tjänsten eller omfattningen på något sätt, varför någon förändring av kontraktsvillkoren inte föreligger. SLL har förhandlat med båda leverantörerna och underlaget för förhandlingarna har varit detsamma. Utifrån utfallet av förhandlingarna har ETU:s anbud varit konkurrenskraftigare och mer fördelaktigt än bolagets.

Förhandlingsprotokollen har bifogats tilldelningsbeslutet med upphandlingsrapporten. Detta har lett till den rangordning som finns angiven i tilldelningsbeslutet.

Bolaget lider inte skada och har inte konkretiserat sin skada. SLL är inte enligt 4 kap. 5 § LOU bunden till att förhandla med anbudsgivare i upphandlingen med öppet förfarande. Det kan även noteras att om bolagets anbud varit lämpligt så har SLL möjlighet att avbryta upphandlingen med hänsyn till att en anbudsgivare utgör bristande konkurrens.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ska upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU). Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU.

SLL har vid ett öppet förfarande enligt LOU bedömt bolagets anbud som olämpligt och därför övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering där förhandling skett med ytterligare ett bolag, ETU. SLL har efter förhandling betraktat ETU:s anbud som ekonomiskt mest fördelaktigt.

Frågan i målet är, utifrån vad bolaget har anfört, huruvida det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Av 4 kap. 5 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

I HFD 2008 ref. 35 har en upphandlande enhet beslutat att avbryta en upphandling då det enda kvarvarande anbudet låg utanför kostnadsramarna samt ansåg att det rådde bristande konkurrens med en kvarvarande anbudsgivare. Högsta förvaltningsdomstolen (dåvarande Regeringsrätten) fann att den upphandlande enhetens beslut att avbryta upphandlingen hade motiverats av sakligt godtagbara skäl.

Dessa förhållanden finner förvaltningsrätten gör sig gällande även i förevarande mål. SLL hade således kunnat avbryta upphandlingen med sakligt godtagbara skäl. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det lidit skada eller riskerat att lida skada av att SLL har övergått till ett förhandlat förfarande och inlett förhandling även med dem.

När en upphandlande myndighet övergår till förhandlat förfarande utan annonsering har denna möjlighet motiverats av att den tidigare upphandlingen, trots annonsering, har blivit resultatlös. Den tidigare upphandlingen betraktas som avslutad i samband med beslutet att tillämpa det förhandlande förfarandet. Det var således korrekt av SLL att inte meddela något beslut att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner vidare att den omständigheten att bolaget inte tagit del av något beslut att tillämpa ett förhandlat förfarande inte utgör

skäl för ett ingripande enligt LOU. För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs bl.a. att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada genom det aktuella förfarandet. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte kan anses riskerat att lida skada eller lidit skada av att bolaget inte mottagit något beslut om att tillämpa ett förhandlat förfarande eftersom myndigheten inlett förhandlingar med dem och bolaget således har deltagit i det förhandlade förfarandet.

Av 2 kap. 9 § LOU framgår att med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar med kontraktsvillkoren med dem.

Bolaget och ETU har således inbjudits till en förhandlingsgenomgång med SLL. Mot bakgrund av vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att detta förfarande inte kan anses strida mot principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

SLL har angett att de förhandlat med båda leverantörerna och underlaget för förhandlingarna har varit detsamma samt utifrån utfallet av förhandlingarna har ETU:s anbud varit konkurrenskraftigare och mer fördelaktigt än bolagets.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis att SLL inte är bunden att tillämpa den utvärderingsmodell som var aktuell vid den offentliga upphandlingen enligt öppet förfarande. Det är fråga om ett nytt förfarande när man övergår till ett förhandlat förfarande. Vid förhandlat förfarande förhandlar myndigheten med de inbjudna leverantörerna om kontraktsvillkoren. Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som angetts i målet, att bolagets anbudspris varit högre än ETU:s anbud och att SLL antagit ETU:s anbud med rangordning som nummer ett. Förvaltningsrätten fin-

ner, utifrån vad bolaget har angett, att kontraktsförhandlingen inte har skett i strid med 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och finner inte skäl för ingripande enligt LOU.

Att kontraktsvillkoren inte får ändras väsentligt måste enligt förvaltningsrättens mening innebära att upphandlingens identitet ska vara densamma efter övergången till den förhandlade upphandlingen. Varje omständighet som kan ha bidragit till att presumtiva anbudsgivare i den första och resultatlösa upphandlingen har avstått från att lämna anbud måste bibehållas i den nya förhandlade upphandlingen (jfr Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar* andra upplagan s. 174).

Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit att kontraktsvillkoren har ändrats väsentligen i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därmed heller inte skäl till ingripande enligt LOU på den grunden.

Förvaltningsrätten finner vidare att vad som i övrigt har anförts i målet inte föranleder något ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte är visat att SLL handlat i strid med principerna i 1 kap. 9 § eller någon bestämmelse i LOU. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Peter Andrén

Rådman

Marie Englund har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.