

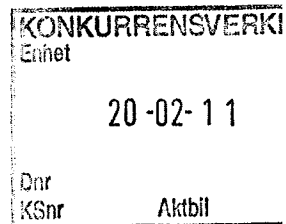


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2020-02-10
Meddelad i Stockholm

Mål nr
22157-19



KLAGANDE

Color off i Stockholm AB, 556360-6523

Ombud: Advokat Karin Söderén och biträdande jurist Miranda Espenäs

MOTPART

Region Stockholm

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Jörgen Skalmerud

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Region Stockholm (SLL) har genomfört upphandling avseende klottersanering (ref. FUT 2019-0335). Upphandlingen har genomförts med öppet förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Den 27 september 2019 beslutade SLL att avbryta upphandlingen.

Color off i Stockholm AB (bolaget) ansöker nu om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet upphävs.

SLL anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

SLL har inte motiverat sitt beslut genom att förklara på vilket sätt utvärderingsmodellen varit felaktigt utformad och varför det inte varit möjligt att räkna ut vilket anbud som var mest fördelaktigt. Det bestrids således att det funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och att utvärderingsmodellen varit felaktigt utformad.

Vad avser utvärderingsmodellen framgår att anbudsgivare ska lämna priser i anbudsformulär. Priserna ska där anges som á-priser och jämförelsesumma har därefter uträknats genom angivna fiktiva mängder. Denna utvärderingsmodell är normalt förekommande i upphandlingar. SLL har inte kunnat visa något underlag som visar att det var korrekt att avbryta upphandlingen. Man har inte heller specificerat vilka prisposter som ska ha lett till att utvärderingsmodellen har allvarliga brister.

Av vad som framkommer menar SLL att endast ett av totalt tolv á-priser (pris angående klottersanering med klotterborttagningsmedel avseende skyltar) eventuellt inte kommer att avropas i lika stor utsträckning som de fiktiva mängderna i prislistan, och att detta skulle medföra att hela utvärderingsmodellen har allvarliga brister på så sätt att skäl för avbrytande av upphandlingen skulle föreligga. Detta är något som bestrids. För det första är det fråga om fiktiva mängder som inte medför att SLL åtagit sig att beställa ett visst antal kvadratmeter klottersanering. För det andra framgår inte att SLL ändå skulle kunna komma att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet genom upphandlingsmodellen. Det påstådda felet skulle således inte ha påverkat tilldelningen i upphandlingen.

Att upphandlingsmodellen gått att manipulera genom att anbudsgivare kunnat välja klottersaneringsmetod är ett direkt felaktigt påstående av SLL. Av upphandlingsföreskrifterna framgår i vilken ordning klottersanering ska ske, i första hand ska en annan klottersaneringsmetod användas (hetvatten) än den som aktuellt á-pris avser (klotterborttagningsmedel). Att bolaget lämnat ett negativt pris på sistnämnda prispost har förklarats till SLL. Bolaget har i den delen lämnat ett strategiskt anbud där bolaget mot bakgrund av erfarenhet bedömt vilka moment som beräknas avropas mer sällan. Detta då bolaget redovisat att man utvecklat saneringsmetod avseende hetvatten. Att lämna strategiska anbud med angivande av negativa priser har accepterats i praxis (se Högsta förvaltningsdomstolens dom HFD 2016 ref. 3 II).

Eventuella mindre felaktigheter i upphandlingsdokumenten utgör inte skäl att avbryta en upphandling. SLL har inte visat att upphandlingsmodellen har sådana brister att det föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Det har genom upphandlingsmodellen tvärtom varit möjligt för SLL att göra en objektiv jämförelse mellan anbuden och anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Eftersom det saknats sakligt skäl att avbryta upp-

handlingen är beslutet i strid med LUF och de upphandlingsrättsliga principerna. Bolaget har lidit skada då man sannolikt skulle ha vunnit upphandlingen om den inte avbrutits.

SLL

Avbrytandebeslutet vilar på sakligt godtagbara skäl

Någon skyldighet att fullfölja en upphandling finns inte (se EU-domstolens dom C-92/00, HI, p. 41). Ett beslut om att avbryta en upphandling behöver inte heller hänföras till undantagsfall eller fall där allvarliga skäl föreligger (se EU-domstolens dom C-27/28, *Metalmecanica Fracasso SpA*, p. 23 och 25). Upphandlande myndighet måste dock iaktta grundläggande gemenskapsrättsliga regler vid avbrytande av upphandling (se EU-domstolens dom C-244/02, *Kauppatalo Hansel*, p. 36). Rättsfallens principiella uttalanden har bekräftats av doktrin på området. Även i svensk praxis har man uttalat att en upphandling får avbrytas om det finns godtagbara skäl gällande bl.a. brister i förfrågningsunderlaget (se bl.a. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2012 i mål nr 93-12 och Kammarrätten i Stockholms dom den 15 juni 2012 i mål nr 4691-12). Föreligger det risk för att förfrågningsunderlag kan tolkas olika och att upphandlande myndighet inte kan utvärdera anbuden objektivt föreligger sakliga skäl att avbryta en upphandling (se Kammarrätten i Göteborgs domar den 15 maj 2015 i mål nr 787-15 samt den 30 januari 2018 i mål nr 6012—6015-17).

Utvärderingsmodellen är allvarligt bristfällig

En upphandlande enhet ska vid upprättandet av ett förfrågningsunderlag inför en upphandling på ett tydligt och transparent sätt definiera enhetens behov för de leverantörer som lämnar anbud. Det är således den upphandlande enhetens behov som styr föremålet för upphandlingen. Vid utformningen av

utvärderingsmodellen är det viktigt att säkerställa att denna återspeglar de intressen som är viktiga i praktiken. Detta är nödvändigt om modellen ska kunna förmå att identifiera det i realiteten ekonomiskt med fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Om upphandlande myndighet upptäcker att utvärderingsmodellen är allvarligt bristfällig är enda möjliga åtgärd att avbryta upphandlingen (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 maj 2015 i mål nr 787-15).

I aktuell upphandling ska anbudsgivare lämna á-priser per kvadratmeter per klottersaneringsmetod. Med tillämpning av vissa fiktiva mängder och uppräkningsfaktorer på de olika posterna räknas en totalsumma fram och det är denna totalsumma som avgör vilket anbud som anses vara det mest fördelaktiga i upphandlingen. Efter att anbudet inkommit blev det uppenbart för SLL att utvärderingsmodellen var allvarligt bristfällig. När de fiktiva mängderna bestämdes hade hänsyn inte tagits till att vissa klottersaneringsmetoder i praktiken inte skulle användas under kontraktstiden. I modellen hade dessa metoder fått en alltför betydelsefull viktning med konsekvenserna att modellen inte förmådde att identifiera det faktiskt mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet i upphandlingen. De allvarliga bristerna i utvärderingsmodellen har möjliggjort för anbudsgivarna att manipulera modellen genom att ange mycket låga, eller till och med negativa, priser på de klottersaneringsmetoder som i realiteten inte kommer att användas och högre priser på de metoder som faktiskt kommer att användas. Under avtalstiden kommer anbudsgivarna i hög grad själva kunna välja klottersaneringsmetod, vilket skulle innebära att vinnande anbudsgivare i praktiken enkelt skulle kunna välja bort de saneringsmetoder där man angivit låga eller negativa priser. Under upphandlingsförfarandet har SLL kommit till insikten att två av klottersaneringsmetoderna som efterfrågas i upphandlingen, klotterborttagningsmedel samt blästring, inte är aktuella då dessa inte kommer användas i prak-

tiken. Dessa metoder borde därför inte varit med i utvärderingsmodellen, genom att dessa metoder var med har anbudsgivare kunnat ange konstlat låga totalpriser.

Om förfrågningsunderlaget har en sådan brist där anbudsgivare kan lämna strategiska priser är detta en omständighet som utgör sakligt skäl att avbryta en upphandling (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 8 april 2014 i mål nr. 471-472-14). Manipulationen omöjliggör en objektiv jämförelse av anbuden och identifiering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen med den nuvarande utvärderingsmodellen. Sökanden har i sitt anbud angivit en prissumma på minus 299 kr på en prispost och erhållit en totalsumma på cirka minus 50 miljoner kronor, vilket skiljer deras anbud med 100 miljoner kronor från näst lägsta anbud. Man har dock lämnat relativt höga priser på de klottersaneringsmetoder som bolaget antar kommer användas i praktiken. Att bolaget skulle betala SLL för att få utföra efterfrågat arbete är otänkbart. Det rättsfall bolaget hänvisa till, HFD 2016 ref. 3 II, avser frågan då en anbudsgivare lämnat onormalt låga anbud, vilket är en annan bedömning än i förevarande mål. Utifrån omständigheterna är det uppenbart att utvärderingsmodellen kunnat manipuleras och att den därför saknar verklighetsförankring. SLL har mot bakgrund av vad som ovan angivits inte kunnat garantera att det i realiteten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle kunna antas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 4 kap. 1-2 §§ LUF anges följande. Upphandlande enheter ska 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. En

upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Frågan i målet är om det varit korrekt av SLL att avbryta aktuell upphandling. Som skäl för att aktuell upphandling skulle avbrytas anförde SLL följande i sitt avbrytandebeslut. Felaktigt utformad utvärderingsmodell som innebär att det inte är möjligt att räkna ut vilket anbud som faktiskt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av 12 kap. 12 § samt 20 kap. 12 § andra stycket LUF framgår att en upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en upphandling. Det framgår dock inte av lagstiftningen i just vilka situationer detta gäller. Vägledning får således finnas i praxis.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett beslut om avbrytande av upphandling inte är förbehållen undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett avbrytandebeslut måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och inte frångå de upphandlingsrättsliga principerna (se RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43 med däri hänvisad praxis från EU-domstolen). En felaktigt utformad utvärderingsmodell, som hindrar upphandlande myndighet från att räkna ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kan utgöra sådant skäl som motiverar att en upphandling ska avbrytas (jfr. EU-domstolens dom C-244/02, Kauppatalo Hansel, p. 36). Det bör dock förstås som att felaktigheten måste ha en viss dignitet för att ett avbrytandebeslut ska anses sakligt grundad.

Av upphandlingsföreskrifterna anges i p. 3.18 att tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med avseende på pris, lägst jämförelsesumma. Med jämförelsesumma avsågs totalsumman av specificerade å-

priser och fiktiva mängder i enlighet med handling (3 Anbudsformulär flik prislista).

Förvaltningsrätten kan konstatera att tilldelningsgrund i den avbrutna upphandlingen var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med lägst totalsumma avseende angivna å-priser för olika prisposter. Utifrån detta anser förvaltningsrätten att utgångspunkten bör vara att utvärderingsmodellen, gällande just prissättning och prisposternas relevans för de tjänster som upphandlas, är av största vikt. Två av metoderna, klotterborttagningsmedel samt blåstring, har SLL anfört vara sådana poster som inte är aktuella och således inte borde ha varit med i utvärderingsmodellen. Denna omständighet är något som bolaget inte har opponerat sig mot. Förvaltningsrätten finner att det får anses vara ett betydande fel att SLL anger två metoder utav sammanlagt fem metoder i prisbilagan som irrelevanta för det som avses upphandlas. Att anbudsgivare dessutom kan ange underpriser, eller som i detta fall, negativa priser avseende de facto irrelevanta poster, men högre priser på andra poster, kan omöjligen avspegla det pris som i realiteten kommer vara aktuellt vid utförandet av det uppdrag som upphandlas. Att på ett objektivt sätt utvärdera de olika anbuden och anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet mot bakgrund av detta kan inte anses som realistiskt. Utvärderingsmodellen har således varit behäftad med sådant fel att SLL haft sakligt skäl att avbryta upphandlingen. Ansökan ska alltså avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Maria L. McMurray

Rådman

Martin Menyes har föredragit målet.



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 försörjningssektorena, 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.