



SÖKANDE

Metrima AB, 556584-0815
Westmansgatan 37 A
582 16 Linköping

MOTPART

Sala-Heby Energi Elnät AB, 556181-3675

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jurist Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorena, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av Sala-Heby Energi Elnät AB:s beslut att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande mot av Sala-Heby Energi Elnät AB genomförda direktupphandlingar. Ansökan avvisas i den del den avser direktupphandlingar genomförda före den 27 november 2017.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Sala-Heby Energi Elnät AB (SHE Elnät) genomförde en upphandling av mätare och mätingsamlingssystem, dnr 2017/05. SHE Elnät meddelade tilldelningsbeslut den 17 november 2017, varvid anbudet från Swemet AB (Swemet) antogs och anbudet från Metrima AB (Metrima) förkastades. Metrima ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten biföll (mål nr 6422-17) delvis Metrimas ansökan och förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att anbudet från Metrima inte förkastades och att ny utvärdering skulle göras.

SHE Elnät har den 18 maj 2018 beslutat att avbryta upphandlingen.

Metrima ansöker om överprövning av SHE Elnäts beslut att avbryta upphandlingen. Vidare ansöker Metrima om ingripande mot SHE Elnäts inköp av mätare från Swemet. Till stöd för sin talan anför Metrima i huvudsak följande.

Upphandlande myndighet har fattat beslut om avbrytande på felaktiga grunder, nämligen för att undvika att Metrima som sökande tilldelas uppdraget. Metrima har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om upphandlingen avbryts kan sökandens anbud inte antas. Metrima har därmed lidit skada.

Upphandlingsdokumenten innehåller inte någon grund för avbrytande. Det av SHE Elnät föregivna skälet till avbrytande är inte giltigt. Utvärdering av anbuden kan mycket väl ske. Att i en upphandling som rör ett ramavtal på ett ospecificerat antal mätare som förväntas uppfylla ett kommande, men ännu icke fastlagt, regelverk ange en exakt specifikation på mätare är inte möjligt. SHE Elnät och leverantörerna måste därför ha utgått ifrån att exakt modell skulle komma att fastläggas under förhandling, samt kunna ändras under avtalets giltighet. Det finns inget krav i upp-

handlingstexten att anbudsgivare ska ange vilken mätare som ska användas, vilket har bekräftats av förvaltningsrätten. Eftersom det specificeras att man vill använda G3-PLC, vilket enligt SHE Elnät har valts för att garantera interoperabilitet mellan olika mätarleverantörer, kan det inte hävdas att en specifik produkt skall utvärderas, utan bara dess uppfyllande av krav i upphandlingen. Eftersom upphandlingen rör ett ramavtal behöver de mätare som skall köpas inte specificeras i minsta detalj. SHE Elnäts påstående i avbrytandebeslutet att man inte kunnat förutse vad skallkrav i upphandling skulle leda till är inte trovärdigt. De skäl som ansetts godtagbara hos kammarrätterna är inte tillämpliga i det aktuella fallet.

SHE Elnät har kringgått LUF genom att köpa mätare under avtalsspärr. Det föreligger inte synnerlig brådska eftersom det finns alternativ (köp av sökanden under gällande avtal) och det regelverk (Energimarknadsinspektionens förslag) som SHE Elnät hänvisar till för "synnerlig brådska" ännu inte börjat gälla. Vidare har SHE Elnät delat upp sina inköp för att komma under den fastställda gränsen för direktupphandling, genom planer på fortsatta köp under följande kalenderår. SHE Elnät bygger uppenbart upp en infrastruktur för mätare från Swemet AB, vilket inte är förenligt med "synnerlig brådska" och inte nödvändigt om fortsatta köp inte planeras. SHE Elnät har inte bara köpt mätare (vilka skulle kunna falla under undantaget "synnerlig brådska", dock utan att göra det) utan också en infrastruktur, parallell till den befintliga. Detta är bara rimligt om planen är långsiktig, nämligen att ersätta samtliga eller en stor del av befintliga mätare med mätare från Swemet AB. Det framgår av fakturor att avtal har tecknats. När korrekta belopp används enligt fakturor uppnås under 2017 ett belopp närmare 1,2 miljoner kronor, vilket är över gränsen för direktupphandling. De inköp som gjorts kan inte betraktas som täckningsköp. Inköpen har varit av samma slag. Upphandlingen omfattar ett system vilket inkluderar mätare, kommunikation, centralsystem m.m. Självklart är programvaran Power EM av samma slag. Detsamma gäller

för programvarulicensen. Mätare och multipunkt ingår tillsammans med systemmjukvara i ett paket. Delarna kan inte användas utan varandra.

SHE Elnät bestrider bifall till Metrimas ansökan och anför i huvudsak följande.

Avbrytandebeslutet har baserats på sakligt godtagbara skäl. Beslutet är inte godtyckligt, utan förenligt med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF (jfr RÅ 2009 ref. 43). Bolaget kan därmed inte heller anses lida eller riskera att lida någon upphandlingsrättsligt relevant skada. Ansökan ska därför avslås.

SHE Elnät har i avbrytandebeslutet redogjort för de sakliga skäl som ligger till grund för beslutet. I förvaltningsrättens dom den 4 maj 2018, mål nr 6422-17 och 6645-17, anges att förvaltningsrättens uppfattning är att det inte funnits något obligatoriskt krav i upphandlingen på att ange de produkter som offereras. SHE Elnät har dock varit av uppfattningen att ett sådant dels fanns i upphandlingen, dels var en förutsättning för upphandlingens genomförande. Utan sådana uppgifter är det praktiskt sett mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att kunna göra en objektiv jämförelse mellan anbuden. Situationen liknar i hög grad de omständigheter som var för handen i Kamrarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6012-6015-17. SHE Elnät har förutsatt att SHE Elnät under upphandlingen skulle få veta vilka produkter som skulle omfattas av ramavtalet. Vad som behöver specificeras i ett ramavtal beror uteslutande på den upphandlande enhetens behov, såsom det uttrycks i upphandlingsdokumenten. Att det är fråga om ett ramavtal saknar betydelse i sammanhanget. Det avsnitt av upphandlingsdokumentet som Metrima hänvisar till, såvitt avser att nya krav och standarder som uppkommer under mätarens livslängd bör uppfyllas, syftar till att produkterna ska vara både lagliga och lämpliga att använda, inte att Metrima ska ha rätt att byta ut produkter efter eget skön.

SHE Elnät tillbakavisar Metrimas påståenden om olika typer av fel och otillbörliga ageranden. Det ska vidare noteras att en upphandling kan avbrytas oavsett om detta föreskrivs i upphandlingsdokumenten eller inte.

När det gäller frågan om direktupphandling anför följande. Om bolagets ansökan ska förstås så att det avser otillåten direktupphandling av kommande leveranser kan SHE Elnät konstatera att något avtal inte har tecknats. Eftersom det inte finns något pågående upphandlingsförfarande, eller något tecknat avtal, är LUF inte tillämplig. Om bolagets ansökan ska förstås som en ansökan om överprövning av avtals giltighet såvitt gäller tidigare inköp, kan SHE Elnät konstatera att inköp som hittills gjorts för det första har understigit direktupphandlingsgränsen och för det andra varit tillåtna med hänvisning till synnerlig brådska orsakad av utdragna överprövningsprocesser (s.k. täckningsköp). Inte heller i detta avseende finns det förutsättningar för förvaltningsrättens ingripande, vilket förvaltningsrätten redan konstaterat i dom den 4 maj 2018 i mål nr 6670-17. Anskaffningar såsom programvarulicens för PowerEM är inte i den mening som avses i 19 kap. 8 § LUF av samma slag som elmätare eller multipunkt och dessutom ska kostnaden rätteligen bokföras under räkenskapsåret 2018, inte 2017. Det serviceavtal som bolaget hänvisar till avser utrustning som inte har med mätupphandlingen att göra.

Flertalet av de inköp som gjorts under 2017 baseras på direktupphandlingar som gjorts tidigare än sex månader räknat från dagen för Metrimas ansökan. För dessa inköp föreligger formella hinder för förvaltningsrättens ingripande. Ansökan ska i dessa delar avvisas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LUF ingripa mot SHE Elnäts upphandling med anledning av de grunder Metrima anfört.

Enligt 4 kap. 1 § LUF ska en upphandlande enhet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LUF anges att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Vid en ansökan om överprövning av upphandling är det den sökande parten som ska ange de omständigheter som denne vill åberopa till stöd för att förutsättningar för ett ingripande är uppfyllda (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Det är den som gör gällande att det föreligger fel i en upphandling som ska påvisa bristerna i upphandlingen.

Metrima har i målet dels gjort gällande att SHE Elnät inte haft saklig grund för att avbryta upphandlingen, dels att SHE Elnät genomfört otillåten direktupphandling av elmätare och andra komponenter till elmätningssystem.

Har SHE Elnät haft rätt att avbryta upphandlingen?

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 myndighet 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 upp-

handling 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.

SHE Elnät har beslutat att avbryta upphandlingen med hänvisning till att förvaltningsrätten i dom den 4 maj 2018, mål nr 6422-17 och 6465-17 i skälen angett att det enligt förvaltningsrättens uppfattning inte funnits något obligatoriskt krav i upphandlingen på att ange de produkter som offereras. Enligt SHE Elnäts uppfattning har ett sådant krav funnits i upphandlingen. SHE Elnät anser vidare att ett sådant krav är en förutsättning för upphandlingens genomförande och att det utan sådana uppgifter är praktiskt mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att göra en objektiv jämförelse mellan anbudet.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har SHE Elnät visat att det med hänsyn till upphandlingsdokumentets innehåll, som det förståts i förvaltnings-

rättens tidigare dom, inte är möjligt för SHE Elnät att utifrån dess förutsättningar och behov anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad Metrima anfört har inte vederlagt denna uppfattning. SHE Elnät hade således sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Har SHE Elnät gjort en otillåten direktupphandling?

Metrima har vidare gjort gällande att SHE Elnät gjort en otillåten direktupphandling då SHE Elnät köpt in mätare och även programvarulicens. SHE Elnät anför häremot bl.a. dels att det är fråga om täckningsköp som ligger under direktupphandlingsgränsen, dels att inköpen är motiverade på grund av synnerlig brådska. Metrima anser att det istället är fråga om att SHE Elnät systematiskt kringgår LUF genom att köpa in ett nytt elmätningssystem under ett stort antal år. Vidare anför Metrima att vid beräkning av direktupphandlingsgränsen också programvarulicensen ska räknas in då den ska anses vara av samma slag som mätarna.

I 20 kap. 4 § LUF anges bl.a. att efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Enligt 20 kap. 17 § LUF ska en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet, som huvudregel, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Enligt 20 kap. 13 § LUF ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 17 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.

I 19 kap. 7 § LUF anges bl.a. följande. Direktupphandling får användas om upphandlingens värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 5–12 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

I 19 kap. 8 § LUF anges följande. Värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten under räkenskapsåret.

I 5 kap. 2 § LUF anges följande. Värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande enhetens uppskattning ska betalas enligt det eller de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande enheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare räknas in i värdet. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

Tröskelvärdet enligt 5 kap. 1 LUF är för i målet aktuella kontrakt på 3 820 645 kr avseende året 2017 (se Tillkännagivande [2017:223] om tröskelvärden vid offentlig upphandling) och på 4 201 678 kr avseende året 2018 (se Tillkännagivande [2018:34] om tröskelvärden vid offentlig upphandling). Direktupphandlingsgränsen enligt 19 kap. 7 § LUF är således 993 368 kr för året 2017 och 1 092 436 kr för året 2018.

Förvaltningsrättens utgångspunkt är att det är det sökande bolaget som har den primära bevisbördan för att det genomförts en otillåten direktupphandling. Det är alltså Metrima som ska tillstålla rätten klargörande bevisning för att SHE Elnät skulle ha genomfört en otillåten direktupphandling.

Metrima har argumenterat för att SHE Elnät avser att kringgå LUF genom att systematiskt inköpa ett nytt mätsystem under täckmantel av årliga täckningsinköp under direktupphandlingsgränserna. Enligt förvaltningsrättens uppfattning har dock inte Metrima kunnat visa varken att det finns ett sådant syfte hos den upphandlande enheten eller att det skulle föreligga ett faktiskt avtal mellan SHE Elnät och dess leverantör. SHE Elnät kan således inte av detta skäl anses ha gjort en otillåten direktupphandling.

Metrima har vidare anfört att SHE Elnät genom inköp passerat direktupphandlingsgränsen och särskilt pekat på SHE Elnäts köp av programvarulicens (faktura nr 1867-00000575). SHE Elnät har häremot anfört dels att programvarulicensen inte är av samma slag som mätarna, dels att den ska bokföras under inköpen för 2018. Förvaltningsrätten konstaterar att Metrima - oaktat om programvarulicensen i LUF:s mening ska anses vara av samma slag som mätarna eller inte – inte visat att programvarulicensen ska bokföras under 2017. Såvitt framkommit bör inte heller det serviceavtal (faktura nr 1867-00000590), som Metrima hänvisat till, räknas till de aktuella inköpen. Inte heller har det i övrigt visats att direktupphandlingsgränsen passerats.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det utifrån den utredning som tillställts rätten inte framgår att Metrima i sina inköp skulle ha passerat direktupphandlingsgränsen. Det kan vidare konstateras att direktupphandlingar som genomförts tidigare än sex månader innan Metrimas ansökan kom in till domstolen inte som sådana kan överprövas. Eftersom ansökan kom in den 27 maj 2018 innebär det att preskription inträtt för direktupphandlingar genomförda före den 27 november 2017.

Förvaltningsrätten anser även i likhet med SHE Elnät att genomförda inköp är motiverade med hänsyn till den synnerliga brådska som uppkommit och att anskaffningen är nödvändig (se 6 kap. 8 § LUF).

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten har funnit att det förelegat sakliga skäl att avbryta upphandlingen. Ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten har inte heller funnit det visat att det förelegat någon otillåten direktupphandling. Metrimas ansökan ska därför även avslås såvitt gäller överprövning av direktupphandlingar. I den del ansökan avser direktupphandlingar genomförda före den 27 november 2017 har preskription inträtt, varför ansökan i nämnda del ska avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Åsberg
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



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 rättstillämpningen.
- 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.

