



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-10-04

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12963-18

SÖKANDE

Nowa Kommunikation AB, 556693-2603
Södra Hamngatan 33
411 14 Göteborg

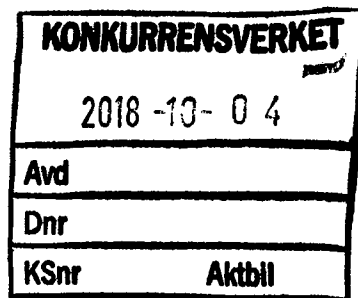
Ombud: Advokat Sophia Spala
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Kammarkollegiet
Box 2218
103 15 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 1008464

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

YRKANDEN M.M.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Kammarkollegiet) genomför en upphandling avseende bl.a. ramavtal för tillhandahållande av mediebyråtjänster till avropsberättigande myndigheter på området förmedling av annonser (dnr 23.3–5032–2017). Vid upphandlingen tillämpas ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och anbuden utvärderas efter pris. Kammarkollegiet har den 30 maj 2018 meddelat tilldelningsbeslut i ärendet och därvid, efter lottning, rangordnat Nowa Kommunikation AB (bolaget) på andra plats.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av Bergström Media Group AB:s (BMG) anbud samt i andra hand att domstolen beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget gör i första hand gällande att Kammarkollegiet har åsidosatt de grundläggande principerna om likabehandling och transparens genom att anta BMG:s anbud trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Bolaget har på grund av detta lidit eller riskerat att lida skada. I andra hand gör bolaget gällande att upphandlingsdokumenten varit så bristfälligt utformade att bolaget inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Upphandlingen har därmed brustit i transparens och likabehandling och har genomförts i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU, på ett sätt som medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, föreligger skäl för förvaltningsrätten att besluta att upphandlingen ska göras om.

Kammarkollegiet bestrider bifall till ansökan på följande grunder. Upphandlingen har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU och

aktuella upphandlingsdokument. Om domstolen ändå bedömer att det krävs ett ingripande mot upphandlingen är rättelse en tillräcklig åtgärd eftersom det konkurrensuppsökande skedet inte har skadats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför först de brister som åberopats som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen.

Vad parterna anför

Bolaget har i denna del anför bl.a. följande. Det hade kunnat offerera ett betydligt lägre pris för det fall Kammarkollegiet inte hade uppställt ett obligatoriskt krav på golvpris. Lägsta möjliga pris med hänsyn till golvpriserna är 1 225 kr, vilket också är det pris som har offererats av både BMG och bolaget. I upphandlingsunderlaget framgår inte att Kammarkollegiet kan komma att begära in förklaringar av ett pris som understiger det aktuella golvpriset. Det faktum att kravet uppställts som obligatoriskt innebär i sin tur att det är praktiskt omöjligt för Kammarkollegiet att iaktta det kontradiktoriska förfarandet i 16 kap. 7 § LOU utan att per automatik bryta mot någon annan bestämmelse i samma lag. För det fall Kammarkollegiet skulle anta ett anbud vars offererade pris understiger golvpriserna hade agerat stått i strid med HFD 2016 ref. 37 I och II och därmed i strid med likabehandlingsprincipen. Detta eftersom Kammarkollegiet hade varit tvunget att förkasta anbud som strider mot de obligatoriska kraven. Under alla omständigheter har en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör inte kunnat förstå, utifrån kravets utformning, att det i upphandlingen har varit tillåtet att konkurrera med lägre priser än de som uttryckligen har uppställts.

Kammarkollegiet invänder i denna del bl.a. följande. Bolaget uppfyller samtliga kvalificerings- och obligatoriska krav samt har lämnat det lägsta möjliga priset i upphandlingen. Bolagets resonemang om att det hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud är svårförståeligt eftersom det redan lämnade anbudet har erhållit högsta möjliga totalpoäng/lägsta pris. Därmed har bolaget lämnat det i teorin och praktiken mest konkurrenskraftiga anbudet. I nu aktuellt mål finns inget obligatoriskt krav eller formulering som medför att anbud kommer att förkastas automatiskt och inget anbud har heller förkastats i upphandlingen. För det fall att bolaget hade inkommit med ett lägre pris än vad som angetts som riktmärke hade Kammarkollegiet

utvärderat anbudet i enlighet med 16 kap. 7 § LOU och därefter tagit ställning till om anbudet skulle ha förkastats eller inte. Kammarkollegiet ställer sig även frågande till om bolaget verkligen hade lämnat ett lägre pris och i vilken mån det hade varit möjligt. Bolaget har i sin förklaring till prismodell visat på hur det avser att uppfylla uppdraget med en vinstmarginal som i sammanhanget får anses vara måttlig. För det fall avropen inte hade överensstämt med den historiska avropsvolymen hade nämligen bolagets blygsamma vinst kunnat resultera i en förlust.

Kammarkollegiet anser vidare att rättsläget var oklart vid tidpunkten för upphandlingens annonsering. Härvid anser kollegiet att Högsta domstolens (HD) resonemang i avgörandet NJA 2016 s. 320 bör beaktas. Upphandlingar med inslag av ett s.k. golvpris är vanligt förekommande inom upphandling. Bolaget synes inte ha haft någon annan uppfattning, i så fall hade bolaget rimligen hade framfört sin inställning redan då upphandlingen annonserades alternativt tidigare under överprövningsprocessen.

Kammarkollegiet anser slutligen att bolaget inte har lidit eller riskerat att lida skada. Det är under inga omständigheter självklart att bolagets anbud hade godtagits om priserna hade understigit de priser som angetts i upphandlingen. Tvärtom hade ett lägre eller mycket lägre pris kunnat resultera i att bolagets anbud efter utvärderingen enligt 16 kap. 7 § LOU hade förkastats. Vidare bör det påpekas att bolagets skada, med beaktande av dess teoretiska resonemang, måste anses svårbedömd. Enligt bolagets resonemang hade även andra anbudsgivare kunnat inkomma med ett lägre anbudspris och bolaget hade därför nödvändigtvis inte tilldelats ramavtal.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) är det i princip inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att anbud med ett timarvode under

en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett sådant krav står i strid med likabehandlingsprincipen. Enligt HFD ska istället ett anbud, som den upphandlande myndigheten uppfattar grundas på ett onormalt lågt pris, i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (HFD:s avgörande den 25 juni 2018 i mål 5924-17).

Kammarkollegiet har i upphandlingen ställt följande krav (upphandlingsdokumentets punkt 5.17). ”Samtliga priser ska fyllas i och anges i SEK. För några av prisposterna nedan finns ett angivet golvpris. Anbudsgivarens offererade pris får inte understiga angivna golvpriser.” Punkten 5.17 är därtill markerad med en symbol som innebär att det fråga är om ett obligatoriskt krav.

Enligt förvaltningsrätten är det uppställda kravet mycket tydligt formulerat och kan inte uppfattas på annat sätt än att anbud med lägre priser än de angivna golvpriserna kommer att förkastas. Att Kammarkollegiet inte uttryckligen angett detta i upphandlingsdokumenten förändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Förvaltningsrätten anser således att Kammarkollegiet, genom att uppställa ett obligatoriskt krav på golvpris, har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU.

Kammarkollegiet har vidare angett att kollegiet – om det hade förekommit anbud med lägre priser än golvpriserna – skulle ha begärt att det låga priset förklarades av leverantören i enlighet med det förfarande som stadgas i 16 kap. 7 § LOU. Det är frågan om ett rent hypotetiskt resonemang, eftersom sådana anbud saknas i upphandlingen. Eftersom det omtvistade kravet är obligatoriskt hade en begäran om förklaring enligt 16 kap. 7 § LOU inte heller kunnat genomföras utan att Kammarkollegiet även i detta

fall hade kommit att bryta mot likabehandlingsprincipen i 4 kap 1 § LOU (jfr rättsfallen HFD 2016 ref 37 I och II).

Kammarkollegiet har även anfört att rättsläget måste anses ha varit oklart vid tidpunkten för upphandlingens annonsering. Av praxis från EU-domstolen framgår emellertid att ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i LOU (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). HFD:s avgörande har därmed endast bekräftat, inte ändrat, rättsläget.

Det rättsfall som Kammarkollegiet hänvisar till – som rör frågan om ett brottmål kan resas av det skälet att rättstillämpningen inte stämmer överens med senare avgöranden i EU-domstolen och HD eller för att HD tidigare avslagit en begäran om att det skulle hämtas in ett förhandsavgörande från EU-domstolen – är inte tillämpligt i målet. Dels för att den fråga som behandlas i HD:s avgörande behandlar ett förändrat rättsläge, dels för att fråga är om resning i ett brottmål, dvs. en fråga som inte är adekvat för bedömningen i detta mål.

Enligt förvaltningsrättens mening framstår det inte som otroligt eller orimligt att bolaget hade erbjudit ett lägre pris om Kammarkollegiet hade underlåtit att ange golvpriser för vissa tjänster. Att såväl bolagets som BMG:s anbud har offererat samma pris i upphandlingen är en indikation på detta. Bolaget har därmed visat att det i vart fall har riskerat att lida skada av det uppställda kravet.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att Kammarkollegiet har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU genom att uppställa krav på

golvpriser. Bolaget har i vart fall riskerat att lida skada av det uppställda kravet. Då bristen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva huruvida det förlegat brister i anbudet från BMG.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR 05).

Ulrika Melin
Chefsrådman

Hampus Bernitz har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

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

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.