



SÖKANDE

Estate Service Management AB, 556755-6187
Strandbergsgatan 61 3tr
112 51 Stockholm

MOTPART

Naturvårdsverket
106 48 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-06-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Estate Service Management AB:s yrkande om att tilldelas uppdraget för upphandlingen.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Naturvårdsverket genomförde en upphandling av Facility Management tjänster (FM-tjänster) genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Två anbudsgivare kom in med anbud i upphandlingen, Sodexo AB (Sodexo) och Estate Service Management AB (Estate) men ingen av dem bedömdes uppfylla de obligatoriska kraven. Förfarandet ändrades därefter till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Genom tilldelningsbeslut den 18 januari 2019 beslutade Naturvårdsverket att anta Sodexo AB:s anbud.

Estate har ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet.

Naturvårdsverket har den 7 februari 2019 beslutat att förkasta Sodexo AB:s anbud och avbryta upphandlingen. Estate har därefter återkallat sin ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet och ansökt om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen.

Estate yrkar att upphandlingen ska fullföljas och att Estate ska tilldelas uppdraget för upphandlingen. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Det finns inte sakliga skäl att hävda bristande konkurrens. Den aktuella upphandlingen ställer höga krav på en leverantör avseende miljövard, proaktivitet hos aktören inom miljöarbete samt engagemang och organisation över ett stort antal tjänsteområden med stor bredd inom varje område. Förfrågningsunderlaget är omfattande och ändamålsenligt och innehåller inga andra sak- eller upphandlingsfel och har involverat ett stort antal aktörer på marknaden.

Efter noggranna förarbeten har upphandlingen gått ut till marknaden för FM-tjänsteleverantörer och det är två aktörer, Estate och Sodexo, som har lämnat in mycket omfattande anbud gällande både pris- samt

kvalitetsinlämningar. Marknaden för denna typ av tjänster har således nåtts under upphandlingens utformande, under anbudstid och det förhandlade förfarandet. Utkomsten efter bedömning av pris och kvalitet är att Estates anbud kvarstår och är därför marknadsmässigt det anbud som kvarstår efter konkurrensutsättning. Estates anbud ligger inom marknadspris för omfånget av tjänster och är därför att betraktas som det konkurrensutsatta vinnande anbudet då ingen annan aktör har kunnat leverera ett anbud som uppfyller miljökrav eller har valt att inte lämna in på grund av bristande konkurrenskraft i teknisk eller yrkesmässig konkurrens hos sig själv eller samarbetspartners eller andra orsaker så som organisatorisk kapacitet.

Estate motsätter sig att den bortre gränsen för bristande konkurrens flyttats av Naturvårdsverket trots att inget ändrats i omständigheterna på marknaden. Bristande konkurrens kan inte presumeras utan måste bedömas. I det förhandlade förfarandet har en gräns satts av Naturvårdsverket efter att de har granskat båda anbuden i sin helhet sett till marknadsvillkoren. Den gränsen ändras inte när Sodexo på flera punkter brutit mot ska-kraven och därefter förkastats av Naturvårdsverket. Därför finns det ingen saklig grund att avbryta upphandlingen med hänsyn till bristande konkurrens. Estate är det enda anbudet som kvarstår inom ramen för vad som bedömts vara i konkurrens med marknaden, och genom att dra tillbaka upphandlingen på osaklig grund garanteras inte likabehandlingsprincipen då allt annat är lika. Om rättelse inte sker riskerar Estate att lida stor ekonomisk skada. Godtyckligt användande, det vill säga utan saklig grund, utan att göra en faktisk bedömning av konkurrenssituationen, såväl av konkurrerande och försvarande leverantörer för att säkra likabehandlingsprincipen, är generellt ett slöseri med både upphandlande myndighets och anbudsgivares tid och resurser.

Naturvårdsverket anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Det fanns sakligt godtagbara skäl för att avbryta

upphandlingen på grund av brister i konkurrens. Praxis från både Högsta förvaltningsdomstolen som EU-domstolen samt avgörande från kammarrätten stödjer det ställningstagandet. Naturvårdsverket bestrider att avbrytandebeslutet är osakligt, ogrundat eller godtyckligt. Som myndighet strävar Naturvårdsverket att vara professionell i sina affärskontakter och att handla enligt legalitetsprincipen. Varför fler aktörer inte valt att lämna in anbud under den tidigare FM-upphandlingen är rena spekulationer från Estates sida. Efter beslutet om avbrytande har Naturvårdsverket för avsikt att så långt det är möjligt förändra underlaget för att öppna upp för ytterligare konkurrens. Naturvårdsverket har tillit till att den förnyade upphandlingen kommer leda till bredare konkurrens och ett affärsmässigt vinnande anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrättens prövningsram

Förvaltningsrätten kan i ett mål om avbrytande av upphandling endast besluta huruvida det överprövade beslutet ska ogiltigförklaras eller inte. Förvaltningsrätten kan inom ramen för detta mål därför inte pröva Estates yrkande om att tilldelas uppdraget för upphandlingen. Yrkandet därom ska därför avvisas.

Rättsliga utgångspunkter

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.

Det finns inte någon bestämmelse i LOU som reglerar när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Det framgår dock av EU-domstolens praxis att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI, punkt 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25).

Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, inte vara godtyckligt och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (se bl.a. C-92/00 - HI, RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Såsom sakligt godtagbara skäl har i praxis ansetts vara bl.a. då endast ett anbud återstår, det vill säga bristande konkurrens (jfr. C-27/98, Francasso och Leitschutz och RÅ 2008 ref. 35).

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Naturvårdsverket har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Naturvårdsverket har omprövat tilldelningsbeslutet och beslutat att upphandlingen ska avbytas på grund av bristande konkurrens då endast en anbudsgivare kvarställt efter prövning av ska-kraven. Förvaltningsrätten konstaterar att detta är en sådan omständighet som godtagits enligt nationell och EU-rättslig praxis (jfr. C-27/98, Francasso och Leitschutz och RÅ 2008 ref. 35). Förvaltningsrätten bedömer att det inte kommit fram skäl att i målet göra någon annan bedömning. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Naturvårdsverket har visat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det har inte heller i övrigt kommit fram att beslutet att

avbryta upphandlingen fattats i strid med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Johan Höök
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Sara Lagergren 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 nyårs-afton, 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.