

KLAGANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171

Ombud: advokaten Nicklas Hansson och juristen Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB

Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 3 april 2017 i mål nr 12281-16,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Berendsen Textil Service AB yrkar att kammarrätten ska ogiltigförklara avbrytandebeslutet och anför följande. Kommunen har inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen och beslutet är inte proportionellt. Förvaltningsrättens dom innebär att en upphandlande myndighet godtyckligt kan avbryta en upphandling med hänvisning till att det inte riktigt blev som

myndigheten hade tänkt sig. Detta trots att resultatet tydligt kan förutses i förfrågningsunderlaget. Givetvis kan det finnas situationer där konsekvenserna av myndighetens misstag får så allvarliga följder att ett avbrytandebeslut blir proportionerligt, men ett påstått misstag i utformningen av förfrågningsunderlaget kan inte per automatik utgöra ett sakligt godtagbart skäl.

Det bör inte vara möjligt för en upphandlande myndighet att avbryta en pågående upphandling med hänvisning till att myndigheten i en överprövningsprocess inte fått bifall till sin talan. En upphandlande myndighet bör inte heller tillåtas att slarva med utformningen av förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen och därefter ha möjlighet att avbryta upphandlingen för att det råkade bli lite fel. Den aviserade utvärderingsmodellen är därtill relevant för aktuella tjänster med hänsyn till hur de upphandlade tjänsterna normalt prissätts och är lämplig i syfte att utse vinnande anbud. Kommunen synes nu mena att avtal ska ingås med den anbudsgivare som lämnat anbud med lägst total kostnad. Det innebär att kommunen vill göra en ny upphandling, avseende samma tjänst och med samma tilldelningsgrund, men med en annan utvärderingsmodell.

Förvaltningsrätten har i domskälen angett att det vinnande anbudet inte ger det affärsmässigt bästa resultatet. Utfallet för avtalet i sin helhet är emellertid avhängigt av hur kommunen kommer att avropa och kan inte förutses med säkerhet. Förvaltningsrätten kan därmed inte på förhand avgöra vilket anbud som ger det affärsmässigt bästa resultatet. Att använda det argumentet för att avbryta en upphandling som avser ett ramavtal utan garanterade volymer kan inte utgöra ett sakligt skäl utan är snarare ett uttryck för godtycke.

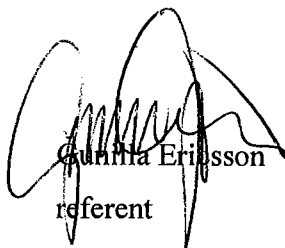
Vid bedömningen av om beslutet är proportionellt måste vägas in att ett flertal leverantörer lagt ner omfattande resurser på sitt deltagande i upphandlingen fram till tidpunkten då kommunen avbröt densamma och att

utvärderingmodellen är lämplig i det aktuella fallet. Vid den bedömningen måste hänsyn även tas till att det inte går att förutse vad kommunen kommer att uppnå genom att avbryta upphandlingen och att den prognostiserade skillnaden inte är tillräcklig för att uppnå erforderlig grad av proportionalitet.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



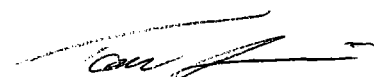
Gunilla Eriqsson
referent



Åsa Ståhl



Maria Bergström



/Tore Arvidsson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2017-04-03
Meddelad i Malmö

Mål nr
12281-16

SÖKANDE

Berendsen Textil Service AB, 556022-4171
Box 17143
200 10 Malmö

Ombud: advokaten Nicklas Hansson och jur.kand. Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Berendsen Textil Service AB:s ansökan om
ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Malmö stad genomför upphandling av ramavtal för avrop av tvättjänster, ref. nr. STK-2014-309. Upphandlingen avser B-tjänst och genomförs med förenklat förfarande. Det totala värdet överskrider tröskelvärdet.

I ett tidigare mål om överprövning av upphandlingen beslutade förvaltningsrätten genom dom den 20 oktober 2016 i mål nr 5879-16 att förordna om rättelse av upphandlingen i fråga om tillämpningen av utvärderingsmodellen.

Malmö stad beslutade därefter, den 15 november 2016, att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet anges bl.a. följande. Förfrågningsunderlagets beskrivning av hur anbudsutvärderingens resultat ska tillämpas uppnår inte erforderlig grad av förutsebarhet och transparens. Under rubrik 3.1. *Beskrivning av utvärderingsmodellen* framgår att "Det anbud med lägst anbudssumma samt uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget kommer att antas. Den leverantör som lämnat anbud med lägst pris kommer att tilldelas kontrakt." Förvaltningsrättens tolkning och tillämpning av anbuds- utvärderingsmodellen leder inte till att det anbud som erbjuder lägst pris för uppdraget vinner upphandlingen, vilket Malmö stad haft för avsikt att säkerställa. Det är inte lämpligt att genomföra en anbudsutvärdering på ett sådant sätt att ett anbud som inte erbjuder lägst pris för uppdraget vinner upphandlingen. En sådan tillämpning av utvärderingsmodellen leder inte till det upphandlingsenheten haft som mål med modellen, dvs. att tilldela kontrakt till den anbudsgivare som lämnat lägst pris för uppdraget.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

Berendsen Textil Service AB (Berendsen) ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet ska ogiltigförklaras. Berendsen anför bl.a. följande. Malmö stad har inte sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Förvaltningsrätten har förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering genomförs i enlighet med den utvärderingsmodell som Malmö stad angett i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget har anbudsgivarna ombetts att ange pris per vecka för hyrgods och pris per styck för cirkulationsgods/kundägt gods, vilket är praxis i branschen avseende hur tjänsterna prissätts. Faktiskt utfall kan inte förutses, eftersom utfallet på avtalet i sin helhet är avhängigt hur Malmö stad kommer att avropa. Den i förfrågningsunderlaget angivna modellen utvisar på ett tydligt och förutsebart sätt lägst pris med hänsyn till hur aktuella tjänster normalt sett prissätts.

Vad Malmö stad anför i fråga om förutsebarhet och transparens ska lämnas utan avseende eftersom förvaltningsrätten genom dom i mål nr 5879-16 fastslagit att förfrågningsunderlaget är transparent och förutsebart. Berendsen har lämnat det lägsta priset enligt den utvärderingsmodell som Malmö stad valt att använda i upphandlingen och ska således tilldelas kontrakt. Att anbudsgivaren med lägst pris inte vinner upphandlingen stämmer bara om Malmö stad bryter mot LOU och i strid mot förvaltningsrättens avgörande tilldelar kontrakt till en annan anbudsgivare än Berendsen.

I den aktuella upphandlingen har det inte begåtts något fel i förhandsbedömningen. Upphandlande myndighet har inte laglig möjlighet att göra om en upphandling som inte fått det resultat man eventuellt önskat, genom att avbryta en pågående upphandling för att inleda en ny. Ett sådant

förfarande är inte förenligt med LOU eller bakomliggande principer. Malmö stad anger i avbrytandebeslutet att staden med "lägsta pris" avsett något annat än vad som blivit utfallet av utvärderingsmodellen. Det framgår också att målet med modellen varit att tilldela kontrakt till den anbudsgivare som lämnat lägst pris för uppdraget. Detta tolkar Berendsen som totalpriset under avtalstiden. Det står därmed klart att Malmö stad vill göra en ny upphandling avseende samma tjänst och med samma tilldelningsgrund, men med en annan utvärderingsmodell. Saklig grund för avbrytande föreligger därför inte.

Avbrytandebeslutet utgör en överträdelse av LOU och bakomliggande principer. Berendsen lider skada av överträdelsen eftersom ett fullföljande av upphandlingen skulle ha resulterat i att avtal tecknas med Berendsen.

Malmö Stad anser att Berendsens ansökan ska lämnas utan bifall och anför bl.a. följande. Det finns inte skäl till ingripande enligt LOU. I beskrivningen av utvärderingsmodellen anges att "Det anbud med lägst anbudssumma samt uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget kommer att antas. Den leverantör som lämnat anbud med lägst pris kommer att tilldelas kontrakt."

I avsnittet används både begreppet lägst anbudssumma och begreppet lägsta pris. Meningarnas utformning har visat sig medföra att erforderlig grad av förutsebarhet och transparens inte uppnås i förfrågningsunderlaget. Vid domstolsprövningen har utformningen lett till att domstolen gjort en annan tolkning än den staden gjort avseende vilket av anbuden som har erbjudit lägst pris. Domstolen baserar sin bedömning på den första meningen, vilket leder till att det antagna anbudets totalpris beräknas på en totalsumma för tvätttjänsten per vecka avseende tre delområden och en totalsumma per år avseende två delområden. Stadens uppfattning är att en summering av pris

per vecka för tre delområden och pris per år för två delområden inte fastställer det lägsta priset för uppdraget.

Stadens avsikt – vilket framgår under rubriken Grund för tilldelning av kontrakt – har varit att tilldela kontrakt till den anbudsgivare som lämnat anbud med lägst pris. Staden baserar sin metod för utvärdering på den andra meningen; ”Den leverantör som lämnat anbud med lägst pris kommer att tilldelas kontrakt.” Denna metod medför att den anbudsgivare som lämnat anbudet med lägst pris – dvs. ett totalpris för ett år respektive fyra år, som beräknats på tvättjänstens samtliga fem del- områdens totalsummor *per år* – tilldelas kontrakt.

Vid anbudsberäkningen har staden tillämpat en beräkning som innebär att de tre delområden som har en prissättningsstruktur som anger delområdets totalsumma för en vecka multipliceras med 52 så att delområdets pris anges per år. Beräkningen medför att samtliga fem delområdets totalsumma anger pris per år. Den matematiska formeln för att erhålla jämförbara storheter har inte beskrivits i förfrågningsunderlaget. För staden har det varit givet att summering inte kan föras med olika kvantiteter – veckopriser respektive årspriser – om ett lägsta pris ska fastställas.

Stadens bedömning är att den enda rimliga lösningen, för att korrigera tvetydigheten i förfrågningsunderlaget, är att göra om upphandlingen. I ett nytt förfrågningsunderlag kan en beskrivning av utvärderingsmodellen tillföras, som inte lämnar något utrymme för tolkning. Då kan även den matematiska formel som resulterar i att ingående värden blir jämförbara beskrivas.

Staden har inte insett att utvärderingsmetoden kunnat tolkas på det sätt som förvaltningsrätten gjort. Upphandlingen måste avbrytas då en tillämpning av förvaltningsrättens beslut, i form av rättelse, skulle leda till att staden inte

tilldelar kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat anbud med lägst pris. Även utifrån ett likabehandlingsperspektiv måste upphandlingen göras om med en tydligare metodbeskrivning. Något annat än att tilldela kontraktet till den anbudsgivare som lämnat anbud med lägst pris för hela uppdraget (fyra år) vore affärsmässigt inkorrekt samt i strid med lagstiftarens syfte med utvärderingskriteriet "lägsta pris".

Berendsen invänder bl.a. följande. Förvaltningsrätten har konstaterat att förfrågningsunderlaget inte är transparent om veckopriserna i strid med lydelsen ska räknas upp till årspriser. Att det skulle vara transparent och förutsebart att lägst pris ska avse den totala kostnaden för hela avtalet är således oriktigt. Det utifrån vad utvärderingsmodell relevanta lägsta priset är den lägsta anbudssumman. Eftersom det inte finns några tvetydigheter i förfrågningsunderlaget är det inte ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen med hänvisning till att det skulle föreligga sådana tvetydigheter. Eftersom den totala slutliga kostnaden är beroende av hur de olika tjänsterna avropas är det inte heller ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen för att det lägsta priset enligt utvärderingsmodellen inte motsvarar den totala slutliga kostnaden eller för att Malmö stads syfte inte uppfylls av den av Malmö stad utformade utvärderingsmodellen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det finns inte någon bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, som reglerar när en myndighet har rätt att avbryta en upphandling. Det framgår dock av såväl EU-rättslig som nationell praxis att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en inledd 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). Myndigheten får anses ha ett

stort utrymme för att göra bedömningar avseende när den vill avbryta en upphandling.

Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43). Sakliga skäl att avbryta en upphandling kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). En upphandlande myndighet har också möjlighet att, efter domstols beslut om rättelse, välja att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet ska även då motiveras av sakligt godtagbara skäl.

Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Myndigheten måste enligt 9 kap. 9 § andra stycket LOU underrätta anbudsgivare om ett avbrytandebeslut. I underrättelsen ska myndigheten ange skälen för avbrytandet.

Frågan i målet är om Malmö stad haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Malmö stad har angett som skäl till avbrytandebeslutet att utformningen av utvärderingsmodellen, efter den uttolkning som gjorts av förfrågningsunderlaget i förvaltningsrättens dom i mål nr 5879-16 medför att Malmö stads syfte och mål med upphandlingen inte uppfylls.

Enligt förvaltningsrätten finns det inte skäl att ifrågasätta att Malmö stads syfte med upphandlingen har varit att utvärdera priset för hela uppdraget, omräknat till pris per år och pris per fyra år. Förfrågningsunderlaget har dock utformats på ett sådant sätt att den tänkta utvärderingsmodellen inte framgår av underlaget. Den utvärderingsmodell som Malmö stad beskrivit i

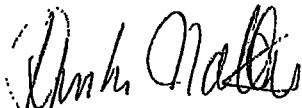
förfrågningsunderlaget får som konsekvens att upphandlingen inte kan genomföras på det sätt som Malmö stad avsett. Sett utifrån Malmö stads syfte med upphandlingen är således förfrågningsunderlaget missvisande, och resultatet av utvärderingsmodellen blir en annan än den av Malmö stad önskade.

Redan på denna grund framgår det enligt förvaltningsrätten att det inte är fråga om något godtyckligt beslut. Enligt förvaltningsrätten förefaller den av Malmö stad tilltänkta och önskade utvärderingsmodellen affärsmässigt motiverad. Malmö stad har formulerat förfrågningsunderlaget med denna modell i åtanke, men har – som det förefaller, närmast av förbiseende – formulerat utvärderingsmodellen så att den fått en annan innebörd än den önskade.

Den upphandlande myndigheten har stor frihet att bestämma över förfrågningsunderlagets utformning och vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas. Det finns ingen skyldighet för myndigheter att fullfölja en påbörjad upphandling. Att avbryta upphandlingen för att kunna utforma förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen på ett sätt som är affärsmässigt motiverat och som gör att utvärderingsmodellen ger de jämförelsetal som den upphandlande myndigheten avsett att utvärdera framstår enligt förvaltningsrätten som en sakligt godtagbar anledning att avbryta upphandlingen. För denna bedömning talar även den frihet som den upphandlande myndigheten har att bestämma vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas i en upphandling.

Rättens slutsats är således att Malmö stad haft sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet. Berendsens ansökan om ingripande enligt LOU ska följaktligen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)


Anders Mattsson

Susanne Axelsson har föredragit målet.