



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-08-27
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4279-15

1

SÖKANDE

COOR Service Management AB, 556084-6783
173 11 Stockholm

MOTPARTER

1. Sörmland Landstingsservice AB, 556778-9879
611 88 Nyköping

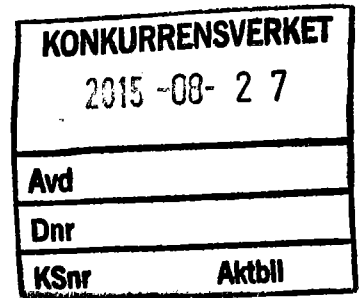
2. Landstinget Västmanland, 232100-0172
721 89 Västerås

Ombud för 1-2:

Landstinget i Sörmland, Upphandlingsenheten, 232100-0032
611 88 Eskilstuna

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU;
nu fråga om avbrytande av upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av beslutet att avbryta
upphandlingen.

Dok.Id 219662

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.

Sörmland Landstingsservice AB och Landstinget Västmanland (Landstingen) har genomfört en upphandling avseende Telefonitjänster, DU-UPP14-239 (upphandlingen). Tilldelningsbeslut fattades den 5 juni 2015.

Sedan COOR Service Management AB (bolaget) ansökt om överprövning av upphandlingen beslutade Landstingen den 17 juni 2015 att avbryta upphandlingen på grund av brister i utvärderingsmodellen.

Bolaget ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att förvaltningsrätten prövar om det finns sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

Landstingen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Det finns inte någon brist i utvärderingsmodellen eller andra sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen avser att utvärderingsmodellen som användes vid tilldelning inte var i enlighet med den som framgick i förfrågningsunderlaget. Ansökan om överprövning av upphandlingen avser inte något fel eller någon otydlighet i utvärderingsmodellen.

I förfrågningsunderlaget har Landstingen satt upp prisförfrågan med "månadsavgift" och "kostnad för besvarat samtal". Detta gav leverantörer möjlighet att välja att lägga allt som en fast avgift, en mix av fast och rörlig avgift eller bara en rörlig avgift. När det sedan i "Frågor och svar" förtydligades att utvärderingen skulle bygga på "en månadsavgift och ett samtal

per landsting och de tillsammans utgör anbudspriset” blev bolagets tolkning att Landstingen ville ha ett helt flexibelt pris, men samtidigt inte ville exkludera de eventuella anbudsgivare som inte kan tänka sig ett helt rörligt pris.

Att Landstingen inte skulle ha insett vilken effekt deras valda modell skulle få, är inte troligt då just detta uppmärksammades i ”Frågor och svar”. När utvärderingen gjordes, och Landstingen såg att en av anbudsgivarna lämnat en fast månadskostnad, valde de att ändra utvärderingsmodell. Detta är anmärkningsvärt med tanke på det tydliga svaret och exemplet i ”Frågor och svar”.

I förfrågningsunderlaget punkt 3.1.2 skriver Landstingen att ”Köparen kan inte garantera volymen för dessa tjänster. Den angivna volymen har framkommit efter möjlig uppskattning. Skulle volymen enligt detta avtal understiga respektive överstiga volymen ska inte detta betraktas som avtalsbrott från Köparens sida”. Att efter denna skrivning i efterhand ändra prismodell så att den utgår från en uppskattad volym, utan hänsyn till förändring av volym, ger inte någon vägledning om vilken leverantör som på sikt kommer vara den mest ekonomiskt gynnsamma. Eftersom volymerna kommer att ändra sig, är ett flexibelt pris det mest kostnadseffektiva på sikt.

Det har hela tiden varit klart vilken utvärderingsmodell som Landstingen avsåg att använda. Att göra om upphandlingen med en ny prismodell, när anbud redan är inskickade och offentliggjorda, kommer innebära att leverantörer inte kan lämna anbud på lika villkor. De offentliggjorda priserna innebär skada för leverantörer då konkurrensen har satts ur spel.

Att avbryta upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen i LOU. Det går inte att visa att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget är

felaktig. Upphandlingen bör istället rättas på så sätt att utvärderingen görs om efter den utvärderingsmodell som ursprungligen angetts.

Landstingen

Det föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges att anbudet med lägst pris tilldelas kontrakt och att det lägsta priset definieras genom pris på en månadsavgift för respektive landsting samt ett samtalspris för respektive landsting. De fyra priserna viktas med vardera 25 %. Volymuppgifter för respektive landsting år 2014, angavs. När anbuderna öppnades visade det sig att endast en av fyra anbudsgivare lämnat anbud på det sätt som Landstingen förväntat sig. Anbudet med pris lämnat i enlighet med Landstingens förväntan, hade ett jämförelsevärde som var nästan 100 gånger högre än övriga anbud. Detta på grund av att övriga anbudsgivare valt att avstå från att lämna pris på månadsavgift och istället endast angivit samtalspris. För att få anbuderna jämförbara valde Landstingen därför att nollställa anbuderna genom att beräkna jämförelsevärdet med hänsyn till de samtalsvolymerna som angetts i förfrågningsunderlaget. Dessa jämförelsevärden kommer sannolikt att ligga nära de belopp som faktiskt kommer att betalas ut enligt kontraktet. Detta medförde att det anbud som tidigare hade det högsta jämförelsevärdet nu definierades som anbudet med det lägsta priset. Enligt Landstingen var detta ett tillräckligt transparent sätt att hantera det faktum att den i förfrågningsunderlaget angivna modellen inte definierade anbudet med lägst pris.

Det upphandlingsfel som bolaget gör gällande i sin ansökan om överprövning av upphandlingen, stammar från den angivna utvärderingsmodellen som i sin tur har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Därmed kan upphandlingen inte rättas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Avbrytandet är inte till skada för någon leverantör eftersom alla

får en ny möjlighet att lämna anbud på lika villkor när upphandlingen annonseras på nytt med en mer transparent modell.

Det är brukligt att utvärdera denna typ av upphandling med hjälp av volymmuppgifter. En sådan utvärderingsmodell gör att alla affärsmodeller på marknaden blir jämförbara medan utvärderingsmodellen, såsom den är viktad i förfrågningsunderlaget, i praktiken styr mot en affärsmodell med endast kostnad per samtal. Det är också brukligt att räkna på volymer baserade på tidigare köp, utan att garantera några volymer i kontraktet.

Det är tydligt att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget inte nödvändigtvis definierar det lägsta priset, samt att den kan förhindra leverantörer med andra affärsstrategier att lämna sitt bästa anbud, varför det finns sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2009 ref 43).

EU-domstolen har fastslagit att trots det förhållandet att det inte finns några mer specifika bestämmelser om avbrytande av en upphandling är den upphandlande myndigheten inte desto mindre skyldig att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet (C-244/02 Kauppatalo Hansel).

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Utredning

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

1.3.5 Utvärdering av anbud

Av de anbud som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget kommer det anbud antas som erbjuder lägst pris i enlighet med bilaga 4, pris och ersättning.

4. Pris och ersättning

Ange fast ersättning (månadsavgift) för samtal till växeln för Landstinget Sörmland. Ange rörlig ersättning – pris per besvarade samtal till växeln Landstinget Sörmland. Ange fast ersättning (månadsavgift) för Landstinget Västmanland för samtal till växeln. Ange rörlig ersättning – pris per besvarade samtal till växeln för Landstinget Västmanland. De fyra prisuppgifterna viktas med 25 % vardera.

I förfrågningsunderlaget redovisas även hur många samtal som respektive landsting tog emot år 2014.

Av förfrågningsunderlagets del ”Frågor och svar” framgår bl.a. följande.

Fråga 2

I 1.3.5 *Utvärdering av anbud* framgår att det anbud som erbjuder lägst pris i enlighet med bilaga 4, pris och ersättning kommer att antas. I bilaga 4 ska anges fast ersättning (månadsavgift) för samtal till växeln samt rörlig ersättning – pris per besvarade samtal till växeln. Dock framgår ingenstans hur detta utvärderas. Är det t.ex. En månadsavgift och Ett samtal som utvärderas? Brukligt vid denna typ av upphandlingar är att utvärderingen sker mot en volym av samtal och månadsavgiften utvärderas för en längre period än en månad. Vi önskar därför ett förtydligande kring hur utvärderingen sker samt få del av utvärderingsmall som avses användas vid utvärderingen av anbuden.

Svar: Samtliga positioner med månadsavgift och samtal kommer att slås samman och utvärderas.

Fråga 7

Utifrån svaret på fråga 2 är vår tolkning att utvärdering sker baserat på en månadsavgift och ett besvarat samtal, i och med att ingen fingerad volym eller liknande volymbeaktande används vid utvärdering. Det betyder att:

Anbud A) med fast ersättning (månadsavgift) för samtal till växeln på 1000 kr/månad och en rörlig ersättning – pris per besvarat samtal till växeln på 50 kr/samtal, kommer att utvärderas med ett pris på 1050 kr

Anbud B) med fast ersättning (månadsavgift) för samtal till växeln på 2000 kr/månad och en rörlig ersättning – pris per besvarat samtal till växeln på 10 kr/samtal, kommer att utvärderas med ett pris på 2010 kr

Det vill säga att anbud A skulle antas, stämmer vår tolkning?

Svar: Tolknningen stämmer, vi begär in pris ett för Sörmland och ett för Västmanland och de tillsammans utgör anbudspriset.

Av resultatrapporten framgår att fyra leverantörer har lämnat anbud. En leverantör har angett pris i form av månadsavgift och pris per samtal. De tre övriga leverantörerna har angett månadsavgiften 0 kr och därmed endast angett pris per samtal. Av rapporten framgår vidare att Landstingen har räknat ut en total kostnad genom att multiplicera antal samtal per år (baserat på det antal samtal som växeln hade år 2014) med erbjudet pris per samtal, plus eventuell fast kostnad per år. På så sätt har Landstingen fått fram en uppskattad totalkostnad per år. Enligt denna beräkning är det leverantören som angett en fast månadskostnad som har lägst pris.

Förvaltningsrättens bedömning

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det funnits giltiga skäl att avbryta upphandlingen. Fråga i målet är om Landstingen haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Landstingen har valt utvärderingsgrunden lägsta pris. Såsom det får förstås utifrån exemplet som ges i ”Frågor och svar”, räknas priset fram genom att *en* månadsavgift adderas med priset för *ett* samtal.

Enligt förvaltningsrättens bedömning är den ovan redovisade utvärderingsmodellen inte otydlig och detta har Landstingen inte heller påstått. Landstingen har istället, som grund för avbrytandebeslutet, anfört att den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen är bristfällig eftersom den inte definierar anbudet med lägst pris.

I EU-domstolens avgörande C-244/02 Kauppatalo Hansel fann domstolen att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på

grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldelas något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbuden, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.

Landstingen har anfört att avsikten var att det lägsta priset skulle definieras genom pris på månadsavgift samt ett samtalspris. Volymuppgifter för år 2014 angavs i förfrågningsunderlaget. När anbuden öppnades visade det sig att endast en av fyra anbudsgivare lämnat anbud på det sätt Landstingen hade förväntat sig. Landstingens avsikt med att månadsavgift och pris per samtal skulle ges lika stor vikt i upphandlingen, hade därmed inte fått önskat genomslag.

Oaktat de svar Landstingen gett på fråga 2 och 7 i "Frågor och svar", finns det skäl att anta att Landstingen inte avsett att månadsavgiften skulle få en så avgörande roll i utvärderingen som blir fallet om prisjämförelsen görs med hänsyn till endast *en* månad och endast *ett* samtal.

Förvaltningsrätten kan konstatera att det hade varit mer lämpligt att Landstingen i ett tidigare skede tänkt igenom vilka följder deras utvärderingsmodell kunde komma att få. På så sätt hade Landstingen, redan som svar på fråga 2 i "Frågor och svar", kunnat ange att samtalsvolymerna från år 2014 skulle användas vid utvärderingen för att få fram jämförbara totalpriser. Att så inte skett förtar dock, enligt förvaltningsrättens mening, inte Landstingens rätt att avbryta upphandlingen fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger (jmf Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 februari 2009 i mål nr 3226-08).

Utvärderingsmodellen, såsom den preciserats i ”Frågor och svar”, medför med stor sannolikhet att Landstingen inte kan säkerställa att anbudet med lägsta pris kan antas (jmf. Kammarrätten i Stockholms dom den 12 april 2011 i mål nr 6093-10).

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de skäl som Landstingen åberopat för sitt beslut att avbryta upphandlingen är sakligt godtagbara. Det har inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten har åsidosatts genom beslutet. Bolagets ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande i målet har varit Lovisa Forsblad.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.