



KLAGANDE

BDX Företagen AB, 556207-3329

Ombud: Advokat [REDACTED]

MOTPART

Kalix kommun

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleås dom den 17 augusti 2022 i mål nr 925-22, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och upphäver Kalix kommuns beslut att avbryta upphandlingen Ramavtal Mark och VA, 2021-0021605, samt beslutar om rättelse av upphandlingen på så sätt att BDX Företagen AB:s anbud vid en ny utvärdering ska utvärderas.

BAKGRUND

Kalix kommun beslutade den 10 maj 2022 att förkasta de inkomna anbuden från BDX Företagen AB och NYAB Sverige AB och avbryta upphandlingen Ramavtal Mark och VA, 2021-0021605. Som skäl för att förkasta de båda bolagens anbud anfördes att bolagen lämnat in mängdförteckningar som innehåller negativa priser och därmed inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. Som skäl för att avbryta upphandlingen anfördes att det inte återstod något rent anbud i upphandlingen och att det därmed fanns sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

YRKANDEN M.M.

BDX Företagen AB (BDX) yrkar att beslutet att förkasta BDX anbud ska upphävas och att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras. BDX åberopar samma grunder och omständigheter som i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande.

Kalix kommun har i en tidigare upphandling godtagit negativa priser när det endast angavs att pris skulle anges. I en annan upphandling hade kommunen med ett villkor som förbjöd negativa priser. Detta visar att det inte kan ha rått något tvivel eller någon oklarhet för kommunen om innebörden av ordet pris, dvs. att begreppet pris normalt sett innefattar även negativt pris.

Eftersom det inte funnits någon begränsning gällande negativt pris har anbudet inte brutit avseende de obligatoriska och kvalificerande kraven. Anbudet skulle därför inte förkastats utan i stället utvärderats. Genom att anbudet förkastats och upphandlingen avbrutits har BDX lidit skada eller riskerat att lida skada.

Eftersom det var fel att förkasta BDX anbud har kommunen saknat grund att avbryta upphandlingen till följd av bristande konkurrens på den grunden att det inte fanns några anbud kvar att utvärdera.

BDX ger in handlingar från två av kommunens tidigare upphandlingar avseende ramavtal rörande mark och VA.

Kommunen anser att överklagandet ska avslås. Kommunen åberopar samma grunder och omständigheter som i förvaltningsrätten och tillägger bl.a. följande.

Med begreppet pris kan endast positiva priser avses. Varken i Svenska Akademiens ordbok, Svenska Akademiens ordlista eller Svensk ordbok går det att utläsa att ett pris kan vara negativt. Ett negativt pris är snarare en form av rabatt eller ersättning till beställaren. I upphandlingen har inte rabatter eller andra ersättningar till kommunen efterfrågats. Angivande av negativa priser i anbudet uppfyller inte kravet på anbuds form och innehåll. Hur kommunen ställt krav gällande pris och rabatter i tidigare upphandlingar saknar betydelse för frågan om hur kravställningen i denna upphandling ska tillämpas.

Eftersom inget av anbudet uppfyllt kraven på anbuds form och innehåll har kommunen varit tvungen att förkasta dem. Detta har varit korrekt och i enlighet med likabehandlingsprincipen. Det har därför även funnits sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Det har även funnits sakliga skäl för att avbryta upphandlingen eftersom upphandlingsdokumentet innehållit brister som kan ha avsevärd betydelse för upprätthållandet av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Mot bakgrund av inkomna anbuds innehåll och prissättning har kommunen alltså blivit varse att upphandlingsdokumentets kravställning varit bristfällig

på ett sådant sätt att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare inte kunnat förstå innebörden av kravställningen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för kammarrättens prövning

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, kan rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas (20 kap. 6 § LOU).

Vid förvaltningsrättens prövning anförde kommunen att det, utöver de skäl som angetts i beslutet, även fanns skäl att avbryta upphandlingen på grund av brister i upphandlingsdokumentet och att det framkommit ytterligare brister i anbudet. Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att de nya grunderna för att avbryta upphandlingen kan beaktas vid prövningen.

Förkastande av BDX anbud

Anbud som inte uppfyller upphandlingsdokumentens obligatoriska krav ska inte beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i upphandlingsdokumentet måste alltså vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet (jfr rättsfallet HFD 2016 ref. 37).

Kommunen har angett att BDX inte uppfyller kraven i upphandlingsdokumentet eftersom BDX angett negativa priser på kostnadsposter där pris skulle anges. BDX har anført att ordet pris i upphandlingar innefattar även negativa priser och att negativa prisangivelser på enstaka poster är vanligt förekommande. Kammarrätten konstaterar att negativa priser förekommer i upphandlingar (se t.ex. rättsfallet HFD 2016 ref. 3 II). Till stöd för att

negativa priser är något kommunen haft att räkna med har BDX gett in ett tidigare förfrågningsunderlag där det anges att anbud inte får innehålla prisangivelser som är negativa. Att kommunen i den tidigare upphandlingen valt att ange detta talar för en medvetenhet hos kommunen om att negativa priser förekommer i anbud. Kammarrätten anser därmed att begreppet pris i detta sammanhang även kan omfatta negativa prisangivelser. Vad kommunen anfört om den allmänspråkliga definitionen av ordet pris ger inte anledning till någon annan bedömning. Kommunen har därför inte haft skäl för att förkasta BDX anbud på grund av att BDX angett negativa priser.

Kommunen har även angett att BDX anbud brister på så sätt att anbudet inte innehåller något intyg om att organisationen förfogar över erforderliga resurser. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att BDX uppfyller kraven i denna del. Kommunen har därmed inte visat att den haft skäl att förkasta BDX anbud. Genom att kommunen förkastat BDX anbud har BDX lidit skada.

Avbrytande av upphandlingen

Det saknas bestämmelser i LOU som reglerar under vilka omständigheter en upphandling får avbrytas. Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl, det får inte vara godtyckligt och det måste följa de grundläggande reglerna i fördraget (se rättsfallet RÅ 2009 ref. 43). Ett sådant sakligt godtagbart skäl finns bl.a. när en upphandlande myndighet inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som myndigheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se EU-domstolens beslut i mål C-244/02, Kauppatalo Hansel, EU:C:2004:593). Även bristande konkurrens, t.ex. när det endast finns ett anbud att utvärdera, kan vara ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (se rättsfallet RÅ 2008 ref. 35). Eftersom det i första hand är upp till myndigheten att själv bestämma om en omständighet är tillräcklig för att

avbryta upphandlingen bör rätten inte lägga andra omständigheter än vad myndigheten åberopat till grund för sin bedömning av om beslutet att avbryta upphandlingen var förenligt med LOU.

Eftersom kommunen inte haft skäl att förkasta BDX anbud har det inte funnits sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen till följd av bristande konkurrens på den grunden att det inte fanns något anbud kvar.

Kommunen har dock även uppgett att kravställningen i upphandlingsdokumentet inte varit tillräckligt tydlig och att kommunen har tolkat upphandlingsdokumentet på ett annat sätt än de anbudslämnande bolagen i fråga om tillåtligheten av negativa priser. Den omständigheten att parterna har uppfattat kravet i fråga om prisangivelser olika innebär inte i sig att upphandlingsdokumentet är otydligt och att det därför finns sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

Kommunen har vidare anfört att utvärderingsmodellen i upphandlingsdokumentet inte säkerställer att det mest fördelaktiga anbudet antas när det förekommer taktisk prissättning. Kommunen har dock inte närmare preciserat hur utvärderingen skulle ha påverkats av de negativa priserna. Det finns inte något generellt förbud för anbudsgivare att tillämpa ”taktisk prissättning” vid offentlig upphandling. Som BDX anfört torde det dessutom vara vanligt förekommande. En taktisk prissättning kan försvåra den upphandlande myndighetens utvärdering av anbudet. Det finns dock inte några uppgifter som ger stöd för en sådan bedömning i detta fall. Det kan bl.a. konstateras att det enligt vad BDX uppgett är fråga om negativa prisangivelser för endast två av ca 600 poster. Såvitt framkommit har det därmed inte funnits sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen på den grunden att det utifrån taktisk prissättning inte kan säkerställas att det mest fördelaktiga anbudet antas.

Kommunen har även anfört att de negativa priserna kan riskera att leda till ekonomiska och finansiella svårigheter för anbudsgivarna att utföra arbeten samt att det finns en risk att kommunen inte kan överblicka att budgeten för upphandlingen hålls. Det har dock inte anförts några omständigheter som ger stöd för att det funnits sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen till följd av ekonomiska risker för anbudsgivarna eller kommunen. Genom att kommunen avbrutit upphandlingen har BDX lidit skada.

Kalix kommuns beslut att avbryta upphandlingen ska därmed upphävas och rättelse av upphandlingen ske på så sätt att BDX anbud vid en ny utvärdering ska utvärderas.

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

Petra Ebbing
kammarrättsråd
ordförande

Martin Hamrin
kammarrättsråd

Johannes Gäverth
kammarrättsråd
referent

Sofia Olsson
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

DOM
2022-08-17
Meddelad i Luleå

Mål nr
925-22

SÖKANDE

BDX Företagen AB, 556207-3329

Ombud: Advokat Magnus Ericsson

MOTPART

Kalix kommun

Ombud: Advokaterna Johanna Hellström och Oscar Wackling

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår BDX Företagen AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Kalix kommun (kommunen) beslutade den 10 maj 2022 att avbryta upphandlingen av ramavtal för mark- och VA-arbeten (diarienummer 2021-00216 05). Som skäl för avbrytandebeslutet angavs i huvudsak följande.

Efter anbudstidens utgång granskade kommunen de två inkomna anbuden (från BDX Företagen AB och NYAB Infrastruktur AB) och det kunde då konstateras att båda anbuden innehöll brister i förhållande till ställda krav på anbudets form och innehåll. Kommunen har i mängdförteckningen, som utgör en del av upphandlingsdokumentet, efterfrågat à-priser. Bolagen har i sina anbud lämnat in en mängdförteckning som innehåller negativa prisposter. Eftersom det är ett pris som efterfrågas i mängdförteckningen och inte en rabatt eller en ersättning till den upphandlande myndigheten uppfyller inte bolagens anbud de obligatoriska kraven i upphandlingen varvid anbuden förkastas. Det återstår därmed inte några rena anbud i upphandlingen.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad BDX Företagen AB framför

BDX Företagen AB (härefter BDX) yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva kommunens beslut att förkasta BDX:s anbud och ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen. BDX framför i huvudsak följande.

Det har inte i någon del av anbudsunderlaget angetts att det inte skulle vara tillåtet med så kallade negativa à-priser. Det har inte heller i övrigt ställts krav på vilket sätt angivet à-pris skulle anges som skulle stå i strid med det sätt som BDX använt. Det har inte funnits någon begränsning av hur lågt pris som har kunnat anges för viss post eller att negativa prisangivelser är otillåtna. Under dessa förhållanden kan BDX inte ha brustit avseende de obligatoriska kraven.

Det är vanligt med negativa priser i offentlig upphandling (särskilt i enskilda poster) och det är därför en utbredd praxis på området att i ordet pris även omfattas möjlighet att ange ett negativt pris. Det har på grund av denna praxis inneburit att beställarna, när de inte accepterar ett negativt pris, särskilt anger det i anbudsvillkoren, vilket hade varit möjligt för kommunen i detta fall. Kommunen har dock avstått från denna möjlighet. Det krävs således, enligt BDX:s uppfattning, att beställaren uttryckligen anger att det inte är tillåtet med negativa prisposter för att en sådan prisangivelse skulle strida mot vad som anges i upphandlingsdokumentet.

Det finns inte heller i övrigt något i upphandlingsdokumentet som talar för att det skulle vara förbjudet med negativ prispost. BDX anbud uppfyller upphandlingsdokumentets bestämmelser och ska därför utvärderas.

Kommunens motivering, att i efterhand semantiskt försöka definiera ordet pris och à-pris, förändrar inte bedömningen överhuvudtaget. Med hänsyn till hur negativa priser hanteras i övrigt i offentlig upphandling (samt även förekommer i andra sammanhang), står det helt klart att det inte strider mot upphandlingsdokumentet att ange enstaka negativa prisposter. Ett annat synsätt skulle innebära att kommunen skulle ges möjlighet att i efterhand ställa upp krav på formalia, som inte framgår av förfrågningsunderlaget, vilket uppenbart skulle strida mot upphandlingsrättsliga principer.

Kommunens invändning om att strategisk prissättning med negativ prispost gör att det inte går att överblicka om uppställd budget kan hållas är svårförstådd. Om det för en prispost är uppställt ett negativt pris kan det svårligen medföra att det är svårt att överblicka om budgeten håller. Den posten som är negativ kan bara innebära att om den avropas blir det billigare för kommunen. Det måste således vara precis tvärtom. Kommunen kan helt utgå från att den specifika posten inte kan fördyra upphandlingen överhuvudtaget (oavsett hur

stor mängd av denna som behövs) och således inte påverka upphandlingen negativt ekonomiskt. Om aktuell prispost hade varit positiv hade det varit svårare att bedöma budgeten då det alltid är oklart hur stor mängd av aktuell post som behöver inhandlas och således påverka budgeten negativt med okända belopp. Kommunens invändning i denna del utgör inte sakligt skäl för avbrytande.

Kommunens argumentation rörande i efterhand uppmärksammade påstådda brister i upphandlingsdokumentationen är ingenting annat än rena spekulationer utan stöd i verkliga förhållanden. Att det finns strategiska anbud är naturligt och innebär inte att det är brister i underlaget. Ett fiktivt påstående att kommunen bara skulle avropa arbete för vilka negativ prispost skulle vara tillämplig är inte heller förenligt med det tänkta ramavtalet.

Det finns överhuvudtaget ingen risk att BDX skulle avböja avrop på något arbete och inte heller att BDX skulle få ekonomiska eller finansiella svårigheter att utföra arbeten.

Om det finns oro för att ett anbud, eller anbudspost, är onormalt lågt, ska ett kontradiktatoriskt förfarande tillämpas där BDX skulle fått möjlighet att förklara sig. Genom att kommunen nu, med samma påstådda motivering, istället har förkastat BDX:s anbud, skulle kommunen i så fall kringgå de tydliga bestämmelserna om att anbudsgivare alltid måste få förklara innan eventuellt förkastande kan ske. Kommunen kan därför, oavsett att BDX har fullgoda förklaringar till sitt anbud, inte använda detta som skäl för att avbryta upphandlingen.

Det finns i kommunens yttrande ett allmänt tyckande att om det finns inslag av taktisk prissättning, skulle det tala för att upphandlingens utvärderingsmodell inte säkerställer att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet antas. Taktisk prissättning föreligger, i princip i varje anbud som lämnas vid såväl offentlig

som privata upphandlingar. I så fall skulle varje upphandling innebära att det inte går att säkerställa att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet antas. Kommunen kan inte på något konkret sätt heller ange vad som skulle vara den faktiska bristen i utvärderingsmodellen och hur det skulle påverka utvärderingen, utan det är bara ett allmänt tyckande utifrån att det finns två poster (av 600) med negativa priser.

Om kommunens argumentation i denna del skulle vinna bifall skulle det i princip innebära att beställare i alla upphandlingar skulle kunna åberopa ”taktisk prissättning” som sakliga skäl att avbryta en upphandling. Det finns ingenting konkret i kommunens yttrande som styrker att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet inte kommer att antas om upphandlingen slutförs och det saknas därför sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

BDX har slutligen genom undertecknande av anbudet intygat de krav på erforderliga resurser som finns enligt AFB. 52.3.1.

Vad kommunen framför

Kommunen bestrider BDX:s yrkande om att avbrytandebeslutet ska ogiltigförklaras och att upphandlingen ska återupptas med befintliga anbud. Kommunen framför i huvudsak följande.

Av upphandlingsdokumentets AFB.53 följer hur prövning av inkomna anbud ska ske. Det anges att anbudsgivare genom ifyllnad av mängdförteckningsbilaga ska prissätta respektive arbete som framkommer däri. Summan av mängdförteckningen utgör sedan anbudssumman och den anbudsgivare som har lägst anbudssumma är också den anbudsgivare vars anbud bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Givet de inkomna anbudens innehåll, särskilt avseende respektive prissatt mängdförteckning, finns anledning att kort behandla frågan om vad som utgör ett pris. Ett pris, i den bemärkelse begreppet används i nu aktuellt sammanhang, avser ett penningbelopp som utgör en sammanlagd värdemassa för en viss vara eller tjänst. Priset är alltså en monetär enhet som återspeglar kostnaden för beställaren för den vara eller tjänst som är föremål för upphandlingen.

Kommunen har i upphandlingsdokumentationen infordrat uppgifter om à-pris i mängdförteckningen. Genom erhållande av efterfrågade à-priser har kommunen velat få vetskap om vilket saluvärde som arbetet har och vilket penningbelopp som den ska betala till tilldelad leverantör. Både BDX och NYAB har dock i sina respektive ifyllda mängdförteckningar på vissa poster angett negativa prisposter, dvs. värden motsvarande eller understigande noll kronor. Dessa uppgifter är närmast att jämställa som någon form av rabatter eller ersättningar till den upphandlande myndigheten. En sådan uppgift utgör inte ett pris i den mening som efterfrågas i upphandlingsdokumentet.

Detta innebär de facto att varken BDX eller NYAB har uppfyllt kravet på anbudets form och innehåll och därmed har någon prövning av anbudet rätteligen inte kunnat ske. Redan på den grunden har kommunen förfarit korrekt som förkastat ifrågavarande anbud och avbrutit upphandlingen.

Kommunens agerande strider inte mot likabehandlingsprincipen utan utgör, tvärtom, ett uttryck just för den centrala likabehandlingsprincipen, dvs. att den upphandlande myndigheten tillser att konkurrens kan ske på lika villkor och att krav som uppställts i upphandlingsdokumentet också upprätthålls.

Den strategiska prissättning som förekommer i anbudet medför att det blir omöjligt för kommunen att överblicka huruvida uppställd budget kan hållas. Kommunen har haft att räkna med att faktiska priser kommer att avges av

anbudsgivarna. Den prognoserade och kalkylerade utgiften i budgeten bygger på reella pris och penningbelopp. Om sådana inte förekommer för en del poster i mängdförteckningen finns det en beaktansvärd risk att den upphandlande myndigheten inte kan tillförsäkra att tillgängliga medel för upphandlingen är tillräckliga. Detta i sig utgör ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen.

Kommunen har, efter att ha tagit del av anbudet, blivit varse att kravställningen i upphandlingsdokumentet inte varit tillräckligt tydlig. Kommunen eftersträvar samarbeten med livskraftiga bolag som kan säkerställa avtalsenlig och kvalitativ leverans med utgångspunkt i reella priser. I den situation som nu har uppkommit kan kommunen, teoretiskt, inom ramen för ramavtalet, välja att endast avropa arbete för vilka respektive anbudsgivare uppställt negativa prisposter. Detta skulle i längden medföra en direkt förlust för anbudsgivarna, och riskera att leda till ekonomiska och finansiella svårigheter med att utföra arbeten. På motsvarande sätt finns en risk att leverantören avböjer att utföra sådana uppdrag och att kommunen därmed, utifrån prissättningen, får svårigheter att säkerställa att arbetena utförs. En sådan ordning är naturligtvis inte tillfredsställande och har inte heller avsetts.

Vidare är följden av offererade negativa prisposter att modellen för prövning av anbud förfelas och avsedd tilldelningsgrund blir svårtillämplig.

Förekomsten av anbud med inslag av taktisk prissättning talar för att upphandlingens utvärderingsmodell inte säkerställer att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet antas. Detta innebär även att upphandlingsdokumentet är otydligt och ofullständigt. Detta medför vidare att det föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen och göra om den med justerade förutsättningar för utvärderingen. Av EU-domstolens praxis framgår att den upphandlande myndigheten har rätt att avbryta en upphandling till följd av senare förvärvad insikt om att myndigheten, bl.a. till följd av innehållet i en

anbudsinfordran, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Så är fallet här.

I upphandlingen inkom två anbud. Båda anbud har ansetts ofullständiga i det att pris inte lämnats på så sätt som erfordrats för att prövning av anbuderna skulle kunna ske. Det hade inte varit förenligt med det upphandlingsrättsliga regelverket och tillhörande principer, i synnerhet likabehandlingsprincipen, att anta anbud som inte uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Eftersom det inte förekommer några kvarvarande rena anbud i upphandlingen har kommunen, även på denna grund, haft rätt att förkasta anbuderna och avbryta upphandlingen.

Kommunen har därutöver gjort en förnyad genomgång av anbuderna från BDX och NYAB. Vid denna bedömning har brister i respektive anbud noterats bl.a. i fråga om intygande av erforderlig kapacitet avseende yrkesarbetare för mark- och anläggningsarbeten.

Av AFB.52.3.1 om teknisk och yrkesmässig kapacitet för offererad organisation framgår att anbudsgivaren till sitt anbud ska ge in ett intyg om att organisationen förfogar över erforderliga resurser.

Det kan konstateras att ingetdera av anbudsgivarna ingett ett intyg utvisande förfogande av sådana resurser som kravställt i upphandlingen. Även på denna grund ska anbuderna förkastas.

I förevarande upphandling har det vid granskningen av inkomna anbud samt upphandlingsdokumentet i övrigt, framkommit att det föreligger brister i samtliga inkomna anbud. Att anta anbuderna vore i strid med principerna om likabehandling och öppenhet. Av rättspraxis framgår bl.a. att brister i upphandlingsdokument medför att sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling föreligger.

Därutöver kan kommunen så som beställare konstatera att det finns brister i upphandlingsdokumentet som kan ha avsevärd betydelse för bl.a. upprätthållandet av principerna om likabehandling och öppenhet. Det aktuella upphandlingsdokumentet innehåller brister som medför att det inte har varit möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att förstå vilka krav som ställdes på anbudsgivarna. Detta medför i sig att erforderlig konkurrens och lika förutsättningar inte kunnat säkerställas varför det föreligger rätt att avbryta upphandlingen.

Givet inkomna anbuds innehåll och prissättning har det inte heller varit möjligt för kommunen att säkerställa att priset ryms inom beställarens budget, eller att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas, dvs. att tilldelningsgrunden i upphandlingen efterföljs. EU-domstolen har uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlade myndigheten/enheten, på grund av fel som den själv begått under upphandlingsförfarandet inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Sammanfattningsvis är bristerna i inkomna anbud, respektive bristerna i upphandlingsdokumentet, av sådan art att de både var för sig och tillsammans medför att upphandlingens ändamål förfelas. Vid sådana omständigheter föreligger ingen skyldighet för kommunen att fullfölja upphandlingen. Kommunen har haft godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

Frågan i målet är om kommunen haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen.

Det finns inte någon bestämmelse i LOU som reglerar när en upphandlande myndighet eller enhet har rätt att avbryta en upphandling. Det framgår dock av praxis att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling, utan att den har rätt att själv avgöra när en upphandling behöver avbrytas. Även om möjligheten att avbryta en upphandling inte är förbehållen undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl måste ett beslut om avbrytande vila på sakligt godtagbara skäl och det får inte vara godtyckligt. Myndigheten måste vidare iaktta de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och såvida dessa förutsättningar är uppfyllda har en upphandlande myndighet rätt att avbryta en upphandling fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger. Det är kommunen som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett beslut om avbrytande (jfr bl.a. EU-domstolens avgörande i mål C-92/00 HI samt Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Vare sig förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller bestämmelserna i LOU i målet aktuell lydelse innehåller något krav på att de omständigheter som anförs till grund för parternas talan ska vara slutligt bestämda innan ansökningsfristens utgång eller vid någon särskild tidpunkt under prövningen i förvaltningsrätten. Upphandlande myndighet ska förvisso ange skälen för ett avbrytandebeslut, men några krav på att myndigheten i avbrytandebeslutet uttömmande ska ange alla omständigheter som ligger till grund för beslutet finns inte (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 93-12). Med beaktande av den effektivitetshänsyn som bör råda i mål av detta slag samt med hänsyn tagen till att rättssäkerheten för BDX tillgodosätts genom den kommunikering som skett i målet, finner domstolen, att övervägande skäl talar för att förvaltningsrätten har möjlighet att beakta även de av kommunen senare framförda skälen för beslutet att avbryta upphandlingen (jfr även HFD 2013 ref. 5).

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har i huvudsak gjort gällande att det föreligger brister i såväl inkomna anbud som i upphandlingsdokumentet, som är av en sådan art att de både var för sig och tillsammans medför att upphandlingens ändamål förfelas.

BDX har å sin sida i huvudsak gjort gällande att det ingivna anbudet uppfyller kravet på prissättning och övriga uppställda krav i upphandlingsdokumentet. Detta då det i upphandlingsdokumentet inte uppställts något förbud mot negativa prisangivelser. Vidare har bolaget genom undertecknande av anbudet intygat att det förfogar över kravställda resurser.

Förvaltningsrätten delar inledningsvis BDX mening att bolaget genom undertecknandet av anbudet intygat att de förfogar över de kravställda resurserna i AFB.52. Detta då det av ”Formulär till Anbud” framgår att det genom undertecknandet av anbudsformuläret intygats att anbudsgivaren förfogar över yrkesarbetare inom mark- och anläggningsarbete med erforderlig erfarenhet och kompetens inom mark och anläggning av de arbetsuppgifter som uppdraget omfattar och kännedom om den typ av entreprenader som ramavtalet avser (AFB.52, punkt 52.3.1). Då BDX i och med undertecknandet av anbudsformuläret får anses ha uppfyllt aktuellt krav föreligger det därmed inte några sakligt godtagbara skäl för kommunen att avbryta upphandlingen på denna grund.

Förvaltningsrätten kan vidare, i likhet med BDX, konstatera att det inte uppställts något uttryckligt förbud i upphandlingsdokumentet mot negativa prisangivelser, vilket talar för bolagets uppfattning att de haft möjlighet att lämna negativa prisangivelser. Domstolen finner å andra sidan att vad kommunen gjort gällande beträffande sin uppfattning av ”pris” (att det ska röra sig om en positiv prispost) ryms inom dess ordalydelse, vilket i sin tur talar för att kommunen haft fog att förkasta BDX:s anbud. Det aktuella kravet i AFB.53

beträffande att anbudsgivare i sitt anbud ska lämna pris i mängdförteckning
brister därmed i transparens.

Förvaltningsrätten konstaterar således att upphandlingsdokumentet är otydligt i
denna väsentliga del och att parterna till följd av det har olika uppfattningar om
hur det uppställda kravet på prisangivelse i mängdförteckningen ska tolkas.
Detta i sig medför att kommunens beslut att avbryta upphandlingen redan av
denna anledning vilat på sakligt godtagbara skäl (jfr Kammarrätten i
Sundsvalls dom i mål nr 3279-21). Förvaltningsrätten finner vidare att det
saknas skäl att ifrågasätta vad kommunen uppgett beträffande att kommunen
blivit varse denna otydlighet i upphandlingsdokumentet först vid utvärderingen
av de inkomna anbuden.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kommunen har visat att
beslutet att avbryta upphandlingen vilat på sakligt godtagbara skäl. Kommunen
har därmed haft rätt att avbryta upphandlingen. Ansökan ska följaktligen
avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Överklagandet ska ges in till
Förvaltningsrätten i Luleå men vara ställt till Kammarrätten i Sundsvall.
Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Marika Pernu
rådman

Emil Bexelius 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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av 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. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.