



KLAGANDE

Västerviks kommun, 212000-0779

Ombud: Advokat [REDACTED] och jur.kand. [REDACTED]
Advokatfirman Vinge KB

MOTPART

Spectra Sverige AB, 559148-8076

Ombud: Advokat [REDACTED] och biträdande jurist [REDACTED]
Brick Advokat AB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 12 oktober 2022
i mål nr 4218-22, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen *Drift- och anläggningsentreprenad, gata och park* (dnr U-056-2022) får avslutas först sedan rättelse har gjorts i form av en ny anbudsprövning i enlighet med domskälen.

2. Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Västerviks kommun yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Spectra Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Spectra Sverige AB (Spectra) bestrider bifall till överklagandet. För det fall kammarrätten bedömer att det inte finns grund för att göra om upphandlingen anser bolaget att domstolen ska förordna om ingripande genom att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs, varvid anbuden från Kanonaden Entreprenad AB, Kanonaden Mälardalen AB och Bergbolaget i Götaland AB förkastas.

VAD PARTERNA ANFÖR

Kommunen

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2023 ref. 7 slagit fast att ett obligatoriskt krav som förbjuder negativa delpriser är tillåtet. Avgörandet är direkt tillämpligt i aktuellt mål. Av punkten 20 i domen framgår att beställaren i upphandlingen uppställde priskravet för att förhindra strategisk prissättning som går ut på att negativa delpriser används för att manipulera utvärderingsmodellen i syfte att åstadkomma att anbudspriset blir lägre än den framtida verkliga ersättningen. Detta har också varit kommunens syfte i den aktuella upphandlingen och det av kommunen uppställda kravet bidrar till att transparensen i prissättningen ökar, vilket i sin tur ökar sannolikheten för att det i realiteten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas. Priskravet främjar därvid konkurrensen.

Kommunen har i förvaltningsrätten tydligt förklarat att anbuden från Kanonaden Entreprenad AB, Kanonaden Mälardalen AB och Bergbolaget i Götaland AB är oberoende och självständiga. Skäl för rättsligt ingripande på den grunden finns därmed inte. Den utredning som kan begäras in kring olika anbuds utformning är, av naturliga skäl, enbart uppgifter och bevis

från anbudsgivarna själva. Att koncernbolag använder samma riskvärderingar, kalkylmetoder och system får anses naturligt.

Även om kammarrätten skulle komma fram till att grund för rättelse i och för sig finns har Spectra inte lidit skada, eller riskerat att lida skada, eftersom bolaget efter kontroll inte längre kan anses kvalificerat ifråga om ekonomisk och finansiell ställning.

Spectra

Spectra vidhåller samtliga vid förvaltningsrätten åberopade grunder för ingripande.

I rättsfallet HFD 2023 ref. 7 fäste Högsta förvaltningsdomstolen särskild vikt vid den upphandlande myndighetens syfte med förbudet mot negativa delpriser, nämligen att förhindra sådan strategisk prissättning som går ut på att negativa delpriser används för att manipulera utvärderingsmodellen. Domstolen konstaterade även att förbudet mot negativa delpriser endast tog ifrån anbudsgivare ”möjligheten att erbjuda sig att betala Trafikverket för att få utföra arbetena”. Priskravet ansågs därför öka transparensen i prissättningen och sannolikheten för att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Omständigheterna i nu aktuellt mål skiljer sig på flera sätt.

Spectras önskade negativa prissättning utgör varken någon gåva eller rabatt till kommunen. Prissättningen är kommersiellt motiverad och grundad på att uppriven asfalt har ett återbruksvärde, vilket överstiger värdet av arbetet med att riva och transportera bort det upprivna materialet. Eftersom bolaget får kostnadstäckning, och till och med går på plus genom att tillvarata och sälja uppriven asfalt, saknas skäl att ta betalt på nytt även av kommunen. Genom kommunens priskrav har Spectra direkt begränsats i sin prissättning.

Kanonadenbolagens anbud, vilka skiljer sig med exakt 5 000 kronor för respektive entreprenadområde, har inte varit oberoende och självständiga. Kommunen har inte uppfyllt sin utredningsskyldighet enligt EU-domstolens dom i mål C-531/16 (EU:C:2018:324) och C-416/21 (EU:C:2022:689) och redan av de uppgifter som är klarlagda i målet står det klart att koncernförhållandet har medfört en otillåten inverkan på Kanonadenbolagens prissättning.

Kommunen kan omöjligen ha faktisk vetskap om bolagens anbudsgivning. Det enda kommunen kan uttala sig om är vilka utredningsåtgärder kommunen vidtagit och kommunens uppfattning beträffande om dessa varit tillräckliga givet de faktiska omständigheter som framkommit i upphandlingen. Den enda utredningsåtgärden som kommunen har vidtagit är det yttrande som inhämtats från Kanonadenbolagens koncernchef med anledning av Spectras ansökan om överprövning.

Enbart ett påstående om att anbuden lämnats självständigt kan inte tas till intäkt för att så faktiskt är fallet. Yttrandet är kortfattat och generellt och förklarar eller bemöter inte att bolagens prissättning skiljer sig åt på ett systematiskt sätt. Tvärtom anger koncernchefen att det vore anmärkningsvärt om bolagens inkomna anbud på samma objekt ”skulle skilja sig åt i någon omfattning”. Det kan omöjligen vara en slump att de tre bolagens anbud för respektive entreprenadområde i samtliga fall skiljer sig åt med exakt 5 000 kronor, i synnerhet som anbudssumman har beräknats med utgångspunkt i av anbudslämnarna prissatta mängdförteckningar som innefattar hundratals poster för varje entreprenadområde. Spectra har lidit skada av bristen, vilket har beskrivits i förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Spectra har i sin ansökan om överprövning anfört att det finns skäl för ingripande med anledning av krav i upphandlingsdokumenten som

förbjuder negativa delpriser samt vissa andra angivna felaktigheter i upphandlingsdokumenten. Bolaget har även framfört att de vinnande anbuderna inte är självständiga och oberoende. Förvaltningsrätten har, efter en genomgång och prövning av samtliga grunder, beslutat att upphandlingen ska göras om med anledning av kravet som förbjuder negativa delpriser. Frågan i målet är om det finns skäl för ingripande med anledning av de grunder som åberopats i Spectras ansökan om överprövning och som har vidhållits i kammarrätten.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2023 ref. 7, som meddelats efter förvaltningsrättens dom, bedömt att ett obligatoriskt krav som förbjuder negativa delpriser i syfte att förhindra strategisk prissättning är förenligt med likabehandlingsprincipen. Domstolen har vidare ansett att det kontradiktoriska förfarandet vid onormalt låga anbud inte förhindrats genom ett sådant krav. Förhållandena i förevarande mål är mycket lika förhållandena i Högsta förvaltningsdomstolens mål. Kammarrätten anser att kommunen inte heller i förevarande mål har agerat i strid med upphandlingslagstiftningen genom att uppställa krav som förbjuder negativa delpriser. Det finns därmed inte skäl för att besluta att upphandlingen ska göras om på denna grund.

Vad gäller övriga felaktigheter i upphandlingsdokumenten som Spectra har åberopat instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens bedömning. Det finns därmed inte heller anledning att på denna grund besluta om att upphandlingen ska göras om.

De tre vinnande anbudsgivarna ingår i samma koncern och moderbolaget Kanonaden Entreprenad AB har bestämmande inflytande över dotterbolagen Kanonaden Mälardalen AB och Bergbolaget i Götaland AB. En fråga i målet är om Kanonadenbolagens anbud kan anses som oberoende och självständiga i förhållande till varandra.

Det finns inte något förbud för bolag som har band sinsemellan att lämna separata anbud i en upphandling. Av EU-domstolens praxis följer dock att, om den upphandlande myndigheten får kännedom om objektiva omständigheter som medför att det kan ifrågasättas huruvida anbud är självständiga och oberoende, det ankommer på myndigheten att undersöka samtliga relevanta omständigheter som har lett till att anbud har lämnats. Det åligger därvid myndigheten att förhindra och upptäcka fel som begåtts under anbudsförfarandet samt att åtgärda dessa. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten är skyldig att pröva och bedöma de faktiska omständigheterna för att fastställa huruvida förhållandet mellan två enheter har haft någon konkret inverkan på innehållet i de respektive anbud som de berörda företagen har avgett inom ramen för samma upphandlingsförfarande. Om det visar sig att anbuderna inte är oberoende och självständiga, utgör likabehandlingsprincipen hinder mot att tilldela en anbudsgivare som har lämnat ett sådant anbud ett kontrakt (se EU-domstolens dom i mål C-531/16, punkt 33 och 40 samt dom i mål C-416/21, punkt 60).

Såsom Spectra har framfört skiljer sig koncernbolagens anbud åt med exakt 5 000 kronor avseende samtliga tre entreprenadområden. Anbuderna, varav det lägsta uppgått till drygt 18 miljoner kronor, har beräknats med utgångspunkt i ett mycket stort antal poster. Kammarrätten bedömer att detta utgör sådana objektiva omständigheter som medför att det kan ifrågasättas huruvida anbuderna är självständiga och oberoende. Kommunen har därmed haft en skyldighet att undersöka dessa omständigheter.

Under överprövningsprocessen har kommunen låtit koncernbolagen yttra sig avseende huruvida deras anbud är självständiga och oberoende. Svar har kommit från bolagens koncernchef. I yttrandet sägs bl.a. att koncernen har utnyttjat alla de konkurrensfördelar som ett koncernförhållande ska ge och att konsolideringen av omsättning och resultat medför att vinst och administrationskostnader inte behöver påföras i flera led. Yttrandet förklarar dock inte alls hur anbuderna från koncernbolagen kan skilja sig åt med exakt 5 000 kronor för samtliga entreprenadområden och ger inte heller i övrigt

stöd för att anbuden är självständiga och oberoende. Kommunen är under sådana förhållanden skyldig att vidta ytterligare utredningsåtgärder. Genom att inte göra det har kommunen brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna.

Såsom Spectra har anfört skulle bolaget ha tilldelats kontrakt om koncernbolagens anbud förkastats. Det kan härigenom sägas att Spectra har lidit eller riskerat att lida skada av kommunens agerande. Häremot har kommunen under överprövningsprocessen invänt att Spectra inte har lidit eller riskerat att lida skada även om ett upphandlingsfel skulle anses ha begåtts. Invändningen motiveras med att bolaget inte uppfyller kvalificeringskrav avseende ekonomisk och finansiell ställning.

En invändning i överprövningsprocessen om att den sökande leverantören inte uppfyller samtliga krav får som regel anses ligga utanför prövningsramen när leverantörens anbud inte har förkastats. För det fall invändningen rör ett krav som den sökande leverantören anfört att den vinnande leverantören inte uppfyller, får dock prövningsramen anses omfatta även en sådan invändning från såväl den upphandlande myndigheten som den vinnande leverantören (jfr rättsfallet HFD 2013 ref. 24). Kommunens invändning om att Spectra inte uppfyller visst kvalificeringskrav ansluter sig inte till vad som åberopats inom ramen för Spectras talan. Den kan därför inte beaktas i detta mål.

Sammantaget finns det skäl för ingripande. Mot bakgrund av felets karaktär är det tillräckligt och lämpligt att rättelse sker på så sätt att en ny anbudsprövning görs efter det att kommunen närmare har utrett och prövat om koncernbolagens anbud är självständiga och oberoende i förhållande till varandra med iakttagande av de grundläggande principer som framgår av EU-domstolens ovan angivna avgöranden.

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

Roger Gavelin
tf. kammarrättslagman
ordförande

Linda Svärd
kammarrättsråd
referent

Morris Coskun
adjungerat råd

Mikaela Andersson
föredragande jurist



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.