

Stockholm den 16 juni 2021

Högsta förvaltningsdomstolen

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-
DOMSTOLEN
Bered Enhet 1

INKOM: 2021-06-16
MÅLNR: 3566-21
AKTBIL: 1

ÖVERKLAGANDE I UPPHANDLINGSÄRENDE

Sökande: VafabMiljö Kommunalförbund, org.nr 222000-3129
("Vafab")

Ombud: Advokaten Erik Olsson
Jur. kand. Magnus Ehn
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm
08-121 50 220
erik.olsson@kahnpedersen.se
magnus.ehn@kahnpedersen.se

Motpart: Chas Visual Management AB, org.nr 556726-4758
("Chas")

Ombud: Ann-Marie My Malmberg
c/o Chas Visual Management AB, Stubbsundsvägen 11
131 41 Nacka

Överklagat
avgörande: Kamrarrätten i Stockholms dom den 1 juni 2021 i mål nr
883-21

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

Vafabs upphandling "Ny extern webbsida",
Dnr 2019/0882-VKF ("Upphandlingen")

1. Inledning

- 1.1 Som ombud för Vafab överklagar vi härmed kamrarrättens ovan angivna dom och får med anledning av detta framställa följande yrkanden och grunder.

2. Yrkanden

- 2.1 Vafab yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska meddela prövningstillstånd samt, med upphävande av kammarrättens dom, avvisa eller alternativt avslå Chas ansökan om överprövning.

3. Grunder

- 3.1 Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen prövar frågan om en leverantör som inte har ingett anbud i en viss upphandling har talerätt i allmän förvaltningsdomstol mot upphandlingen i fråga. Eftersom en leverantör som inte ingett något anbud som absolut huvudregel inte har talerätt mot ett beslut att tilldela kontrakt i upphandlingen i fråga ska Chas talan avvisas.
- 3.2 Det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen prövar frågan om avgörandet HFD 2018 ref. 50 ("Golvprisdomen") innebär ett generellt hinder mot utvärderingsmodeller där priser som ligger under en viss angiven nivå inte premieras ytterligare i utvärderingskriteriet "pris". Eftersom den utvärderingsmodell som Vafab tillämpat i Upphandlingen är i enlighet med såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen ska Chas talan avslås.

4. Skäl för prövningstillstånd

- 4.1 Som framgår av de åberopade grunderna inrymmer kammarrättens avgörande två olika, principiellt viktiga, frågeställningar. Gemensamt för dessa frågeställningar är att det saknas vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen.

Frågan om talerätt

- 4.2 Enligt 20 kap. 4 § första punkten LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.
- 4.3 Rekvisitetet för talerätt har bedömts av Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2017 ref. 62.¹ Högsta förvaltningsdomstolen anger där att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen.
- 4.4 Att leverantören ska ha ett intresse av att tilldelas kontraktet framgår inte uttryckligen av 20 kap. 4 § LOU. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisade därvid till att den svenska regleringen av talerätten ska tolkas i ljuset av rättsmedelsdirektivets krav.² Det framgår av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet att prövningsförfaranden ska finnas till hands åtminstone för den som har eller har haft ett intresse av att få ingå ett visst avtal och som lidit eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

¹ Avgörandet avsåg en prövning enligt LOU i 2007 års lydelse. Den dåvarande utformningen av talerättsrekvisitetet i 16 kap. 4 § är dock identisk med lydelsen av 20 kap. 4 § i nuvarande LOU.

² Se artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG.

- 4.5 Mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens uttalande, att talerätten enligt LOU ska tolkas utifrån rättsmedelsdirektivet, finns det anledning att vid bedömningarna närmare granska EU-domstolens praxis på området.
- 4.6 I mål C-328/17 *Amt Azienda* prövade EU-domstolen frågan om en leverantörs rätt att väcka talan mot den upphandlande myndighetens beslut i ett anbudsförfarande som leverantören beslutat att inte delta i. Vad gäller kravet på att leverantören ska ha haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen, som en förutsättning för talerätt, uttalade EU-domstolen bl.a. att den som inte har avgivit något anbud svårligen kan visa att han har intresse av att motsätta sig beslutet eller att han har skadats på grund av tilldelningen.³ Däremot skulle det vara orimligt att för talerätten kräva att ett anbud ingetts i det fallet när den påstådda överträdelsen i sig är sådan att den medför att leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt är obefintliga.⁴
- 4.7 EU-domstolen summerar sitt resonemang enligt följande. *"Det ska således konstateras att kraven i artikel 1.3 i direktiv 89/665 och artikel 1.3 i direktiv 92/13 är uppfyllda när en operatör som inte har lämnat något anbud bland annat har rätt till prövning om han anser att specifikationerna i handlingarna avseende anbudsförfarandet gör det omöjligt att utforma ett anbud."*⁵
- 4.8 EU-domstolen angav också att eftersom det bara är i undantagsfall som en leverantör som inte ingett något anbud kan tillerkännas en rätt till prövning, krävs det att denne kan visa att villkoren i upphandlingen innebar att det var omöjligt att utforma ett anbud.⁶
- 4.9 Vad gäller omständigheterna i förevarande mål så valde Chas att inte inkomma med något anbud i Upphandlingen. Chas ansökte istället, efter det att anbudstiden hade gått ut, om överprövning med yrkande om att Upphandlingen skulle göras om.
- 4.10 Till grund för sin talan anförde Chas att den utvärderingsmodell som Vafab använt sig av var i strid med likabehandlingsprincipen eftersom anbud med ett lägre totalpris än 700 000 kronor inte erhöll något ytterligare mervärde vid anbudsutvärderingen. Chas hänvisade bl.a. till avgörandet HFD 2018 ref. 50 om s.k. golvpriser och hävdade att Vafab genom utvärderingsmodellen inte hade möjlighet att bedöma anbuden i verklig konkurrens med varandra samt att leverantörer förhindrades att konkurrera med sitt pris.
- 4.11 Kammarrätten har i sin dom visserligen konstaterat att bestämmelsen i 20 kap. 4 § LOU grundas på artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet men samtidigt anmärkt att direktivet innehåller gemensamma minimiregler inom EU samt att medlemsstaterna tillåts ha mer generösa bestämmelser om talerätt.
- 4.12 Mot bakgrund bl.a. av att Chas i e-postkorrespondens med Vafab uttryckt sin avsikt att inkomma med anbud fann kammarrätten att Chas haft rätt att ansöka om överprövning av Upphandlingen.

³ Se punkt 46 i domen.

⁴ Se punkt 47 i domen.

⁵ Se punkt 51 i domen.

⁶ Se punkt 53 i domen.

- 4.13 Vafab vill i sammanhanget särskilt anmärka att Chas vid e-postkorrespondensen inte påstod att utvärderingsmodellens utformning som sådan gjorde det *omöjligt eller meningslöst* för Chas att delta i Upphandlingen. Som skäl för att utvärderingsmodellen skulle justeras angav Chas istället att den var i strid med likabehandlingsprincipen. Om Chas, eller någon annan, skulle tilldelas kontrakt utifrån de givna förutsättningarna fanns då en risk för att Upphandlingen skulle behöva göras om. Det framgår således att Chas tillmätte sig självt goda möjligheter att inge ett konkurrenskraftigt anbud redan utifrån de givna villkoren i Upphandlingen.
- 4.14 Kammarrättens dom kan enligt Vafabs mening inte tolkas på annat sätt än att leverantörernas talerätt enligt LOU har bedömts som mer vidsträckt än vad som följer av rättsmedelsdirektivet och EU-domstolens vägledande avgöranden i frågan.⁷ Med hänsyn bl.a. till Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i HFD 2017 ref. 62 om att de svenska reglerna om talerätt ska tolkas i ljuset av rättsmedelsdirektivet finns det dock anledning att ifrågasätta kammarrättens bedömning.
- 4.15 Vafab kan konstatera att det saknas vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen som belyser huruvida LOU:s bestämmelser om talerätt är mer generösa än vad som krävs enligt unionsrätten, närmare bestämt i frågan om en leverantör som inte ingett något anbud ska anses ha talerätt trots att den påstådda överträdelsen i sig inte gjort det omöjligt för leverantören att utforma ett anbud. Mot denna bakgrund är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i målet.
- 4.16 Vid bedömningen av om prövningstillstånd ska meddelas bör det också beaktas att Kammarrätten i Sundsvall den 16 mars 2021 meddelat dom i mål nr 1776-20, där den sökande leverantören inte bedömdes ha talerätt för de anbudsområden där leverantören inte hade ingett anbud. Kammarrätten i Sundsvalls bedömning grundades på samma praxis från EU-domstolen som Vafab åberopar i förevarande mål. Förekomsten av divergerande kammarrättspraxis utgör ytterligare ett skäl för att Högsta förvaltningsdomstolen ska meddela prövningstillstånd.
- 4.17 Med hänvisning till det anförda ska Högsta förvaltningsdomstolen, efter meddelat prövningstillstånd, med upphävande av kammarrättens dom avvisa Chas ansökan om överprövning.

Fråga om golvprisdomens tillämplighet på utvärderingsmodeller

- 4.18 I Golvprisdomen uttalade Högsta förvaltningsdomstolen följande.

"En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande

⁷ Se även mål C-230/02 *Grossmann Air Service*.

myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra."

- 4.19 Golvprisdomen meddelades den 25 juni 2018 och avsåg golvpris som ett obligatoriskt krav där lägre pris ledde till förkastande av anbudet. Redan den 14 december 2018 kom den första kammarrättsdomen som tolkade Golvprisdomen som en generell begränsning som gäller alla golvpriser, dvs. även mot golvpriser i form av ett fastställt lägsta pris, varunder anbudsgivaren inte får något mervärde i utvärderingen av att sänka sitt pris ytterligare, se Kammarrätten i Göteborg, mål 2666-18.

I ett avgörande från februari 2019, mål 4551-18, underkänner Kammarrätten i Göteborg en utvärderingsmodell med ett så kallat relativt takpris för material, med motiveringen att en sådan modell utgör ett indirekt golvpris och därför är otillåten.

- 4.20 I april 2019 anger Kammarrätten i Stockholm i mål 1-19 att det är osäkert huruvida Golvprisdomen även innebär hinder mot utvärderingsmodeller med ett prisspann. I oktober 2019, mål nr 4427--4433-19, finner dock samma domstol att utvärderingsmodeller med prisspann, mot bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i Golvprisdomen, måste anses otillåtna.

- 4.21 I november 2019 finner Kammarrätten i Göteborg, mål 2819-19, utan att ta ställning till om sådana modeller är otillåtna eller inte, att sökanden inte visat att den lidit skada av en utvärderingsmodell där priser under en viss nivå automatiskt räknas upp till en viss angiven lägstanivå. I december samma år, i mål 3025-19, finner dock samma domstol att en sådan utvärderingsmodell är otillåten med hänvisning till Golvprisdomen.

- 4.22 I HFD 2020 ref. 24 får så Högsta förvaltningsdomstolen skäl att återbesöka frågan om golvpriser och uttalar följande:

"Det obligatoriska krav som nu är föremål för prövning innebär även det att leverantörerna inte får prissätta sina anbud helt fritt eftersom det pris som en leverantör anger för ett visst mängdintervall blir styrande för det pris som får anges för andra mängdintervall avseende samma typ av arbete. Däremot anger kravet ingen absolut nedre gräns för hur låga priser som får offereras. Kravet hindrar således inte leverantörerna från att konkurrera med sina priser. Kravet är inte heller konstruerat på ett sådant sätt att det leder till att onormalt låga anbud automatiskt förkastas.

Det nu aktuella obligatoriska kravet skiljer sig således på ett avgörande sätt från det som prövades i HFD 2018 ref. 50. Kravet kan enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte anses komma i konflikt med likabehandlingsprincipen eller med bestämmelserna om onormalt lågt anbud."

Med dessa uttalanden godkänner HFD ett sådant relativt takpris som enligt vad sökanden anfört i målet, innebär ett indirekt golvpris.

- 4.23 HFD:s uttalande i HFD 2020 ref. 24 besvarar emellertid inte den mer betydelsefulla fråga som aktualiseras i detta mål, nämligen om Golvprisdomen utgör ett allmänt hinder mot utvärderingsmodeller där priser under en viss angiven nivå, visserligen inte

förkastas, men inte heller tilldelas fler utvärderingspoäng vad avser pris än vad som är fallet med priser som ligger på den angivna nivån.

- 4.24 HFD 2020 ref. 24 kan nämligen läsas både som att det endast är obligatoriska priskrav som omfattas av Golvprisdomens förbud och som att alla utvärderingsmodeller som på något sätt missgynnar (eller vid en viss gräns – upphör att premiera) låga priser är otillåtna. Som framgår av det här överklagade kammarrättsavgörandet har i vart fall Kammarrätten i Stockholm uppfattat Golvprisdomen och HFD 2020 ref. 24 på ett sådant mer omfattande sätt.
- 4.25 Som Vafab utvecklat i sina inlagor till kammarrätten innebär en sådan läsning av Högsta förvaltningsdomstolens praxis en långtgående begränsning av upphandlande myndigheters möjlighet att efterfråga och utvärdera anbud med utgångspunkt i myndighetens egna behov och önskemål och medför i förlängningen att majoriteten av de idag mest använda utvärderingsmodellerna, såsom exempelvis den mycket populära så kallade mervärdesmodellen, kan sättas i fråga. Vidare träffas även begränsningar som inte är kopplade till en önskan att förkasta onormalt låga anbud utan istället syftar till att fokusera anbudsgivarnas ansträngningar till de mervärden som har störst betydelse för den upphandlande myndigheten.
- 4.26 Mot denna bakgrund finns det skäl för Högsta förvaltningsdomstolen att meddela prövningstillstånd och klargöra det rättsläge som Högsta förvaltningsdomstolen började beskriva i Golvprisdomen.
- 4.27 Med hänvisning till det anförda ska Högsta förvaltningsdomstolen, efter meddelat prövningstillstånd, med upphävande av kammarrättens dom avslå Chas ansökan om överprövning.

5. Utveckling av talan

- 5.1 Till utveckling av talan i övrigt hänvisar Vafab i nuläget, dvs. i avvaktan på ett eventuellt prövningstillstånd, till sina inlagor i de underliggande målen vid förvaltningsrätten och kammarrätten.

Stockholm som ovan



Erik Olsson



Magnus Ehn