

Vid en prövning mot de allmänna principerna för upphandling har en förhandling under ett förhandlat förfarande kommit att genomföras på ett sätt som direkt eller indirekt kunnat ge information om det konkurrerande anbudet. Detta förfarande har ansetts strida mot likabehandlingsprincipen.

Lagrum:

1 kap. 24 §, 2 kap. 9 § och 16 kap. 6 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Sundsvalls kommun genomförde en upphandling i form av ett förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Vid anbudstidens utgång hade två anbud lämnats. Kommunen genomförde förhandlingar. En utgångspunkt för förhandlingarna var att det ena anbudet borde förhandlas ned med 10 procent och det andra med 30 procent. Det anbud antogs som hade lägst pris.

En av anbudsgivarna, Eurofins Environment Testing Sweden AB (*Eurofins*), ansökte om överprövning och yrkade i första hand att förvaltningsrätten skulle förordna att upphandlingen skulle rättas på så sätt att en ny prövning av inkomna anbud skulle genomföras, alternativt att den prissänkning som den vinnande leverantören offererat efter förhandlingen inte skulle beaktas. I andra hand yrkade Eurofins att upphandlingen skulle göras om. Eurofins anförde att den vinnande anbudsgivaren erhållit information om Eurofins prisnivå på ett sätt som stod i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF. – Eurofins anförde bl.a. följande. Kommunen har agerat i strid med LUF eftersom man kvalificerat ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav. Vidare har kommunen vid genomförd förhandling dels informerat ALcontrol att deras anbud inte var konkurrenskraftigt i prishänseende, dels lämnat tydlig information om hur mycket priset måste sänkas för att bli konkurrenskraftigt. Kommunen har även agerat i strid med LUF då man tillåtit ALcontrol att komma in med en ny prisbilaga med ett kraftigt reducerat pris efter anbudstidens utgång och utvärderat detta anbud. Den nya prisbilagan var inte ett resultat av en egentlig förhandling, utan ett resultat av att anbudsgivaren erhållit information om den andre anbudsgivarens prisnivå. Anbud som inkommer efter det att anbudstiden löpt ut får inte beaktas. – – – Vad sedan avser förhandlingen genomförde kommunen och Eurofins denna den 19 mars 2014. Som framgår av förhandlingsanteckningarna begärde kommunen att Eurofins skulle sänka sitt anbud med tio procent. Eurofins förklarade vid förhandlingen att man var beredd att sänka sitt anbudspris med fem procent, och det slutligen offererade priset innebar en sänkning med 5,93 procent, vilket innebar ett pris om 2 263 158 kronor. Efter att kommunen förhandlat med Eurofins förhandlade man med ALcontrol, som också är den befintliga leverantören. Enligt förhandlingsanteckningarna förklarade kommunen då att anbudet måste sänkas med 30 procent för att det skulle kunna gå vidare i upphandlingen.

Anbudet sänktes då med hela 30,43 procent, och stannade på 2 258 800 kronor, således en skillnad mellan de två anbuden på mindre än 5 000 kronor. Då kommunen påbörjade förhandlingen med ALcontrol visste man således redan att Eurofins var berett att sänka sitt anbudspris med fem procent, och meddelade ALcontrol att denne behövde sänka sitt anbud med minst 30 procent. Kommunen gav med andra ord direkt information till ALcontrol om vad som krävdes för att offerera lägst pris i upphandlingen. Kommunen har således på ett felaktigt sätt gynnat ALcontrol genom att lämna ut uppgifter om Eurofins anbud. Vid tiden för uppgiftens röjande förelåg dessutom absolut anbudssekretess. Denna prissänkning förefaller inte ha skett genom några direkta ändringar av anbudet eller vara ett resultat av en förhandling i syfte att anpassa anbudet efter kommunens krav utöver att priset måste bli lägre än det pris Eurofins lämnat. Kommunen har på detta sätt gynnat ALcontrol på ett sätt som står i strid med de grundläggande principerna i LUF. Förhandlingen med Eurofins hölls i sin helhet innan förhandlingen med ALcontrol påbörjades. – Vidare är Eurofins av uppfattningen att den prisbilaga som ALcontrol lämnat in efter förhandlingen är att anse som ett nytt anbud. Då det kommit in efter anbudstidens utgång skulle kommunen rätteligen ha bortsett från detta (jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3513-09). ALcontrol gavs möjlighet att lämna justerat pris vid två tillfällen och efter den sista justeringen hamnade anbudspriset precis under Eurofins anbud.

Kommunen bestred bifall till ansökan och anförde bl.a. följande. – Det föreligger inte någon brist i förhållande till i upphandlingen ställda obligatoriska krav i det antagna anbudet. – Vad sedan gäller de genomförda förhandlingarna så skedde båda dessa den 19 mars 2014. Inför förhandlingarna förebereade sig kommunen genom att ta fram en strategi för hur man skulle kunna förhandla fram ett så lågt pris som möjligt för kommunen. Kommunen bedömde då att Eurofins troligen inte skulle kunna sänka sitt anbud med mer än tio procent. ALcontrols anbud var så pass mycket högre än Eurofins anbud och kommunen bedömde att ALcontrols anbud skulle behöva sänkas med i vart fall 30 procent. Utsikterna för en så stor sänkning bedömdes som små. Båda anbudsgivarna inkom dagen efter med uppdaterade prisbilagor. Inte förrän vid denna tidpunkt hade kommunen således mottagit de slutliga anbudspriserna, och hade således inte ens möjlighet att avslöja respektive anbudsgivares pris för den andre parten. Kommunen vill vidare understryka att förhandlingen gjordes inom ramen för ett förhandlat förfarande enligt LUF, varvid det inte föreligger någon begränsning avseende hur förhandlingen ska genomföras eller vad den får omfatta så som det gör i LOU, så länge de grundläggande principerna iakttas. Den dom som Eurofins hänvisar till rör förhandlat förfarande enligt LOU. Kommunen har således inte till någon anbudsgivare gett särskild information om hur denne skulle agera för att tilldelas kontrakt. Att de båda anbudsgivarna gett in nya prisbilagor kan inte heller anses strida mot LUF då båda anbudsgivarna fått och tagit möjligheten att efter förhandling uppdatera sina priser. Båda anbudsgivarna har fått möjlighet att justera sina anbudspriser två gånger. Eurofins lämnade initialt en

prissänkning som innebar fem procent för att slutligen ange en prissänkning om 5,93 procent. Det förhållandet att de båda anbudens pris hamnade så nära varandra kan endast tolkas som att båda leverantörerna pressade sina priser långt och är inget kommunen kan klandras för. Tvärtom är ett sådant utfall vad som eftersträvas.

Förvaltningsrätten i Härnösand (2014-09-24, ordförande Widmark)

yttrade: – Bestämmelser – Upphandlande enheter ska 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 (1 kap. 24 § LUF). – Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling (16 kap. 4 § 1 LUF). – Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i LUF och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LUF). – I 2 kap. 9 § LUF definieras förhandlat förfarande som ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. – I kommunens anteckningar vid förmöte inför förhandling den 19 mars 2014 anges bl.a. följande. Två anbud hade kommit in och anbudens totalsumma skiljde sig kraftigt åt och anbudet från Eurofins var i storleksordningen 25 procent lägre än anbudet från ALcontrol. Då bägge anbudsgivarna förfogar över en kompetent organisation och ansågs helt likvärdiga i fråga om övriga villkor, återstod endast priset att förhandla om. Eurofins anbud var mycket intressant med bra prisnivå och en totalkostnad om 2 405 811 kronor. I ALcontrols anbud angavs totalpriset 3 242 921 kronor, betydligt högre nivå på jämförelsepriserna än Eurofins. Man enades om att försöka förhandla ner Eurofins avtal med tio procent och ALcontrols med 30 procent. För ALcontrols del antogs sannolikheten att vinna kontraktet vara synnerligen liten med tanke på den stora procentuella skillnaden mot Eurofins anbud, 33 procent skulle krävas för att gå förbi Eurofins anbudssumma. Sannolikheten att nå större reduktion än 20 procent bedömdes som ganska små. – – –

Förvaltningsrättens bedömning – Förvaltningsrätten ska pröva om kommunens upphandling av Laboratorietjänster genomförts i enlighet med unionsrätten och LUF. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till de grunder bolaget har åberopat till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69). – – – Förfarandet vid förhandlingen – Vidare har Eurofins anfört att kommunen vid förhandlingen gynnat ALcontrol genom att lämna sådana uppgifter om Eurofins prisnivå att ALcontrol kunnat anpassa sitt anbudspris så att ALcontrol lämnat lägst pris. – Vad gäller vad som förevarit vid förhandlingen konstaterar förvaltningsrätten följande. Genom att vid förhandlingen med ALcontrol uppge att för att ALcontrol ska kunna gå vidare i förhandlingen måste den totala prisbilden ned med minst 30 procent, har kommunen lämnat tydlig information i strid med 1 kap. 24 § LUF, och därigenom satt konkurrensen ur spel. Förvaltningsrätten fäster här avseende vid att det av minnesanteckningarna framgår att ALcontrol fick ett klart siffermässigt

besked och då kunde anta att detta hade samband med konkurrentens anbud. Kommunen hade kunnat förhandla fram en prissänkning på ett sätt som inte gav information om det andra anbudet. Eurofins har i vart fall riskerat att lida skada till följd av detta agerande och det föreligger därmed grund för ingripande enligt LUF. – Det har däremot inte kommit fram annat än att den nya prisbilaga som ALcontrol lämnade efter förhandlingen föranletts av den förhandling som hölls, varför den nya prisbilagan inte är att anse som ett nytt anbud efter anbudstidens utgång eller annan otillåten komplettering. – Det fel som begåtts och som utgör grund för ingripande enligt LUF är alltså att kommunen vid förhandlingen tydligt angett hur mycket ALcontrol behövde sänka sitt anbudspris för att kunna vinna upphandlingen. Att kommunen innan förhandlingen inte trodde att det var realistiskt att ALcontrol skulle gå med på en så stor sänkning, eller att Eurofins hade vunnit upphandlingen ändå om de erbjudit en större sänkning än vad som gjordes, saknar betydelse vid denna bedömning. Då detta fel begåtts under förhandlingen och således i utvärderingsfasen, finner förvaltningsrätten att det är en tillräckligt ingripande åtgärd att rätta upphandlingen, vilket ska ske på så sätt att ny utvärdering ska göras utan beaktande av det nya anbudspriset som ALcontrol lämnade efter förhandlingen. – Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LUF, enligt vilken den upphandlande enheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. – Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, UH-2013-256, ska rättas genom att en ny utvärdering ska göras, varvid det nya anbudspriset som kom in från ALcontrol AB med anledning av förhandlingen inte får beaktas.

Kommunen överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten skulle avslå Eurofins ansökan om överprövning av upphandlingen. Kommunen anförde bl.a. följande. Kommunen har inte röjt innehållet i Eurofins anbud för ALcontrol på ett sätt som medfört att ALcontrol kunnat anpassa sitt anbud och därigenom vinna upphandlingen.

Kammarrätten i Sundsvall (2014-11-03, Mobacke, Lind, referent, Eriksson) yttrade: Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande. – Även med beaktande av vad kommunen nu anført gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.

Kommunen överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen, med upphävande av domen, skulle avslå Eurofins ansökan om överprövning. Kommunen anförde bl.a. följande. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna har iakttagits vid förhandlingarna. Om båda anbudsgivarna hade sänkt sina anbudspriser i enlighet med de besked kommunen hade lämnat vid förhandlingarna, hade Eurofins lämnat det lägsta anbudet och därmed tilldelats kontrakt i

upphandlingen. Information om innehållet i Eurofins anbud eller anvisningar om hur anbudsgivaren ska agera för att tilldelas kontrakt i upphandlingen har inte getts till vinnande anbudsgivare. Båda anbudsgivarna har getts möjlighet att justera anbudspriserna till den målprisnivå kommunen i förväg hade satt upp och har därvid haft att räkna med att ett annat anbud skulle antas om kommunens begäran om justering till den angivna nivån inte skulle hörsammas. Det föreskrivs ingen begränsning för hur förhandlingar med anbudsgivare ska genomföras eller vad sådana förhandlingar får omfatta. Det är tillåtet att enbart förhandla om anbudspriserna.

Eurofins bestred bifall till överklagandet och anförde bl.a. följande. Kommunen har under förhandlingarna gett anbudsgivarna olika information. Vinnande anbudsgivare fick beskedet att priset måste sänkas med 30 procent för att kunna gå vidare i förhandlingen. Det är uppenbart att detta innebar att anbudsgivaren behövde sänka sitt pris med 30 procent för att vinna upphandlingen. Kommunen har därmed avslöjat Eurofins prisnivå, dvs. vad som krävs för att lämna lägst pris och därmed agerat i strid med lagen.

Konkurrensverket yttrade sig i målet. Av yttrandet framgick bl.a. följande. Rena prispförhandlingar torde inte i sig innebära en påtagligt större risk för överträdelser av de grundläggande principerna, jämfört med förhandlingar som också gäller andra kontraktsvillkor än priset. Vid bedömningen av om de grundläggande principerna iakttagits under ett förhandlat förfarande är det relevant att pröva på vilket sätt förhandlingen har genomförts, snarare än vilken typ av kontraktsvillkor som varit föremål för förhandling. Under förutsättning att förhandlingen genomförts transparent och på ett sätt som likabehandlar samtliga anbudsgivare bör det vara tillåtet att förhandla om enbart anbudspriserna. Bedömningen huruvida en förhandling har genomförts i enlighet med principerna om likabehandling och transparens får göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Högsta förvaltningsdomstolen (2015-11-09, Almgren, Nord, Bull, Baran, Andersson) yttrade:

Skälen för avgörandet

Den rättsliga regleringen

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter ska 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.

Enligt 2 kap. 9 § LUF avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande enheten bjuder in utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

En upphandlande enhet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 24 § LUF (jfr HFD 2012 ref. 48, I och II, och där angivna rättsfall). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. Reglerna för det förhandlade förfarandet öppnar för möjligheten att förhandla om ett eller flera av kontraktsvillkoren. Förhandlingarna får avse en eller flera av anbudsgivarna.

Av utredningen i målet framgår att de två anbuden ansetts vara likvärdiga avseende andra kontraktsvillkor än priset och att bedömningen gjordes att det borde vara möjligt att förhandla fram en gynnsammare prisnivå. Som nyss sagts finns det inte några hinder för en sådan förhandling. Det som i stället blir avgörande är hur förhandlingen genomförs. När anbuden i alla andra hänseenden anses likvärdiga blir nämligen priset det enda återstående konkurrensmedlet för respektive anbudsgivare.

I den aktuella upphandlingen har förhandlingen utförts så att kommunen hos anbudsgivarna begärt att det ena anbudspriset ska sänkas med en viss procentsats och det andra med en annan procentsats. Högsta förvaltningsdomstolen instämmer i underinstansernas bedömning att förhandlingen därigenom kommit att genomföras på ett sätt som direkt eller indirekt kunnat ge information om det konkurrerande anbudet. Detta förfarande strider mot likabehandlingsprincipen och har varit till skada för sökanden. Överklagandet ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Mål nr 6309-14, föredragande Anna Vilgeus Hultdt