



**SÖKANDE**

Edenred Sweden AB, 556253-6341  
105 40 Stockholm

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder  
Hamilton Advokatbyrå KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

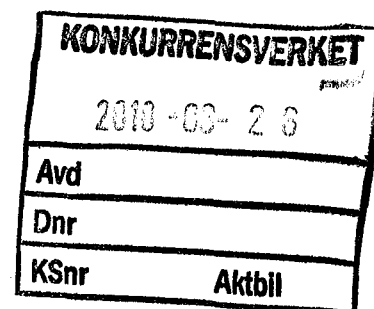
SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798  
117 99 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



**YRKANDEN M.M.**

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av ramavtal avseende lunchkort, Lunchkort 2016-2 projektnummer 10342. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna om öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. I tilldelningsbeslut den 8 december 2016 meddelades att annan anbudsgivare än Edenred Sweden AB (bolaget) tilldelats kontrakt i upphandlingen ifråga om de geografiska områdena Dalarnas län, Gotlands län, Gävleborgs län, Hallands län, Jämtlands län, Kalmar län, Norrbottens län, Skåne län, Stockholms län, Uppsala län, Värmlands län, Västmanlands län, Örebro län och Östergötlands län.

**Bolaget** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen såvitt avser ovan angivna områden ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Utvärderingsmodellen i upphandlingen har inneburit att samtliga anbudsgivare erhållit lägsta möjliga jämförelsesumma och att lottning har använts för tilldelning av kontrakt. Modellen har vid dessa förhållanden inte säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antagits. Förfrågningsunderlaget står därför i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Bolaget riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § första stycket LOU.

I RÅ 2009 ref. 60 angav HFD att det inte finns något principiellt hinder mot att använda lottning för att särskilja två anbud med samma offererade pris åt. Rättsfallet innebär dock inte att det alltid är förenligt med LOU att använda lottning. Om så vore fallet skulle en upphandlande myndighet kunna ställa upp ett antal obligatoriska krav på den vara eller tjänst som upphandlas och sedan genomföra lottning mellan de anbud som uppfyller de obligatoriska kraven, utan att utvärderingskriterierna får någon som helst praktisk betydelse för upphandlingens utgång. Detta skulle stå i uppenbar strid med

LOU, eftersom en sådan modell inte skulle säkerställa ett rättvisande resultat på så sätt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. För att kunna avgöra om lottning kan användas i en upphandling måste alltså en bedömning göras av utvärderingsmodellen i sin helhet samt det resultat som den ger i den aktuella situationen. Bolaget hänvisar därvid till Förvaltningsrättens i Stockholm dom i mål nr 18036-11.

Den aktuella utvärderingsmodellen ger inte ett rättvisande, icke godtyckligt resultat. Eftersom lottning är helt och hållet slumpmässig leder den per definition till ett godtyckligt resultat mellan de anbudsgivare som deltar. Det finns stöd i bland annat Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 5293-10 för att en utvärderingsmodell - för att vara förenlig med LOU – ska säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Utvärderingskriterierna i förevarande upphandling har inte haft någon som helst betydelse när det gäller att särskilja anbuden från varandra. Redan när upphandlingen annonserades har det stått fullständigt klart att samtliga anbudsgivare skulle offerera lägsta möjliga anbudssumma och erhålla ett maximalt mervärde för utvärderingskriteriet i punkt 4.4.4 i förfrågningsunderlaget. Det har alltså varit omöjligt att på grundval av de angivna kriterierna göra en utvärdering av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

SKI har tidigare under år 2016 påbörjat en upphandling av lunchkort, men den avbröts. Samma utvärderingskriterium som anges i punkt 4.4.4 i förfrågningsunderlaget, det vill säga tid för laddning av kort, angavs också tidigare. Bolaget inkom med anbud även i den tidigare upphandlingen och offererade även då en (1) dag. Vad gäller priset skilde sig bolagets anbud från anbudet i den nuvarande i ett avseende, nämligen att bolaget för en delpost i den tidigare upphandlingen offererade en negativ procentsats. I den tidigare upphandlingen fanns inte skrivningen i punkt 4.5.2 om att negativ prissättning inte accepteras. Eftersom bolaget tidigare offererade en negativ procentsats måste det ha varit helt uppenbart för SKI att bolaget nu skulle

komma att offerera det lägsta tillåtna priset. Vidare måste det ha varit uppenbart att bolaget skulle offerera samma tid för laddning av kort som i den första upphandlingen och att bolaget skulle erhålla maximal utvärderingspoäng för utvärderingskriteriet i punkt 4.4.4. Sammantaget måste det ha stått klart för SKI att anbudsgivarna skulle komma att erhålla lägsta möjliga jämförelsesumma, eller i vart fall att en mycket stor risk förelåg för ett sådant scenario, och att lottning därför skulle komma att avgöra upphandlingen. Utvärderingsmodellen har utformats i strid med LOU. Om överträdelsen inte förelegat hade bolaget utformat sitt anbud baserat på helt andra förutsättningar, varför anbudet högst sannolikt hade sett annorlunda ut.

I punkt 4.5.2 i förfrågningsunderlaget anges att negativ prissättning inte accepteras i upphandlingen, det vill säga att anbudsgivare som lägst kan lämna noll (0) kr och noll (0) procent i anbud samt att anbud som innehåller negativa priser kommer att uteslutas ur upphandlingen. Uteslutning på grund av lågt pris vid upphandling enligt LOU får endast göras efter tillämpning av förfarandet som anges i 12 kap. 3 § LOU. Förbudet mot negativ prissättning i upphandlingen, med påföljden att ett anbud med negativ prissättning per automatik utesluts utan att anbudsgivaren ges någon möjlighet att förklara sin prissättning, hindrar således att 12 kap. 3 § LOU tillämpas. Ett av huvudskälen för att förfarandet i bestämmelsen har inrättats är för att säkerställa att anbudsgivare ska kunna visa att ett lågt anbud inte är osunt strategiskt utan seriöst menat. Det finns inte någon anledning att skilja mellan negativa priser och nollanbud eller låga anbud i övrigt. Detta eftersom det kan finnas godtagbara förklaringar till ett anbud med negativa priser i lika hög grad som när det gäller ett nollanbud eller ett i övrigt lågt anbud. Vad som nu anförts stöds av HFD 2016 ref. 3 (II). Förbudet saknar stöd i LOU och strider mot likabehandlingsprincipen, 1 kap. 9 § LOU och 12 kap. 3 § LOU.

I EU-domstolens dom i mål 103/88 (*Fratelli Costanzo*) framgår bland annat följande i punkterna 18-20. Ett matematiskt uteslutningskriterium fråntar de anbudsgivare som har lämnat in särskilt låga anbud möjligheten att visa att deras anbud är seriösa. I upphandlingsdirektivet föreskrivs ett precist och detaljerat förfarande för undersökning av anbud som förefaller onormalt låga, för att göra det möjligt för de anbudsgivare som lämnat in särskilt låga anbud att visa att dessa är seriösa. Detta syfte skulle äventyras om medlemsstaterna väsentligt kunde avvika från bestämmelsen. Det är därför förbjudet att införa bestämmelser enligt vilka vissa enligt ett matematiskt kriterium bestämda anbud automatiskt utesluts från tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt, istället för att ålägga den upphandlande myndigheten att tillämpa det i direktivet föreskrivna kontradiktoriska undersökningsförfarandet (se även punkterna 45-53 i EU-domstolens dom i målen C-285/99 och C-286/99, *Lombardini* och *Mantovani*). Bolaget hänvisar även till Konkurrensverkets rapport 2013:6 *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel* s. 67 samt till Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 1299-13.

Förbudet avser var och en av de sju prisposter som anges i prisbilagan. Detta innebär att inte bara anbud som får en negativ prissumma utesluts automatiskt. Även ett anbud som innehåller ett (1) negativt värde som ligger mycket nära noll kr på en av prisposterna, men som samtidigt har angivit nollpriser eller positiva priser på resterande poster, ska uteslutas per automatik. Ett uppenbart alternativ i upphandlingen hade varit att tillåta fri prissättning. SKI:s farhåga att upphandlande myndigheter skulle ha svårt att hantera negativa priser under avtalstiden är helt ogrundad i den förevarande upphandlingen. De potentiella problem som ibland kan vara förknippade med negativ prissättning i offentliga upphandlingar föreligger över huvud taget inte. Förbudet mot negativ prissättning hindrar bolaget från att fullt ut tillämpa den affärsmodell som det normalt använder på den aktuella marknaden. Om SKI rätteligen hade tillåtit negativ prissättning i upphandlingen

hade bolaget kunnat inkomma med ett anbud baserat på andra förutsättningar och kunnat offerera det lägsta anbudspriset. Bolaget har således åtminstone riskerat att lida skada till följd av det otillåtna förbudet.

Det finns inte någon så kallad preklusionsfrist i LOU, innebärande en skyldighet för leverantörerna att påtala vissa brister i en upphandling redan under anbudstiden för att därefter ha en möjlighet att kunna åberopa dessa brister i en överprövning. Det anges inte i 16 kap. 6 § LOU någonting om en skyldighet för anbudsgivare att begränsa sin skada eller en skyldighet att påtala brister under anbudstiden. Vidare finns ingen svensk rättspraxis och inga förarbetsuttalanden som anger att en skyldighet att begränsa sin skada eller att påtala brister under anbudstiden skulle föreligga, vilket inte heller görs gällande av SKI. Inte heller i EU:s rättsmedelsdirektiv nämns någonting om detta. Inget av de avgöranden från EU-domstolen som SKI åberopar avser en bedömning av skaderekvisitet.

**SKI** bestrider bifall till bolagets yrkande och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Utvärderingsmodellen i upphandlingen har lett till att bolaget och Sodexo erhållit samma utvärderingspoäng. SKI har mycket svårt att förstå hur detta utfall skulle kunna innebära att upphandlingen inte genomförts på ett öppet sätt eller att anbudsgivarna inte har behandlats likvärdigt.

Av RÅ 2009 ref. 60 följer att det är tillåtet att skilja anbud åt genom lottning om det inte går att skilja anbuden åt på något annat vis. Lottning är en metod som inte gynnar någon av anbudsgivarna och är per definition likabehandlande. Det saknade betydelse för Regeringsrättens bedömning i ovan nämnda mål huruvida de upphandlande myndigheterna kunnat förutse att anbudsgivarna skulle lämna samma pris. I målet hade den upphandlande myndigheten tillämpat tilldelningsgrunden ”lägsta pris”. Att SKI inte tillämpat ”lägsta pris” utan istället ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud” som

tilldelningsgrund kan inte innebära att möjligheterna till lottning minskar, snarare tvärtom. Av Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 6215-11 framgår dessutom att lottning är tillåtet även vid tilldelningsgrunden "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud" samt när det funnits möjlighet att tillämpa mer finkalibrerade utvärderingskriterier, om resultatet av att tillämpa den annonserade utvärderingsmodellen varit att anbuden fick samma poäng.

SKI har i upphandlingen funnit anledning att ge mervärde åt anbudsgivare som kan garantera en kortare tid för laddning av kort. Detta är ett bra utvärderingskriterium som skapar ett tydligt mervärde för den upphandlande myndigheten. Det är objektivt och uppfyllelsen kan löpande kontrolleras under avtalstiden. SKI hade givetvis kunnat konstruera andra tilldelningskriterier. SKI gjorde dock bedömningen att det inte är rimligt att tillskapa konstlade utvärderingskriterier endast för att ha ett annat instrument än lottning för att skilja anbudsgivarna åt i händelse att anbuden är jämnbra i övrigt. Tvärtom anser SKI att ett sådant förfarande hade stått i strid med LOU. Av Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 6215-15 framgår dessutom tydligt att denna fråga saknar betydelse för möjligheten att tillgripa lottning.

Det har inte varit uppenbart att anbuden skulle få samma utvärderingspris. Kravet på täckning (alltså frågan om i vilka restauranger kortet ska kunna användas) var betydligt högre ställt än i andra upphandlingar och SKI trodde att det skulle kunna få effekt för anbuden. Om det varit uppenbart för bolaget att lottning skulle krävas för att skilja anbuden åt är SKI mycket frågande till varför det inte påtalades under anbudstiden.

Golvpriser, takpriser och fasta priser är vidare tillåtna krav i upphandlingar. SKI har inte velat ha negativ prissättning i upphandlingen. Negativa priser används ofta i syfte att manipulera anbudsmodeller och lämna osunt strategiska anbud. De är dessutom svåra att hantera för de upphandlande myndigheterna under avtalstiden. Att begränsa prissättningen till positiva belopp

och procentsatser måste anses vara okontroversiellt. Det är tydligt att golvpriser är accepterade av svenska domstolar, den svenska lagstiftaren och av EU-lagstiftaren. Särskilt kan nämnas Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 1141-15. Både förvaltningsrätten och kammarrätten gjorde skillnad på ett klart och tydligt golvpris och tillämpningen av bestämmelsen om onormalt låga anbud. Samma tolkning har även gjorts av exempelvis Förvaltningsrätten i Göteborg i mål nr 3441-16. EU-lagstiftarens syn på saken framgår av artikel 67.2 i direktiv 2014/24/EU (Nya direktivet). Där anges gällande tilldelningsgrunder att kostnadselementet också kan ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där de ekonomiska aktörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier. Ett ”fast pris” är ett pris som är både golv- och takpris. Anbud som avviker från det fastställda priset kan inte antas. Att ”fast pris” skulle vara tillåtet men golvpris otillåtet framstår som minst sagt ologiskt.

För det fall att förvaltningsrätten skulle anse att SKI brutit mot LOU har bolaget inte kunnat lida skada därav. Vid all offentlig upphandling har anbudsgivarna en omsorgsplikt, vilken har kommit till uttryck i flera avgöranden från EU-domstolen. Omsorgsplikten kan beaktas antingen inom ramen för prövningen av om den upphandlande myndigheten överträtt en viss princip eller inom ramen för skaderekvisitet. En anbudsgivare som inte varit normalt omsorgsfull har bidragit till sin egen skada på ett sådant sätt att den inte kan ha lidit skada av den upphandlande myndighetens eventuella överträdelse. EU-domstolens praxis innebär att anbudsgivare, för att anses vara normalt omsorgsfulla, måste begära ett förtydligande från den upphandlande myndigheten om de anser att förfrågningsunderlaget är otydligt. Anbudsgivare som inte är normalt omsorgsfulla kan inte efter att tilldelningsbeslut meddelats påstå att de inte kunnat lämna anbud på grund av oklarheter i förfrågningsunderlaget.



## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### **Aktuella bestämmelser**

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har den 1 januari 2017 upphävts och ersatts med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Av övergångsbestämmelserna framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § första stycket samma lag framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Bolaget har gjort gällande att den av SKI tillämpade utvärderingsmodellen inte har säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antagits och att förfrågningsunderlaget därför står i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Av förfrågningsunderlaget punkt 2.9.3 framgår att utvärdering ska ske enligt principen ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud” samt att bedömningen görs utifrån mervärdesmetoden. Vidare framgår att anbud som vid utvärderingen

får lägst jämförelsesumma per geografiskt område rangordnas som nummer ett, anbud med näst lägst jämförelsesumma som nummer två osv. Om två anbud får samma jämförelsesumma sker lottning av tredje part utsedd av SKI. Lottning sker per geografiskt område.

Av utredningen i målet framgår att två anbudsgivare inkommit med anbud i den aktuella upphandlingen, Edenred Sverige AB och Sodexo Pass Sweden AB, och att båda anbuden uppfyllde kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget. Vidare framgår att anbuden vid utvärdering erhållit samma jämförelsesumma inom samtliga geografiska områden och att lottning av tredje part har skett.

Det finns inte någon reglering som särskilt tar sikte på vilket anbud som ska antas för det fall då kvalificerade anbud erhållit samma poäng. Lottning mellan de olika anbuden har bedömts utgöra en objektiv metod för att utse det vinnande anbudet. Högsta förvaltningsdomstolen fann i RÅ 2009 ref. 60 avseende en upphandling där anbud med lägsta priset skulle antas att två lika anbud kan särskiljas genom lottning. Enligt förvaltningsrättens mening kan detta synsätt tillämpas även vid en upphandling där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas, under förutsättning att de grundläggande principer som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följs.

Det framgår av det aktuella förfrågningsunderlaget att lottning kommer att ske för det fall att två anbud vid utvärderingen får samma jämförelsesumma. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten inte att tillämpningen av lottning kan anses stå i strid med transparensprincipen. Lottning får vidare anses utgöra en objektiv metod för att utse det vinnande anbudet. Det har inte framkommit på vilket sätt metoden skulle stå i strid med likabehandlingsprincipen. Inte heller finner förvaltningsrätten utifrån vad bolaget har anfört att det framkommit att SKI på annat sätt agerat i strid med LOU eller de

grundläggande principerna vid utformandet eller tillämpningen av utvärderingsmodellen. Skäl för ingripande på denna grund föreligger därför inte.

Bolaget har vidare gjort gällande att SKI:s i förfrågningsunderlaget uppställda krav i punkt 4.5.2 att negativ prissättning inte accepteras i upphandlingen saknar stöd i LOU och strider mot likabehandlingsprincipen, 1 kap. 9 § LOU och 12 kap. 3 § LOU.

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU utgör en skyddsregel för anbudsgivarna och tar sikte på att ett anbud inte får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren har fått chansen att först lämna en förklaring. Enligt förvaltningsrättens mening syftar bestämmelsen dock inte till att reglera begränsningar av vilka krav en myndighet kan välja att uppställa i en upphandling. En upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i en upphandling, under förutsättning att kraven är förenliga med principerna för offentlig upphandling, däribland proportionalitetsprincipen. Det aktuella kravet avser ett förbud mot så kallad negativ prissättning. SKI har angett att förbudet uppställts eftersom man anser att negativa priser ofta används i syfte att manipulera anbudsmodeller och lämna osunt strategiska anbud samt att de är svåra att hantera för de upphandlande myndigheterna under avtalstiden. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund inte att förbudet kan anses oproportionerligt eller att det i övrigt strider mot LOU eller de bakomliggande principerna. Med hänsyn härtill utgör inte heller detta skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis har bolaget inte i målet visat att SKI agerat i strid mot LOU. Ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Eva Norling

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

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.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

