



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 3

DOM
2020-02-19
Meddelad i Göteborg

Mål nr
866-20

SÖKANDE

Canon Svenska AB, 556072-2224
Ombud: Anna Holmqvist Boulonois

MOTPART

Halmstads kommun
Ombud: Carl-Magnus Billström

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2020-02-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningen.

BAKGRUND

Halmstads kommun (kommunen) har genomfört en förnyad konkurrensutsättning av multifunktionsskrivare (MFS) och skrivare från ramavtalet ”Skrivare som tjänst och produkt”, dnr KS 2019/00184. Två anbud inkom – från Canon Svenska AB (Canon) respektive Office Sverige AB (Office). Anbudet från Office uppfyllde inte kraven i upphandlingen och förkastades därför.

Den 4 juni 2019 beslutade kommunen att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angav kommunen att det efter anbudsutvärderingen bara kvarstod ett giltigt anbud (dvs. Canons anbud) och att någon effektiv konkurrens därmed inte kunde åstadkommas.

Canon ansökte om överprövning av avbrytandebeslutet. Den 23 september 2019 beslutade kommunen att återta sitt tidigare beslut. I beslut den 26 september 2019 skrev Förvaltningsrätten i Göteborg av målet (mål nr 7397-

Dok.Id 666955

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

19) från fortsatt handläggning med motiveringen att det inte fanns något för domstolen att pröva. Office ansökte dock sedermera om överprövning av kommunens beslut den 23 september 2019. I dom den 6 december 2019 (mål nr 4748-19) biföll Förvaltningsrätten i Falun ansökan och upphävde kommunens beslut att återta avbrytandebeslutet. Domen har fått laga kraft.

Canon har ansökt om resning av förvaltningsrättens beslut den 26 september 2019 att skriva av målet. Kammarrätten i Göteborg beviljade den 20 januari 2020 resning samt upphävde förvaltningsrättens beslut och beslutade att förvaltningsrätten skulle återuppta handläggningen av målet om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Canons ansökan m.m.

Canon vidhåller sin ansökan om överprövning av kommunens beslut att avbryta upphandlingen samt yrkar att beslutet ska ogiltigförklaras och upphandlingsförfarandet återupptas. Under förvaltningsrättens handläggning av mål nr 7397-19 anförde *Canon* i huvudsak följande till stöd för sin ansökan. Kommunen saknar skäl för att avbryta upphandlingen. Office är nuvarande leverantör enligt ramavtalet och har varit så under många år. Kommunen har tidigare brutit mot upphandlingsregelverket för att försäkra sig om att Office fortsätter vara leverantör och har även betalat skadestånd med anledning av detta. Det saknas objektivt försvarbara grunder för att avbryta upphandlingen. Kommunen har avbrutit upphandlingen endast för att ”fel” leverantör vann och kommer att fortsätta göra om upphandlingen till dess att önskad leverantör vinner kontraktet. *Canon* vann upphandlingen helt i enlighet med de krav och kriterier som kommunen ställt upp. Om kommunen tillåts avbryta upphandlingen för att utfallet inte blev som den önskat undermineras lagstiftningens syften och mål.

Vid upphandlingen år 2001 tilldelades Office avtal, trots att bolaget inte uppfyllde uppställda krav. Canon begärde då överprövning och år 2005 nåddes en förlikning med skadestånd från kommunen. Upphandlingen år 2014, som närmast föregått den nu aktuella, gjordes i tre omgångar. De två första omgångarna avbröts efter påpekande om att kravspecifikationen var kraftigt vinklad till förmån för den dåvarande leverantören Office. Den tredje omgången genomfördes med lätt modifierad kravspecifikation och fick till följd att kommunen endast fick ett anbud – från Office. Anbudet godtogs trots att Office anbud inte hade någon konkurrens. Även under 2019 års upphandling skrevs underlaget för att tydligt gynna Office som därmed åtnjuter en fördel och kan lämna lägre pris för anbudsutvärderingen. Som bevis för detta bifogas ett mejl om kravspecifikation mellan en tjänsteman vid kommunen respektive Office. Av mejlet framgår att kommunens tjänsteman inte vet varför kravspecifikationen ska ha en viss innebörd, utan begär argument från Office. Tjänstemannen frågar till och med Office hur ett visst krav ska ställas. Vidare anger representanten för Office i en mejlkonversation hur en kravspecifikation ska se ut för att passa en viss skrivarmodell, varpå kommunens tjänsteman svarar att samma beskrivning ska läggas in i kravspecifikationen.

Kommunen har även brutit mot likabehandlingsprincipen i nuvarande upphandling genom att inte i tid lämna ut begärda fakturor mellan kommunen och Office. Vidare begärde Canon att kommunen skulle lämna ut samtliga avtal mellan kommunen och Office. Mycket anmärkningsvärt skickades denna begäran direkt vidare till Office med diskriminerande innehåll från en anställd vid kommunen med bl.a. förslag på vad som kunde lämnas ut. Några avtal lämnades dock aldrig ut med motiveringen att det inte finns annat än ramavtalet. I efterhand har det visat sig att det visst fanns avtal, däribland ett förlängningsavtal. Detta undanhöll kommunen, trots Canons begäran om kopia på alla avtal.

Under upphandlingen begärde Canon och övriga leverantörer via ”Frågor och svar” mindre justeringar i kravspecifikationerna för att stimulera konkurrensen och kunna lämna bättre priser i anbuden. Samtliga framställningar från Canons avslogs medan samtliga framställningar från andra leverantörer beviljades. Kommunen har vidare systematiskt låtit sig utsättas för otillbörlig påverkan då den i samband med varje månads-avstämning med Office satt i system att bli bjudna på lunch. Under tiden för kommunens remiss har kommunen haft direktkontakt med Office för att diskutera och otillbörligen påverka remissen. Anmärkningsvärt är även att en anställd vid kommunen mitt under pågående upphandling har haft direktkontakt med Office. Detta är ett ytterligare bevis på att kommunen åsidosätter likabehandlingsprincipen.

Konkurrensen i upphandlingen har varit mycket stor och genomförts i tre steg: Kammarkollegiets ramavtalsupphandling, kommunens externa remiss inför förnyad konkurrensutsättning och den nu aktuella förnyade konkurrensutsättningen. Genom dessa tre steg har alla branschens aktörer slutligen konkurrerat eller haft möjlighet att konkurrera om kommunens upphandling. I motsats till vad kommunen angett har konkurrensen varit mycket hög eftersom alla leverantörer i branschen har haft möjlighet att i tre steg konkurrera. Det finns ingen anledning att tro att kommunen kommer få mer konkurrens genom att göra om upphandlingen på något annat sätt.

Inom ramen för detta mål har Canon därutöver uppgett i huvudsak följande.

Kommunen har själv konstaterat att beslutet att avbryta upphandlingen var felaktigt eftersom kommunen den 23 september 2019 beslutade att återta avbrytandebeslutet. I ett mejl dagen efter uppgav kommunen att tilldelningsbeslut snart skulle komma att fattas. Uppenbarligen har kommunen efter noggrannare granskning konstaterat att konkurrensen om anbudet varit utomordentligt stor och att bedömningen av konkurrensens

storlek ska göras i den samlade kedjan av de tre steg som Canon tidigare redogjort för. Kommunen bestrider i ett yttrande den 15 oktober 2019 (Förvaltningsrättens i Faluns mål nr 4748-19) att beslutet att återta avbrytandebeslutet fattats skönsmässigt. Motsatsen till skönsmässig är saklig. I och med att kommunen nu vill återta avbrytandebeslutet, slutföra upphandlingen och genomföra tilldelningsbeslutet är det av kommunen konstaterat att det inte råder bristande konkurrens i upphandlingen, annars hade kommunen inte agerat så som den gjort eller ens haft laglig rätt att göra så.

Kommunen har genom sina yttranden i Förvaltningsrätten i Faluns mål med största kraft försvarat beslutet att återta avbrytandebeslutet och slutföra upphandlingen. Domstolen har i sin dom den 6 december 2019 konstaterat att kommunen både förfogar över rådigheten i upphandlingen och rätten att besluta om återtagande av avbrytandebeslutet. Förvaltningsrätten ansåg dock att kommunen inte hade motiverat sitt återtagandebeslut tillräckligt väl. Rätten anför dock inte att det inte finns sakliga skäl utan endast att kommunen inte *visat* att sakliga skäl föreligger. Samma beslut med en mer saklig redogörelse hade i linje med Förvaltningsrätten i Faluns dom fått laga kraft, varpå kommunen hade återupptagit upphandlingen och avslutat densamma genom att tilldela Canon avtal.

Kommunens inställning

Kommunen anser att ansökan ska avslås och vidhåller de omständigheter som åberopades under förvaltningsrättens handläggning i mål nr 7397-19. Kommunen anförde då i huvudsak följande.

Skälet till att avbryta upphandlingen var att det efter kvalificeringen endast återstod ett giltigt anbud, nämligen Canons, dvs. skälet var bristande konkurrens. Enligt rättspraxis föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta en

upphandling om endast en lämplig anbudsgivare återstår efter kvalificering och enligt kammarrättspraxis även efter att endast två anbud har kommit in. Canons påstående att anledningen till det nu överprövade avbrytandebeslutet var att "fel" leverantör vann bestrids, liksom samtliga påståenden om brott mot likabehandlingsprincipen samt att tidigare avbrytandebeslut och upphandlingar rörande samma upphandlingsobjekt skulle ha varit riktade mot en viss leverantör.

Beträffande ett tidigare avbrytningsbeslut, daterat den 19 september 2014, och det faktum att kommunen i det här fallet fattade tilldelningsbeslut trots att enbart ett giltigt anbud återstod efter kvalificeringen, kan framhållas att det är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra om en upphandling ska avbrytas. Om sakliga skäl föreligger finns möjligheten att avbryta en upphandling, men det föreligger inte någon skyldighet att göra det. I varje enskilt fall görs den här bedömningen utifrån rådande situation. Som exempel kan nämnas avbrytandebeslutet den 10 april 2014, där kommunen efter påpekanden från Canon avbröt upphandlingen med hänvisning till brister i förfrågningsunderlaget.

När det slutligen gäller Canons påståenden om konkurrensituationen i den nu aktuella upphandlingen kom två av sex antagna ramavtalsleverantörer in med anbud. Efter leverantörskvalificeringen återstod sedan bara ett anbud för utvärdering. Därmed har kommunen haft rätt att pröva konkurrensen en andra gång. Inför en sådan andra konkurrensutsättning finns också möjlighet att utvärdera och analysera det faktum att endast två av sex ramavtalsleverantörer inkom med anbud i den första konkurrensutsättningen och eventuellt modifiera avropsunderlaget inför kommande upphandling.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att rätten inte är tillsynsmyndighet över nämnden och kan därför inte pröva kommunens handläggning i fråga om utlämnande av handlingar. Det som förvaltningsrätten i stället ska pröva i det här målet är om kommunen har haft rätt att avbryta upphandlingen.

En upphandlande myndighet har inte någon skyldighet att fullfölja en inledd upphandling. Rätten att avbryta en upphandling begränsas inte till endast undantagsfall eller när det finns tungt vägande skäl (jfr EU-domstolens avgöranden i mål C-92/00 *HI Krankenhausstechnik* och C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*). Ett beslut att avbryta en upphandling måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43). Den omständigheten att endast ett anbud återstår får enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis som regel anses göra ett godtagbart skäl för den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen (RÅ 2008 ref. 35).

Av handlingarna i målet, främst de mejlkonversationer som Canon lämnat in, framkommer omständigheter som – om fråga hade varit om överprövning av en genomförd upphandling – skulle varit klart graverande för kommunen i fråga om dess följsamhet av de upphandlingsrättsliga principerna. Målet rör emellertid frågan om att avbryta en upphandling. Kommunen har i sitt beslut den 4 juni 2019 avbrutit upphandlingen på grund av bristande konkurrens sedan endast ett giltigt anbud (Canons) kommit in. Eftersom endast en leverantör fanns kvar när det enda andra anbudet hade uteslutits (anbudet från Office) har kommunen redan på den grunden haft godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen till följd av bristande konkurrens. Någon skyldighet för kommunen att fullfölja upphandlingen har således inte funnits. Canons ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Johansson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Alexander Dahlman.



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 beslutets datum.

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 nyårsafton, 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 rättstillämpningen.
- 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.