



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-03-14
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
342-11 E
Enhet 1

SÖKANDE

Commuter Security Group, 556589-4507

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Johan Rick
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

ÖVERPRÖVAT BESLUT

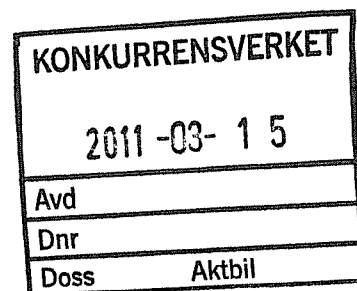
Förvaltningsrätten i Stockholms beslut den 31 januari 2011 att avbryta
upphandlingen avseende bevakningstjänster stationära och ronderande Dnr
AD2010-669

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 27881

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:00-16:30

BAKGRUND

Förvaltningsrätten i Stockholm (FRS) har genom en förnyad konkurrensut-sättning genomfört en upphandling avseende bevakningstjänster. I tilldel-ningsbeslut den 11 januari 2011 angavs att avtal tilldelats Panaxia Bevak-ning AB. Commuter Security Group (bolaget) begärde den 18 januari 2011 överprövning av upphandlingen. FRS beslutade den 31 januari 2011 att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens då endast en an-budsgivare återstod.

YRKANDEN

Bolaget har ändrat sin talan att avse överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar beslutet om avbrytande samt förordnar att avropet ska fortsätta.

FRS bestrider bifall till ansökan om överprövning.

GRUNDER

Bolaget

Bolaget anför bl.a. följande. Avropet sker genom en förnyad konkurrensut-sättning från Kammarkollegiets ramavtal för bevakningstjänster, 53-0079-2009. I ramavtalet har det antagits fem leverantörer avseende Stockholms län. Av avsnitt 1.4 i förfrågningsunderlaget till ramavtalet framgår att lägsta pris ska användas om utvärderingsgrund vid avrop. Vid FRS:s avrop har samtliga fem antagna ramavtalsleverantörer deltagit. Bolaget, Panaxia Be-vakning AB samt Securitas Sverige AB kvalificerade sig till utvärdering.

FRS har åberopat EU-domstolens dom i mål C-27/98, Fracasso, till stöd för att det föreligger sakliga skäl att avbryta avropet då endast en anbudsgivare återstår. Bolaget anser dock att avgörandet inte kan åberopas som stöd för detta. Domstolens prövning i målet avsåg tolkningen av artikel 18.1 i dåva-rande direktiv 93/97/EG. Motsvarande bestämmelse återfinns idag i artikel

44.1 i direktiv 2004/18/EG. I artikel 44.1 anges följande: ”Kontrakt ska tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 och 55 och med beaktande av artikel 24, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47-52 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.” De artiklar som artikeln hänvisar till avser kvalificering av anbudsgivare och har i svensk rätt implementerats genom bestämmelser i 10 och 11 kap. LOU. Domstolen uttalar i punkt 33, vid sin tolkning av dåvarande artikel 18.1, att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts vara lämpad att delta i förfarandet. Vad domstolen egentligen prövar är således den situationen att det efter kvalificeringen av anbudsgivare endast återstår en lämplig sådan.

I avropet förhåller det dock sig så att det finns fem anbudsgivare som genom upphandlingen av ramavtalet kvalificerat sig som leverantörer. Av dessa fem har tre, efter prövning mot tillkommande skall-krav, kvalificerat sig för avropet. Panaxia och Securitas har uteslutits på grund av att de offererat ett pris som strider mot ramavtalet och inte på grund av att de skulle vara olämpliga som anbudsgivare. Mot bakgrund härav framgår att den situation som var för handen i Fracasso inte föreligger i nu aktuell situation. Domen kan därmed inte läggas till grund för att rätt till avbrytande skulle föreligga.

Avgörandet i Fracasso kan inte tolkas på så sätt att det skulle föreligga en rätt att avbryta en upphandling så fort en situation uppkommer där endast en anbudsgivare eller ett anbud återstår. En sådan tolkning skulle innebära en utvidgning av avgörandet som saknar stöd i domskälen. Domstolen uttalar i Fracasso hur analysen avseende sakliga skäl ska göras. Avgörandet för be-

dömningen är syftet med upphandlingsreglerna, dvs. säkerställande av en verklig konkurrens på lika villkor avseende det aktuella upphandlingsförfarandet. FRS anger i avbrytandebeslutet inte några andra skäl än att endast ett anbud kvarstår. Det anges inte några skäl till varför det inte skulle vara ändamålsenligt att fortsätta avropet. För att avgöra om sakliga skäl för avbrytande föreligger krävs en nyanserad bedömning utifrån vad EU-domstolen anför i Fracasso. En sådan bedömning leder i förevarande fall till att sakliga skäl för avbrytande inte föreligger. Det ska särskilt beaktas att det rör sig om en situation med en förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal. I en sådan situation har anbudsgivarna redan kvalificerats, med undantag för tillkommande skall-krav. Konkurrens föreligger i avropet då det finns fem antagna ramavtalsleverantörer. Det av FRS återopade avgörandet i RÅ 2008 ref. 35 förändrar inte bedömningen då Regeringsrätten i sina domskäl hänvisar till Fracasso och anför att detta ska vara vägledande för frågan om avbrytande av upphandlingar på grund av bristande konkurrens.

Av EU-domstolens dom i C-92/00, HI, framgår att en domstolsprövning av ett avbrytandebeslut inte får begränsas till frågan om beslutet är godtyckligt utan prövningen måste även avse huruvida beslutet varit förenligt med de grundläggande gemenskaprättsliga principerna, jfr även RÅ 2008 ref. 35. Bedömningen av huruvida sakliga skäl föreligger måste således göras med beaktande av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, t.ex. proportionalitetsprincipen. Vid en proportionalitetsbedömning åligger det den upphandlande myndigheten att visa att de åtgärder man vidtar inom ramen för en upphandling är lämpliga och nödvändiga för att uppnå det eftersträfvade syftet. FRS har inte återopat några närmare skäl till varför det inte skulle vara ändamålsenligt att fortsätta avropet.

FRS

FRS anför bl.a. följande. Av punkten 3.9 i förfrågningsunderlaget till ramavtalet för bevakningstjänster framgår att antagna leverantörer ska vara bundna av offererade priser i ett år från och med den 22 november 2010. Offererade priser i upphandlingen utgör s.k. takpriser, vilket innebär att leverantörer vid avrop kan offerera lägre priser än de i upphandlingen, men aldrig högre. Detta framgår även av punkten 13.1 i ramavtalet.

FRS har genom avrop från ovanstående ramavtal bjudit in leverantörer att inkomma med anbud inför en förnyad konkurrensutsättning. FRS har vid en förnyad genomgång, efter tilldelning, av anbuden uppmärksammat att både Panaxia och Securitas i sina anbud angett pris som överstiger fastställda takpriser, i strid med ramavtalet. Att anta något av dessa anbud skulle strida mot LOU och likabehandlingsprincipen. FRS har därför avbrutit upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

Av EU-domstolens praxis framgår att ett beslut av avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller fall då det finns tungt vägande skäl. Av praxis följer vidare att det inte finns någon skyldighet för upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling, jfr. C-92/00 samt RÅ 2008 ref. 35 och däri angivna rättsfall. FRS har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar att inleda en upphandling och även om och när ett sådant förfarande behöver avbrytas. Ett beslut att avbryta måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. FRS:s beslut att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens vilar på sakligt godtagbara skäl och är inte godtyckligt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att 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

Vad förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om FRS har haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut den 31 januari 2011 att avbryta den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten kan vid bifall till en talan i ett sådant mål som det förevarande inte besluta annat än att det klandrade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras.

FRS har beslutat att avbryta upphandlingen av bevakningstjänster den 31 januari 2011 med motiveringen att det föreligger bristande konkurrens. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling, jfr exempelvis RÅ 2009 ref. 43.

Bolaget har anfört att det visserligen kan vara ett godtagbart skäl att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens. Grunden för avbrytandet måste dock vila på sakliga skäl, något som inte skett i detta fall. Det har inte förelegat någon bristande konkurrens då fem anbudsgivare antagits i ramavtalsupphandlingen. Tre av dessa har kvalificerat sig för utvärdering i den förnyade konkurrensutsättningen. Konkurrensen har således tillvaratagits. Bolaget har vidare anfört att FRS tolkat EU-domstolens avgörande i Fracasso på ett felaktigt sätt.

FRS har anfört att beslutet att avbryta upphandlingen vilar på saklig grund och har till stöd härför hänvisat till rättsfall från EG-domstolen samt dåvarande Regeringsrätten.

Regeringsrätten, numera Högsta förvaltningsdomstolen, har i RÅ 2008 ref. 35 uttalat sig i frågan om rätten att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens och därvid anfört bl.a. följande. ”I målet C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553) anförde EG-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s. I-5697) att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte medför att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från en upphandling föreligger endast i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl (punkt 40). I målet fann domstolen vidare att de upphandlande enheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en upphandling (punkt 47). Vidare uttalade domstolen att den överprövning som ska göras inte får begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (punkt 64). Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande har ännu inte utbildats. Vad gäller den särskilda omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår får dock det tidigare nämnda avgörandet i målet Fracasso och Leitschutz alltjämt anses vägledande (punkterna 31-34). Ett sådant skäl får alltså som regel anses godtagbart.”

Med hänsyn till vad Högsta förvaltningsdomstolen anfört i ovanstående avgörande samt mot bakgrund av vad FRS anfört i målet finner förvaltningsrätten det visat att det förelåg sakliga skäl för beslutet den 31 januari 2011 att avbryta upphandlingen. Det förhållandet att det i förevarande mål är fråga om en förnyad konkurrensutsättning ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Med hänsyn härtill och då det inte framkommit att FRS har åsidosatt gemenskapsrättsliga principer för offentlig upphandling ska bola-

gets ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)



Elisabet Andersson

rådman

Målet har föredragits av Andreas Lund.