



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2015-07-30
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4912-15

SÖKANDE

Fast Entreprenad Bygg AB, 556690-2028
Hallandsvägen 38
269 36 Båstad

Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1214
251 12 Helsingborg

MOTPART

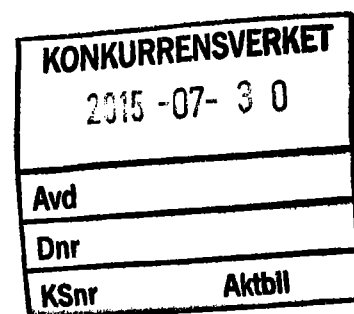
Halmstads Fastighetsaktiebolag, 556041-1786
Box 147
301 04 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 350508

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

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

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Halmstads Fastighetsaktiebolag (HFAB) har genomfört upphandlingen Kv. Sten 8:28, Halmstad, Takunderhåll, dnr HFAB 2015/0063.

Den 7 maj 2015 har HFAB meddelat att upphandlingen avbryts och framfört bl.a. följande. Vid anbudstidens utgång har det kommit in två anbud, varav det ena från Fast Entreprenad Bygg AB (Fast). Den andra leverantörens anbud håller sig inte inom HFABs budgeterade ramar, vilket innebär att anbudet förkastas. Då det således vid utvärderingen enbart återstår ett anbud väljer HFAB att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens.

YRKANDEN M.M.

Fast yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen och bestämma att Fast ska tilldelas kontraktet. Fast anför i huvudsak följande. HFAB har i strid med LOU uteslutit den andra anbudsgivarens anbud med hänvisning till att anbudspriset är för högt. I förfrågningsunderlaget anges inte att anbud inte får överstiga en viss summa. Det finns varken i LOU, praxis eller doktrinen någon grund för att utesluta en enskild anbudsgivare på grund av för högt anbudspris. Tvärtom blir konsekvensen av ett för högt anbudspris att det blir svårt att vinna en upphandling. För att avbryta en upphandling på den aktuella grunden krävs att samtliga anbud överstiger den aktuella budgeten, men det har Fasts anbud inte gjort. HFAB har således blandat samman å ena sidan grunderna för uteslutning av leverantör och å andra sidan avbrytande av upphandling. HFAB har påstått att det finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling trots att det finns flera anbud att utvärdera. Om det vid en upphandling endast återstår en anbud kan det finnas saklig grund för avbrytande, men inte när det återstår två anbud. Skälet för att det krävs sak-

ligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling är att skydda anbudsgivarna mot godtycke. Anbudsgivare lägger ned omfattande resurser på att lägga anbud och har rätt att åtminstone få sitt anbud prövat.

Vidare är den aktuella upphandlingen en i raden där anbudsgivarna har blivit allt färre. Fast och den andra leverantören har under många år lämnat anbud i samma upphandlingar. Det kan ha varit så att HFAB har tagit ovidkommande hänsyn, som har samband med ett annat avtal, i beslutet att avbryta upphandlingen.

Fasts anbud har utvärderats som det vinnande anbudet. Om upphandlingen inte avbrutits skulle Fast ha tilldelats kontraktet. Fast lider eller riskerar att lida skada av beslutet att avbryta upphandlingen.

HFAB anser att Fasts ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Det förhållandet att endast två anbud kommit in innebär att det funnits godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristfälligt konkurrensutnyttjande. Av praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en inledd upphandling och att rätten att välja att avbryta en upphandling inte är förbehållen undantagssituationer (se bl.a. EU-domstolens avgörande C-27/98, *Fracasso och Leitschutz*). En upphandlande myndighet har ett stort bedömningsutrymme när det gäller att avbryta en upphandling. Den omständigheten att en upphandling inte förmått utnyttja marknadens konkurrens på ett effektivt sätt utgör godtagbart skäl för valet att inte fullfölja en upphandling.

HFAB bedömer att en upphandling med det nu aktuella kontraktsföremålet under normala förhållanden ska locka fler än två anbudsgivare. Vid två tidigare upphandlingar av liknande karaktär som HFAB genomfört 2014-2015 kom fyra anbud in, vilket framgår av bilagda anbudsprotokoll (dnr HFAB 2014/0040 och HFAB 2015/0041).

Huruvida två inkomna anbud är tillräckligt för att konkurrensutnyttjandet ska anses tillräckligt effektivt måste prövas i varje fall för sig. Upphandlingsregelverket föreskriver i andra sammanhang att antalet anbud, för att uppnå effektiv konkurrens ska vara minst tre till fem (se 11 kap. 4 § LOU, jfr även EU-domstolens hänvisning till detta i C-27/98, Fracasso och Leitschutz, p. 26-28). Det måste betraktas som ett misslyckande ur konkurrenssynpunkt att en upphandling endast attraherar två anbud, då den nu aktuella marknaden kännetecknas av ett förhållandevis stort och mångfacetterat konkurrenstryck med många aktörer av varierande storlek. Det kan bero på förfrågningsunderlagets utformning, eller yttre faktorer såsom tidpunkten för annonseringen.

SKÅLEN 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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges (9 kap. 9 § andra stycket LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 LOU).

En upphandlande enhet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett sådant beslut måste dock följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 a. I-05553 punkt 41 och 47). EU-domstolen har vidare uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschultz punkt 23 och 25).

Utgångspunkten är därmed att en upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad enligt ovan. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Bland skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara kan bl.a. nämnas omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz samt RÅ 2008 ref. 35), att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbuden inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel) och för dyra anbud (jfr RÅ 2009 ref. 43).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör be-

gränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen

Av Förfrågningsunderlag, Administrativa föreskrifter den 6 mars 2015 framgår bl.a. följande.

AFB.11 Upphandlingsförfarande
Förenklad upphandling.

AFB.17 Förutsättningar för upphandlingens genomförande
Entreprenaden kommer att upphandlas under följande förutsättningar:

- Att beställarens ekonomiska ramar hålls.

Innan avtal tecknas med entreprenören ska denna kunna visa att företaget uppfyller sina skyldigheter gentemot samhället och bl.a. inbetalar skatter och avgifter m.m. Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud samt inte avropa option.

AFB.5 Anbudsprövning
Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta anbud.

AFB.53 Prövning av anbud

Det anbud som uppfyller samtliga ska-krav samt har lägst pris kommer att antas.

Förvaltningsrättens avgörande

Frågan i målet är om det funnits sakligt godtagbara skäl för HFAB att avbryta upphandlingen och om det beslutet i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

Av praxis (RÅ 2005 ref. 62) och lag (16 kap. 12 § LOU) följer att allmän förvaltningsdomstol kan överpröva beslut om att avbryta en upphandling.

En upphandlande myndighet kan avbryta en upphandling fram till dess att ett kontrakt föreligger. En förutsättning för ett sådant beslut är att det är sakligt

grundat. Anbudsgivaren ska skriftligen underrättas om beslutet och om skälen för detta. En sådan underrättelse har lämnats av HFAB.

HFAB har avbrutit upphandlingen med hänvisning till att det varit fråga om bristande konkurrens, eftersom endast två anbud lämnats och endast Fasts anbud återstod efter att det andra anbudet uteslutits då det bedömts överskrida HFABs budget för upphandlingen. HFAB har därefter även anfört att redan det förhållandet att endast två anbud kommit in i sig innebär att det varit fråga om bristande konkurrens och att det därför funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Fast har bland annat anfört att det inte finns något krav i förfrågningsunderlaget på att anbud inte får överstiga en viss summa. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att det i de administrativa föreskrifterna, AFB.17 Förutsättningarna för upphandlingens genomförande, anges bl.a. att entreprenaden kommer att upphandlas under förutsättningen att beställarens ekonomiska ramar hålls. Fast inte har bestridit HFABs uppgift om att den andra anbudsgivarens anbud överskridit HFABs budget och det har inte heller kommit fram skäl för att ifrågasätta HFABs bedömning i denna del (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 mars 2014 i mål nr 7224-13). Därmed bedömer förvaltningsrätten att HFAB haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen på grund av dels att det anbud som en annan leverantör än Fast lämnat överskridit budget (jfr bl.a. RÅ 2009 ref. 43), dels att endast ett, nämligen Fasts, anbud därmed återstod (jfr bl.a. RÅ 2008 ref. 35). Det har inte heller kommit fram att de grundläggande principerna i unionsrätten trätts för när.

HFAB har således haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Fasts ansökan ska därför avslås.

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


Silja Klint

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Åsa Wallin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.