



AB13

KLAGANDE

Flexeuropa AB, 556626-6028
P.O.Box 221
891 25 Örnsköldsvik

Ombud: Karl-Oskar Brännström
c/o Flexeuropa AB

MOTPART

Göteborgs Universitet, Upphandlingsenheten
Box 110
405 30 Göteborg

Ombud: Johan Pettersson
Göteborgs Universitet Upphandl.avd.
Box 110
405 30 Göteborg

SAKEN

Överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling enligt lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

KONKURRENSVERKET	
2013-06-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Göteborgs universitet genomför en upphandling avseende stödsystem för riskanalys, avvikelse- och incidenthantering, dnr EUI 12 028 (upphandlingen). Enligt tilldelningsbeslut från den 8 mars 2013 har Göteborgs universitet valt att teckna kontrakt med Facta Communication AB. Göteborgs universitet har därefter, genom beslut den 14 mars 2013, avbrutit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Flexeuropa AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen och att förvaltningsrätten ska uppdra åt Göteborgs universitet att slutföra upphandlingen. Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget har lämnat ett anbud i den aktuella upphandlingen. Efter utvärderingen hamnade bolagets anbud på en andra plats. Efter att bolaget påtalat vissa omständigheter rörande det bolag som lämnade det vinnande anbudet, Fasta Communication AB, återkom Göteborgs universitet med ett beslut om att upphandlingen hade avbrutits med hänvisning till begränsning i budgeten. I detta beslut river man även upp sitt tidigare tilldelningsbeslut och anser att det vinnande bolaget inte uppfyller samtliga skallkrav. Beslutet att avbryta upphandlingen berör bolaget direkt då det annars hade blivit kontraktspart.

I förfrågningsunderlaget har Göteborgs universitet framhållit en rätt att avbryta upphandlingen om budget skulle överskridas. Denna skrivning är till sitt innehåll och sin mening mer begränsad än de möjligheter att avbryta upphandlingen som finns enligt praxis. Enligt praxis finns en möjlighet för en myndighet att avbryta en pågående upphandling om inlämnade anbud väsentligt överskrider det ekonomiska utrymme som getts upphandlingsobjektet. Att myndigheten anser att det blev dyrt i allmänhet är inte

tillräckligt. En enkel hänvisning till att given budget inte tillåter kontraktet har inte i sig ansetts vara sakligt skäl. Myndigheten har att visa att en faktisk budget existerar för den specifika upphandlingen. Denna ska framgå av formella beslut som är fattade av rätt beslutsfattare inom myndigheten. Göteborgs universitet har i sitt beslut att avbryta upphandlingen inte redogjort för något sådant beslut. I de rättsfall där avbrytande av en upphandling med hänvisning till budget har tillåtits har det varit mycket tydligt att budgeterat utrymme måste framgå av förfrågningsunderlaget eller på annat sätt vara tillgängligt för anbudsgivaren. Att budgeten är en offentlig handling har ansetts vara tillräckligt, om det budgeterade utrymmet framgår av denna handling. Göteborgs universitet har i sitt förfrågningsunderlag inte redogjort för något budgetutrymme. Inte heller i den budget som lämnas ut från universiteten vid en begäran om allmän handling framgår en budgetpost för denna upphandling. Budgetutrymmet kan därför, om det existerar, varken anses kommunicerat eller på annat sätt tillgängligt för anbudsgivarna. Beslutet att avbryta upphandlingen får därför anses sakna sakliga grunder enligt gällande svensk rätt.

Göteborgs universitet bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas och anför bl.a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingen är sakligt grundat i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna och uppfyller samtliga krav enligt LOU. Även om upphandlingen skulle vara behäftad med någon brist är denna inte av sådan art och dignitet att någon åtgärd enligt 16 kap. LOU är motiverad. Om upphandlingen skulle anses behäftad med brist av den art och dignitet som i och för sig motiverar åtgärd enligt 16 kap. LOU har anbudsgivaren inte lidit eller riskerat att lida skada av sådan brist. I vart fall har anbudsgivaren inte visat, eller ens gjort sannolikt, att denne riskerat att lida sådan skada. Bolagets yrkande om att förvaltningsrätten ska uppdra åt Göteborgs universitet att slutföra upphandlingen bör lämnas utan avseende då en upphandlande myndighet inte kan tvingas att slutföra en upphandling. Sådana domslut skulle innebära att upphand-

lingsförfaranden måste fullföljas, trots att sakligt godtagbara skäl till avbrytande visar sig i efterhand, vilket skulle kunna leda till allvarliga följder för den upphandlande myndigheten, för upphandlingsreglerna bakomliggande intressen och för samhällsintresset i stort. Bolagets påstående att faktisk budget inte existerar är felaktigt. Beslut att avsätta medel för ett gemensamt stödsystem för riskanalys, avvikelse- och incidenthantering fattades den 19 juni 2012. Förvaltningschefens beslut grundar sig på en budget och kostnadsanalys. Beslutet att avsätta medlen är en offentlig handling och har funnits tillgängligt hos myndigheten sedan det upprättades. Att upphandlingen kan komma att avbrytas med hänsyn till ändamålets budgeterade ramar framgår tydligt i förfrågningsunderlaget punkten 2.1.19.

Bolaget hänvisar i sin ansökan till praxis. Vilken praxis som hänvisas till framgår dock inte. Något stöd för bolagets påståenden om vad som gäller enligt praxis har inte kunnat finnas. Det finns inte heller något stadgat om avbrytande i LOU. Beslutet att avbryta upphandlingen strider inte mot utformningen av punkten 2.1.19 i förfrågningsunderlaget. Även om så skulle vara fallet finns inte något i praxis som tyder på att förfrågningsunderlagets urformning påverkar frågan om huruvida sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen föreligger eller inte, eller huruvida beslutet i sig kan anses bryta mot de EU-fördragsrättsliga principerna eller inte. Det finns inget i praxis som tyder på att inlämnade anbud väsentligt ska överskrida det ekonomiska handlingsutrymme som getts upphandlingsobjektet för att sakligt godtagbara skäl ska anses föreligga. Det räcker att de anbud som upphandlande myndighet har tagit ställning till är högre än vad myndighetens budget tillåter, jfr RÅ 2009 ref. 43. I projektbudgeten ingår kostnader för anskaffning och pilotimplementering inklusive licenskostnader. I kostnadsanalysen har systemets årliga förvaltnings- och driftskostnader kalkylerats till 269 250 kr, varav 180 000 kr utgör kostnad för licensavgift. De anbud som återstår efter att bolaget har konstaterat att Facta

Communication AB ska uteslutas överskrider vida dessa ramar. Om budgeterat utrymme framgår av förfrågningsunderlaget eller på annat sätt finns tillgängligt för anbudsgivaren påverkar inte bedömningen av om godtagbar grund för avbrytande av upphandlingen föreligger eller inte. Någon praxis som pekar i motsatt riktning har inte funnits. Det har inte heller avgjorts i praxis om detta påverkar bedömningen av om beslutet är i enlighet med de EU-fördragsrättsliga principerna eller inte. Möjligen är problemet enbart teoretiskt eftersom beslutade budgetramar i de allra flesta fall torde utgöra offentliga handlingar och därmed finnas tillgängliga för allmänheten.

Bolaget påstår i bakgrunden till sin begäran om överprövning att Göteborgs universitet inte har begärt något klarläggande från Facta Communication AB enligt 12 kap. 3 § LOU. Någon skyldighet att förkasta onormalt låga anbud eller begära en förklaring till sådana finns inte enligt 12 kap. 3 § LOU, vilket följer av lydelsen "får" i paragrafens första stycke. Möjligheten att förkasta anbud enligt denna paragraf är dessutom begränsad. Göteborgs universitet har dock begärt ett förtydligande från Facta Communication AB angående bl.a. prisangivelsen i anbudet. Detta har meddelats bolaget. Att förtydligandet föranleddes av en misstanke om fel skrivning är dock ett felaktigt påstående. Något fel i detta avseende finns således inte. Göteborgs universitet agerar alltid på affärsmässiga grunder och tar inte någon ovidkommande hänsyn, följer gällande rätt och ser till vad som är bäst för myndigheten och vill samtidigt upprätthålla en god konkurrens på marknaden.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

Utredningen

Av Göteborgs universitets resultatrapport för upphandlingen framgår att tre bolag gick vidare till anbudsutvärderingen i upphandlingen, Facta Communication AB, Flexeuropa AB och Easit AB. Dessa bolags anbudssummor uppgår i nyss nämnd ordning till 122 500 kr, 914 425 kr och 678 150 kr. Av tilldelningsbeslut den 8 mars 2013 framgår att Facta Communication AB:s anbud har bedömts som ekonomiskt mest fördelaktigt och därför tilldelats kontraktet.

I beslut om avbrytande av upphandling från den 14 mars 2013 anges som skäl till avbrytandet bl.a. följande. Facta Communication AB, som juridisk person, anses inte ha uppfyllt kravet på styrkt teknisk och yrkesmässig kapacitet och ska därför uteslutas från upphandlingen. Kvar som anbudsgivare står Flexeuropa AB och Easit AB. Dock kan Göteborgs universitet inte anta något av de anbud som återstår eftersom deras priser vida överstiger universitetets budgeterade ramar för projektet. Med hänvisning till punkt 2.1.19. i förfrågningsunderlaget finner Göteborgs universitet mot bakgrund av ovanstående information och resonemang att ett avbrytande av upphandlingen är det korrekta.

I punkten 2.1.19. *Avbrytande av upphandling* i förfrågningsunderlaget sägs bl.a. följande. Göteborgs universitet förbehåller sig tillika rätten att avbryta

denna upphandling om lämnade anbud väsentligen överskrider för ändamålet budgeterade ramar.

Genom beslut den 19 juni 2012 fattat av Göteborgs universitets förvaltningschef, rörande avsättning av medel ur den universitetsgemensamma investeringsramen för 2013-14 till projektet GU-gemensamt stödsystem för riskanalys, avvikelser och incidenthantering, beslutades om att ur den universitetsgemensamma investeringsramen avsätta 1 165 087 kr för år 2013 och 348 013 kr för år 2014 för att driva projektet GU-gemensamt stödsystem för riskanalys, avvikelser och incidenthantering. Av analys av förvaltnings- och driftkostnader för GU-gemensamt riskanalys- och incidenthanteringssystem framgår att årliga kostnader har kalkylerats till 269 250 kr.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Göteborgs universitet har haft rätt att avbryta upphandlingen. En upphandlande myndighet får avbryta en upphandling fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger. Ett sådant beslut är inte förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (jfr EU-domstolens dom i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz). Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. I praxis har det ansetts vara godtagbara skäl att avbryta en upphandling på grund av att det vinnande anbudet varit högre än vad kommunens budget tillät, se RÅ 2009 ref.43.

Göteborgs universitet har i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen om lämnade anbud väsentligen överskrider för ändamålet budgeterade ramar. Av beslutet att avbryta upphandlingen framgår att Göteborgs universitet, efter att tilldelningsbeslut fattats, har uteslutit det

vinnande bolaget, Facta Communication AB, från upphandlingen med hänvisning till att Facta Communication AB inte uppfyller kravet på styrkt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Denna del av beslutet har inte ifrågasatts av bolaget. Göteborgs universitet har vidare som motivering till beslutet att avbryta upphandlingen angett att inget av de anbud som återstår efter att Fasta Communication AB uteslutits från upphandlingen kan antas, eftersom deras priser vida överstiger universitetets budgeterade ramar för projektet.

Av handlingarna i målet framgår att de två anbud som återstår efter att Fasta Communication AB uteslutits från upphandlingen uppgår till 914 425 kr respektive 678 150 kr. Av den kostnadsanalys rörande GU-gemensamt riskanalys- och incidenthanteringssystem som Göteborgs universitet uppvisat framgår att summan av årskostnader för systemet har kalkylerats till 269 250 kr. Göteborgs universitet får därmed med tillräcklig tydlighet anses ha visat att de kvarstående anbuden som gick vidare till utvärderingsfasen medförde att universitetets budget för aktuell tjänst överskreds och att tjänsten blev dyrare än vad universitetet haft anledning att räkna med. Göteborgs universitets beslut att avbryta upphandlingen har därför fattats på sakligt godtagbara skäl och strider inte mot de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, varför bolagets ansökan om överprövning alltså ska avslås. Detta innebär att bolagets yrkande att förvaltningsrätten ska uppdra åt Göteborgs universitet att slutföra upphandlingen har förfallit. Det fordrar därför inte något rättens vidare yttrande.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Helen Ljungbeck.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU