



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-05-29
Meddelad i Växjö

Mål nr
16-18

SÖKANDE

Hansa Bygg AB, 556520-6660
Engelska vägen 10
393 54 Kalmar

Ombud: Advokat Göran Johansson
GoJo Advokatbyrå AB
Västerstigen 11 B
163 52 Spånga

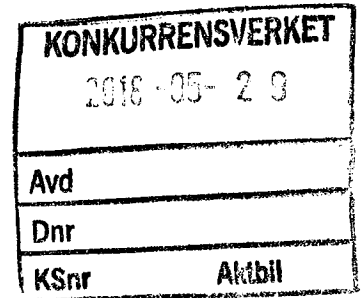
MOTPART

Mörbylånga kommun
386 80 Mörbylånga

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och jurist Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 180221

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Mörbylånga kommun (kommunen) genomförde en upphandling av hyreskontrakt för 7-9 skola i Färjestaden. Två anbudsgivare kom in med anbud i upphandlingen, NCC PD Special Investments Sverige AB (NCC) och Hansa Bygg AB (Hansa Bygg). Kommunen meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen den 21 december 2017 och tilldelade därigenom NCC kontraktet. Hansa Bygg ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten. Kommunen har därefter, i beslut den 10 januari 2018 beslutat att avbryta upphandlingen.

Hansa Bygg yrkar att

- förvaltningsrätten ska upphäva kommunens avbrytandebeslut från den 10 januari 2018, och att
- förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering ska genomföras utan deltagande av anbudet från NCC.

Kommunen bestrider Hansa Byggs yrkanden.

Vad parterna anför

Hansa Bygg anför till stöd för sin ansökan bl.a. följande. Kommunen saknar sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Beslutet är dessutom godtyckligt. Det verkliga skälet för avbrytandet synes vara att Hansa Bygg gav in en ansökan om överprövning av tilldelningsbeslutet. Det kan aldrig utgöra ett sakligt skäl för att avbryta en upphandling.

Kommunen åberopar två omständigheter som enligt kommunen utgör sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. "Bristande konkurrens" och "brister i upphandlingsdokumentet som medför att det inte är möjligt att

slutföra upphandlingen på ett sätt som är förenligt med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling”. Kommunen säger nu att man håller med Hansa Bygg om att NCC:s anbud borde ha förkastats. Kommunen klargör i avbrytandebeslutet också att Hansa Byggs anbud uppfyllde alla obligatoriska krav. Det föreligger därmed inga hinder för kommunen att tilldela kontraktet till Hansa Bygg. Det ska särskilt noteras att NCC och Hansa Bygg hade offererat exakt samma rikthyra (2 095 kr/kvm och år). Det är den siffran som är relevant eftersom det kommunen ska betala för projektet är denna rikthyra. Att utvärderingsmodellen beaktade andra parametrar, såsom totalkostnad för entreprenaden, var bara relevant för utvärderingen men har ingen som helst påverkan på kommunens kostnad för att hyra skolan av vinnande leverantör. Kommunen hade alltså fått skolan för exakt samma pris av Hansa Bygg som av NCC. Kommunen var uppenbarligen nöjd med den konkurrensutsättning som skett så länge NCC stod som vinnare. När kommunen tvingades medge att NCC:s anbud rätteligen skulle ha förkastats, åberopar kommunen nu som ett skäl för avbrytande ”bristande konkurrens”. Mot denna bakgrund framstår kommunens beslut att avbryta på denna grund som godtyckligt.

Enligt utvärderingsmodellen fanns det tre kriterier som skulle poängsättas; den offererade rikthyran, bedömd totalkostnad och entreprenörsarvodet. Överlägset störst vikt vid poängviktningen hade den offererade rikthyran. Lägst rikthyra skulle nämligen ge 60 poäng medan lägst totalkostnad och entreprenörsarvode endast var värt 20 poäng vardera. Det betyder att den offererade rikthyran hade mycket stort utslag vid värderingen. Trots detta argumenterar kommunen nu som om bedömd totalkostnad och entreprenörsarvode var det viktigaste, och påstår att Hansa Byggs anbud därför var dyrare än NCC:s.

Vad gäller det andra skälet för avbrytandet – brister i upphandlingsdokumentet – har kommunen anfört att ”bristen” var att det i upphandlingsdokumentet inte angavs vilka bevis/dokument anbudsgivarna ska ge in för att visa att de inte omfattas av uteslutningsgrunder. Detta är emellertid ingen brist. Det finns inget krav i LOU på att upphandlande myndigheter i upphandlingsdokumentet måste begära in bevis/dokument till styrkande av att anbudsgivaren inte omfattas av uteslutningsgrunder. Detta ”skäl” för avbrytande framstår mot bakgrund av det anförda som både konstruerat och felaktigt.

Kommunen har nu medgett att NCC:s anbud rätteligen skulle ha förkastats och att Hansa Byggs anbud uppfyllde alla obligatoriska krav. Hansa Bygg hade offererat samma rikthyrasom NCC. Det är därför uppenbart att Hansa Bygg lider skada av kommunens avbrytandebeslut. Utan detsamma hade kommunen varit nödgad att tilldela kontraktet till Hansa Bygg.

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunens beslut att avbryta upphandlingen är baserat på sakligt godtagbara skäl och står inte i strid med LOU. Hansa Bygg har inte lidit eller riskerat lida skada av avbrytandebeslutet eftersom Hansa Bygg har möjlighet att lämna anbud i den nya upphandling som kommunen avser att genomföra.

En upphandlande myndighet är inte skyldig att fullfölja en påbörjad upphandling. Det finns dock vissa begränsningar i möjligheterna att avbryta en upphandling. En upphandlande myndighet måste följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att avbryta en upphandling. I svensk praxis har detta uttryckts som att det krävs sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. Viktigt att framhålla är dock att beslut om att avbryta en upphandling inte är förbehållna undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Så länge skälen är sakligt grundade behöver

de alltså inte ens vara tungt vägande. Det förhållandet att det föreligger bristande konkurrens, i den bemärkelsen att det endast finns ett kvalificerat anbud i en upphandling, utgör objektivt godtagbara skäl att avbryta en upphandling. Detsamma gäller om det föreligger brister i upphandlingsdokumenten som exempelvis medför att konkurrensen begränsas i onödan, att den upphandlande myndigheten inte kan anta det mest förmånliga anbudet eller om bristerna medför att upphandlingen inte kan slutföras utan överträdelse av LOU.

Kommunen har efter tilldelningsbeslutet – med anledning av Hansa Byggs ansökan om överprövning – uppmärksammat brister i NCC:s anbud. De uppmärksammade bristerna medför att NCC:s anbud rätteligen ska förkastas. Det medför i sin tur att det endast finns ett giltigt anbud i upphandlingen som kan bli föremål för utvärdering. I praxis har det vid upprepade tillfällen fastslagits att bristande konkurrens – i form av att det endast finns ett giltigt anbud – utgör ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling.

Den omständigheten att NCC och Hansa Bygg har offererat samma rikthyra medför inte, som Hansa Bygg påstår, att kommunen hade betalat samma pris till Hansa Bygg som till NCC. Rikthyran är inte avgörande för den hyra som kommunen faktiskt ska betala under hyrestiden. Den hyra kommunen ska betala baseras istället på verklig totalkostnad för entreprenaden, vilken bland annat består av verklig produktionskostnad och entreprenörsarvode. När hyran slutligen bestäms är det verklig totalkostnad, som bland annat består av verklig projekteringskostnad och verklig produktionskostnad, som ligger till grund för hyresberäkningen. Hansa Byggs bedömda totalkostnad och offererade entreprenörsarvode är högre än NCC:s. NCC:s utvärderingssumma är därför ca 20 procent högre än Hansa Byggs utvärderingssumma. Det är således inte korrekt som Hansa Bygg verkar påstå, att Hansa Byggs och NCC:s anbud är likvärdiga och att kommunens beslut att avbryta på grund av att NCC:s anbud skulle förkastas därmed framstår som godtyckligt. De två parametrar som påverkar den hyra som kommunen faktiskt

kommer att betala – nämligen totalkostnad och entreprenörsarvode – är högre i Hansa Byggs anbud. Rätten att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens gäller dessutom oavsett villkoren i det anbud som återstår. NCC:s anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt kommunens utvärderingsmodell. Eftersom endast Hansa Byggs anbud kvarstår föreligger det sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

Kommunen har efter tilldelningsbeslutet uppmärksammat brister i upphandlingsdokumentet som medför att det inte är möjligt att slutföra upphandlingen på ett sätt som är förenligt med LOU. Bristerna består i att det i upphandlingsdokumentet saknas information om hur kommunen avser att kontrollera att anbudsgivare och företag vars kapacitet anbudsgivare åberopar inte omfattas av uteslutningsgrunder enligt 13 kap. LOU. Att i efterhand ange nya obligatoriska krav på bevis och dokumentation som anbudsgivarna ska ge in – som inte finns inkluderade i upphandlingsdokumentet – skulle stå i strid med transparensprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Det föreligger således brister i upphandlingsdokumentet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att 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.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Hansa Bygg har yrkat att kommunens avbrytandebeslut ska upphävas. Av avbrytandebeslutet framgår att tilldelningsbeslutet återkallats av två anledningar. Kommunen har efter tilldelningsbeslutet uppmärksammat brister i NCC:s anbud, vilket medför att NCC:s anbud rätteligen skulle ha förkastats och att det därmed föreligger bristande konkurrens då endast ett anbud kvarstår. Vidare att kommunen efter tilldelningsbeslutet har uppmärksammat brister i upphandlingsdokumentet som medför att det inte är möjligt att slutföra upphandlingen på ett sätt som är förenligt med LOU.

Upphandlande myndighet har ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. EU-domstolen har uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och ske med iakttagande av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna inom offentlig upphandling så som stadgas i 4 kap. 1 § LOU. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (se bl.a. RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43). Såsom sakligt godtagbara skäl har i praxis ansetts vara bl.a. då endast ett anbud återstår – dvs. bristande konkurrens.

Det är i målet ostridigt att det i NCC:s anbud konstaterats brister som medför att NCC:s anbud rätteligen ska förkastas och att det därmed endast finns ett giltigt anbud i upphandlingen som kan bli föremål för utvärdering. NCC:s anbud har i upphandlingen bedömts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt kommunens utvärderingsmodell. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av de skäl kommunen anfört samt ovan angiven praxis att det inte framkommit annat än att beslutet att avbryta upphandlingen grundats på sakligt godtagbara skäl. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen, redan på grund av bristande konkurrens, har visat att grund för avbrytande föreligger. Vid sådant förhållande och då det inte heller framkommit att de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna trätts för när, ska Hansa Byggs ansökan om att avbrytandebeslutet ska upphävas avslås.

Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva Hansa Byggs andra yrkande om att upphandlingen ska rättas.

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

Per Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.