



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2018-11-21
Meddelad i Malmö

Sida 1 (7)

Mål nr
12350-18- -12354-18

KONKURRENSVERKET	
2018-11-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Altst

SÖKANDE

Bygg Konsulter Syd KB, 969762-6514
Grevievägen 19
235 94 Vellinge

Ombud: advokaten Rikard Sahlberg och bitr. juristen Alexander Skargren
Foyen Advokatfirma KB
Södergatan 22
211 34 Malmö

MOTPART

AB Ystadbostäder, 556073-8857
Stortorget 2 A
271 43 Ystad

Ombud: advokaterna Henrik Willquist och Maja Kjellman
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bygg Konsulter Syd KB:s ansökningar.

Dok.Id 468847

Postadress Box 4522 203 20 Malmö	Besöksadress Kalendegatan 6	Telefon 040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se	Telefax 040-97 24 90	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	---------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND

AB Ystadbostäder (Ystadbostäder) genomför upphandling avseende byggnation av vindslägenheter i Kv. Fridhem 1 i Ystad. Upphandlingar genomförs för fem olika entreprenader avseende fem olika hus. Upphandlingarna genomförs med förenklat förfarande och med tilldelningsgrunden lägsta pris. Ystadbostäder har genom beslut den 16 oktober 2018 avbrutit upphandlingarna. I besluten, vilka har meddelats anbudsgivarna via Tendsign, angavs följande skäl för avbrytandet. Totalt inkom två anbud, ett från Skanska och ett från Bygg Konsulter Syd KB. Skanska lade ett alternativt anbud och kvalificerade sig inte. Därefter återstod endast anbudet från Bygg Konsulter Syd KB. Då högst ett anbud återstår, beroende på om detta hade kvalificerat sig eller inte, föreligger sakliga skäl att avbryta upphandlingen eftersom det föreligger bristande konkurrens.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

Bygg Konsulter Syd KB (BKS) ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet avseende hus G (mål nr 12350-18), avseende hus F (mål nr 12351-18), avseende hus E (mål nr 12352-18), avseende hus D (mål nr 12353-18) samt avseende hus C (mål nr 12354-18) och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara besluten och förordna att Ystadbostäder ska återuppta och slutföra upphandlingarna, varvid BKS ska tilldelas kontrakt. Till grund för talan anförs bl.a. följande.

Ystadbostäder saknar sakliga skäl för att avbryta upphandlingarna. Det har inte förelegat bristande konkurrens i upphandlingarna. Därmed ska avbrytandebesluten ogiltigförklaras. Nu aktuella upphandlingar har föregåtts av två tidigare upphandlingar, vilka avbrutits med hänvisning till bristande konkurrens, se förvaltningsrättens mål nr 3657-16 och 591-17. Omständig-

heterna i de nu aktuella upphandlingarna är liknande de som förelåg i de tidigare målen. Med hänsyn till de upprepade gånger som upphandlingarna har avbrutits med hänvisning till bristande konkurrens är Ystadbostäders agerande svårigen att ses som något annat än ett upprepat och otillåtet sätt att avbryta upphandlingarna efter eget godtycke, utifrån vilken anbudsgivare som kvarstår efter kvalificeringsfasen. Ystadbostäders agerande strider mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. BKS lider skada av Ystadbostäders agerande att inte tilldela BKS kontrakt till följd av ett till synes systematiskt avbrytande av upphandlingar.

Konkurrenssituationen ska ses utifrån den enskilda situationen. Sett utifrån den aktuella marknaden för det av den upphandlande myndigheten beskrivna upphandlingsföremålet föreligger tillräcklig konkurrens. Ystadbostäder har ”testat marknaden” upprepade gånger med i stort sett samma behov och upphandlingsföremål. Med beaktande av den representerade konkurrensen på marknaden utifrån tidigare erfarenhet hade Ystadbostäder inte kunnat förvänta sig fler än två anbud i upphandlingen. Det konkurrensuppsökande skedet är minst sagt tillgodosett genom att det aktuella upphandlingsföremålet konkurrensetsatts två gånger.

Enbart omständigheten att endast ett kvalificerat anbud kvarstår medför inte per automatik att sakligt godtagbara skäl för avbrytande föreligger med hänvisning till bristande konkurrens. I en tidigare upphandling, den s.k. ”Lichton-upphandlingen”, ansåg Ystadbostäder inte att det fanns anledning att avbryta när enbart två anbud inkom.

Ystadbostäder har godtyckligt avbrutit upphandlingen i strid mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet likabehandlingsprincipen. Ystadbostäder har inte bedömt konkurrenssituationen utifrån det

enskilda fallet. Eftersom erforderlig konkurrensutsättning har skett ska upphandlingen återupptas och BKS tilldelas kontraktet

Ystadbostäder anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har redan dömt i ett identiskt mål som detta, nämligen mål nr 591-17. Målet gällde samma vindslägenheter som nu är aktuella med den skillnaden att det var Skanska och Kårab som lämnade anbud. Den advokat som nu företräder BKS företrädde Kårab och argumentationen var likvärdig den som förs nu. Förvaltningsrätten underkände Kårabs argumentation.

Det bestrids att Ystadbostäder satt i system att genomföra upphandlingar som sedermera avbryts. Något missbruk föreligger inte. Totalt inkom två anbud i upphandlingen. En förutsättning i upphandlingen är att entreprenaden genomförs som utförandeentreprenad till fast pris. Skanska offererade emellertid att genomföra entreprenaden som en partnering. Någon förutsättning att anta anbudet från Skanska fanns inte. Det är med andra ord inte frågan om något konstruerat sakligt skäl. Ystadbostäder kan inte hållas ansvarigt för vilka anbud som kommer in i en upphandling. Ystadbostäder har ingen skyldighet att slutföra en påbörjad upphandling. Andra omständigheter gällde vid den s.k. "Lichton upphandlingen" där Ystadbostäder valde att tilldela kontrakt när två anbudsgivare återstod. Det var då fråga om tomställande, vilket kostade Ystadbostäder stora summor. Något godtycke föreligger inte.

Bristande konkurrens är ett sådant sakligt skäl som i rättspraxis har godtagits för att avbryta en upphandling. Det är en synnerligen väletablerad praxis att det föreligger sakliga skäl att avbryta en upphandling när endast ett anbud kvarstår att utvärdera. Det föreligger i nu förevarande fall bristande konkurrens och sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphand-

lingen föreligger därmed. Ystadbostäder hade hoppats på ett betydligt högre antal anbud i det aktuella projektet.

BKS lider vidare ingen skada av beslutet att avbryta upphandlingen eftersom bolagets anbud rätteligen inte uppfyller kvalificeringskraven och därmed inte kommer att kunna antas. BKS har inte inkommit med korrekta referenser. BKS har lämnat referens från Kårab som inte är att anse som byggherre. Eftersom det redan stod klart att upphandlingen skulle avbrytas på grund av bristande konkurrens fann Ystadbostäder att det skulle vara pedagogiskt mest riktigt, givet förvaltningsrättens dubbla avgöranden, att avbryta pga. bristande konkurrens än att inleda en diskussion med BKS rörande bolagets anbud i sak.

BKS har genmält bl.a. följande. Ystadbostäder har inte anfört något i sak om varför Kårab inte skulle kunna vara referens. BKS skulle kvalificerats och har därmed lidit skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Frågan i målen är om det funnits sakligt godtagbara skäl för Ystadbostäder att avbryta de aktuella upphandlingarna.

En upphandlande myndighet har inte någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (se EU-domstolens dom i mål C-92/00 HI, punkt 40-41). Ett beslut att avbryta en upphandling är inte heller förbehållet

undantagsfall eller situationer då det finns tungt vägande skäl (jfr EU-domstolens dom i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23-25).

En upphandlande myndighet får således anses ha ett stort utrymme att göra bedömningar avseende när den vill avbryta en upphandling. 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 (jfr RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att sakligt godtagbara skäl föreligger för att avbryta en upphandling.

Den omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens, är i regel ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (jfr C-27/98 Fracasso och Leitschutz samt RÅ 2008 ref. 35).

Av utredningen i målet framgår att Ystadbostäder fick in två anbud, varav ett anbud enligt obestridda uppgifter inte uppfyllde kvalificeringskraven. Då det därmed endast fanns ett anbud kvar att pröva avbröt Ystadbostäder upphandlingarna med hänvisning till bristande konkurrens.

När endast ett anbud återstår i en upphandling finns det ingen möjlighet för den upphandlande enheten att jämföra olika anbud och att utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Mot bakgrund av ovan redovisad rättspraxis anser förvaltningsrätten att Ystadbostäder visat att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna. Det har inte heller framkommit att besluten att avbryta upphandlingarna varit godtyckliga eller av annan anledning fattats i strid med någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. Vad BKS anfört föranleder ingen annan bedömning i detta avseende. Skäl för att upphäva Ystadbostäders avbrytandebeslut föreligger således inte. BKS ansökningar ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Louise af Klint

Lena Palmér har föredragit målen.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.

