



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-02-22
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 13380-15
 13381-15

KONKURRENSVERKET	
2016-02-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

AV Syd AB, 556273-9358
 Pilotgatan 7
 212 39 Malmö

Ombud: advokaterna Tomas Eliasson och Christian Härdgård
 Advokatfirman Delphi i Malmö AB
 Stora Nygatan 64
 211 37 Malmö

MOTPARTER

1. Trelleborgs kommun
 231 83 Trelleborg

mål nr 13380-15

2. Skurups kommun
 274 80 Skurup

mål nr 13381-15

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AV Syd AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 303987

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Trelleborgs kommun och Skurups kommun (kommunerna) genomför en samordnad upphandling av AV-utrustning, SEN 2014/224. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Kommunerna beslutade den 8 december 2015 att avbryta upphandlingen. Som skäl härför angavs att behovet har förändrats sedan förfrågningsunderlaget publicerades den 7 november 2014, att det inte finns några giltiga anbud samt att transparensen får anses ha varit bristfällig i förfrågningsunderlaget då det framkommit att anbudsgivarna har uppfattat utvärderingsmodellen på olika sätt.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

AV Syd AB (AV Syd) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att avbrytandebeslutet ska upphävas. Som grund för sin talan anför AV Syd bl.a. följande. Upphandlingen annonserades ut första gången under 2013 men avbröts på grund av brister i förfrågningsunderlaget. Under 2014 annonserades upphandlingen ut på nytt men avbröts på grund av bristande konkurrens. Upphandlingen annonserades därefter ut för tredje gången under hösten 2014. Ricoh Sverige AB (Ricoh) tilldelades kontraktet men efter att AV Syd ansökt om överprövning förordnade Kammarrätten i Göteborg att utvärderingen skulle göras om och att Ricohs anbud inte skulle beaktas vid den nya utvärderingen.

Kommunerna har därefter den 8 december 2015 valt att avbryta upphandlingen. Beslutet motiveras med förändrat behov, att det inte finns några giltiga anbud samt att kritik har riktats mot utvärderingsmodellen och att transparensen därmed får anses ha varit bristfällig. Det som kommunerna

anfört om förändrat behov och att kritik har riktats mot utvärderingsmodellen utgör inte sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Om en anbudsgivare till den upphandlande myndigheten inkommer med en förlängning av anbudets giltighetstid har den upphandlande myndigheten att ta ställning till om de accepterar förlängningen. Om förlängningen accepteras måste myndigheten enligt likabehandlingsprincipen också tillfråga samtliga övriga anbudsgivare om de är beredda att förlänga giltighetstiden för sina anbud. Om detta underlåts innebär det ett brott mot LOU. AV Syd har den 18 mars 2015 blivit ombedd att förlänga anbudets giltighetstid till och med den 30 maj 2015 vilket AV Syd gjorde. Ricoh har emellertid tillåtits att ensidigt förlänga sitt anbud den 4 maj 2015 och den 1 juni 2015. Kommunerna har dock inte erbjudit AV Syd möjligheten att förlänga sitt anbudsgiltighetstid. För det fall kommunerna accepterat Ricohs förlängningar hade man enligt praxis varit skyldiga att även ha tillfrågat samtliga övriga anbudsgivare. Kommunerna har dock inte erbjudit AV Syd vid något tillfälle att förlänga anbudets giltighetstid vilket strider mot likabehandlingsprincipen. I kammarrätten anförde kommunerna att man accepterat Ricohs ensidiga förlängning och att man därför kan teckna kontrakt med Ricoh. För det fall kammarrätten hade avslagit AV Syds ansökan om överprövning hade kommunerna följaktligen tecknat avtal med Ricoh. Kommunernas agerande strider mot LOU och likabehandlingsprincipen. Om denna typ av agerande tillåts skulle det innebära att en upphandlande myndighet har en ensidig möjlighet att fritt välja vilka anbud som fortsatt ska vara giltiga. Kommunerna har genom sitt agerande således själva tvingat fram en situation där det enligt deras mening inte längre finns några giltiga anbud. Agerandet kan inte anses utgöra sakligt skäl för att avbryta upphandlingen.

AV Syd har under processen i kammarrätten informerat kommunerna om att anbudets giltighetstid förlängs till och med den 31 december 2015. AV Syds anbud är således fortfarande giltigt. I avbrytandebeslutet anføres dock att de

inte accepterar förlängning av anbudens giltighetstid. Av praxis framgår dock att det inte föreligger något hinder mot att en anbudsgivare förlänger anbudets giltighetstid efter det att den har löpt ut. Anledningen är att det är anbudsgivaren själv som avgör om man vill vara bunden av sitt anbud eller inte. Som utgångspunkt måste anbudsgivaren själv anses förfoga över bundenheten till sitt anbud utöver den ursprungliga giltighetstiden. Om anbudsgivaren meddelar att dennes anbud är giltigt ytterligare viss tid är det således det som gäller. Den upphandlande myndigheten kan således inte vägra en förlängning av ett anbudets giltighetstid. Med anledning härav samt kommunernas tidigare agerande i denna fråga, finns det inget hinder mot att kommunerna accepterar AV Syds förlängning av anbudets giltighetstid.

Frånvaron av giltiga anbud kan således endast utgöra sakliga skäl om den upphandlande myndigheten kan visa att den har agerat för att anbuderna ska vara fortsatt giltiga under hela överprövningsprocessen. Frånvaron av giltiga anbud ska inte kunna åberopas av myndigheten för en rätt att få upphandlingen omgjord om det finns skäl att fortsätta upphandlingen genom att den rättas på det sätt som en leverantör yrkar. En upphandlande myndighet är, efter en dom om rättelse, i princip skyldig att ingå avtal med en anbudsgivare som förlängt anbudets giltighetstid. Det följer av likabehandlingsprincipen. En myndighet som i en sådan situation vägrar att ingå avtal gör sig skyldig till domstolstrots. Kammarrätten får således redan anses ha tagit ställning till frågan om anbudens giltighetstid då denna invändning framfördes av kommunerna men trots detta valde kammarrätten att besluta om rättelse. Om kammarrätten funnit att några giltiga anbud inte förelåg skulle man i stället ha förordnat att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten anser följaktligen att AV Syds anbud alltjämt är giltigt.

Då det finns risk för att målet inte hinner avgöras före den 31 december 2015 informerar AV Syd härmed kommunerna om att bolaget förlänger sitt anbudets giltighetstid till och med den 31 december 2016. Det saknas således

sakliga skäl för avbrytandebeslutet. Genom att avbryta upphandlingen utan sakliga skäl har kommunerna handlat i strid med LOU.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. En alternativ lösning som bättre tillgodoser kommunernas förändrade behov är att kommunerna upphandlar produktförsörjning ”som tjänst” dvs. att kommunerna hyr i stället för att själv äga produkterna. I den uppkomna situationen bör inte kommunerna tvingas att slutföra en upphandling som inte ger den lösning som bäst tillgodoser kommunernas behov.

Enligt EU-domstolens praxis har en upphandlande myndighet inte någon skyldighet att fullgöra en påbörjad upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 not. 26 uttalat, i justitierådet Nords särskilda yttrande, att förlängningen av anbuds giltighetstid främst är en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna samt att en sådan förlängning får ske under förutsättning att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU iakttas. En förlängning fordrar ett ömsesidigt medgivande av upphandlande myndigheter och anbudsgivare för att vara giltig. I den avbrutna upphandlingen gick anbudens giltighetstid ursprungligen ut den 20 mars 2015. På kommunernas initiativ förlängdes giltighetstiden av AV Syds och Ricohs anbud till och med den 30 maj 2015. Därefter gick giltighetstiden för AV Syds anbud ut. Ricoh hade dock förlängt sitt anbuds giltighetstid till och med den 31 augusti 2015 vilket kommunerna hade accepterat även för AV Syd om AV Syd förlängt giltighetstiden innan dess utgång den 30 maj 2015. Härfter har Ricoh förlängt sitt anbuds giltighetstid till och med den 31 oktober 2015 vilket har accepterats av kommunerna.

Med hänsyn till att det den 31 oktober 2015 hade gått mer än sju månader sedan den ursprungliga giltighetstiden löpt ut och kommunernas behov förändrats sedan förfrågningsunderlaget publicerades har kommunerna beslutet att inte acceptera någon ytterligare förlängning av anbudens giltighetstid

dvs. varken från Ricoh eller från AV Syd. Detta innebär att anbudens giltighetstid har gått ut vilket är ett sakligt skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kommunerna har som grund för att avbryta aktuell upphandling bl.a. angett att det inte längre finns några giltiga anbud.

För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att myndigheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet och att myndigheten iakttar de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Den i förfrågningsunderlaget angivna giltighetstiden för anbudet kan förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling iakttas och om så ska ske eller inte är främst en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. Frågan om förlängning av ett anbuds giltighet i själva upphandlingsprocessen reglerar inte bara anbudsgivarnas bundenhet av anbudet utan det har också effekt på den

upphandlande myndigheten bl.a. vad gäller myndighetens bundenhet till villkoren i förfrågningsunderlaget. En förlängning av giltighetstiden kräver med hänsyn till detta ett ömsesidigt medgivande av den upphandlande myndigheten och anbudsgivare (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 6132-11 och 7006-12).

Tiden för anbudens giltighetstid löpte i förevarande upphandling ut tre månader efter anbudstidens utgång dvs. den 20 mars 2015. På initiativ från kommunerna har AV Syd och Ricoh dessförinnan ombetts att förlänga anbudens giltighetstid till och med den 30 maj 2015. Ricoh har här efter förlängt sitt anbuds giltighetstid till och med den 31 oktober 2015 vilket kommunerna har accepterat. AV Syd har i förvaltningsrätten anfört att man under hösten 2015 förlängt sitt anbuds giltighetstid till och med den 31 december 2015. Kommunerna har emellertid inte accepterat ytterligare förlängningar efter den 31 oktober 2015 med hänsyn till att det gått mer än sju månader sedan den ursprungliga giltighetstiden löpt ut och att kommunernas behov har förändrats sedan förfrågningsunderlaget publicerades.

För att ett giltigt anbud ska anses föreligga krävs enligt förvaltningsrättens mening att ett nytt ömsesidigt samtycke till förlängning av anbudens giltighetstid har skett. Då något sådant ömsesidigt samtycke till förlängning inte finns avseende AV Syds anbuds giltighetstid kan inte anbudet utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv anses ha varit giltigt när kommunerna beslutade att avbryta den aktuella upphandlingen. Inte heller Ricohs anbuds giltighetstid har förlängts efter den 31 oktober 2015 och det finns därmed inte heller något giltigt anbud från detta bolag.

Följaktligen förelåg det inte några giltiga anbud när kommunerna beslutade att avbryta upphandlingen. Kommunerna har därför haft sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i

mål nr 6132-11 och 7006-12). Vid detta förhållande finner förvaltningsrätten att det saknas anledning att pröva vad AV Syd i övrigt anfört i målet.

Sammanfattningsvis har det enligt förvaltningsrätten inte framkommit annat än att kommunerna haft sakligt godtagbart skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. AV Syds ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Anders Mattsson

Maria Persson har föredragit målet.



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 nå 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.