



**SÖKANDE**

1. Albagården AB, 559051-2728
2. Tuvelund, [REDACTED]

Ombud för båda: juristen Mikael Rendahl  
Upphandlingsjuristen i Sverige AB  
Box 1241  
131 28 Nacka Strand

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-11-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**MOTPARTER**

Se bilaga 1

Ombud för motparterna: advokaten Maria Lidbom  
Advokatfirman LA Partners Aktiebolag  
Box 487  
201 24 Malmö

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar Albagårdens AB:s talan.

Förvaltningsrätten avvisar Tuvelunds ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten förordnar att det interimistiska beslutet den 26 juni 2017  
inte längre gäller.

---

## **BAKGRUND**

Albagården AB (Albagården) begärde den 19 maj 2017 överprövning avseende en upphandling som Kommunförbundet Skåne (Kommunförbundet) har gjort på uppdrag av ett flertal kommuner (Behandling, utredning om omvårdnad vid HVB-hem för barn och unga 0-20 år och deras familjer. Skåne, Kronoberg och Halland 2016 – IFO 15/22). Förvaltningsrätten avvisade Albagårdens ansökan om överprövning som för sent inkommen genom beslut den 13 juni 2017 (mål 5113-5344-17, 5655-5659-17 och 5905-5912-17). Rättidsprövningen gjordes i förhållande till det tilldelningsbeslut som meddelades den 16 augusti 2016.

Albagården överklagade förvaltningsrättens avvisningsbeslut. Kammarrätten i Göteborg upphävde därefter genom beslut den 21 juni 2017 (mål nr 3280-3324-17) avvisningsbeslutet och återförvisade målen till förvaltningsrätten för vidare handläggning. Kammarrätten anförde därvid bl.a. följande. Bolagets begäran om överprövning avser inte beslutet den 16 augusti 2016 utan upphandlande myndighets besked den 13 april 2017, enligt vilket avtal inte kommer att tecknas med Albagården. Förvaltningsrätten borde därför ha prövat om beskedet den 13 april 2017 är ett överprövningsbart beslut och, i så fall, om begäran kommit in i rätt tid i förhållande till detta.

Förvaltningsrätten har den 26 juni 2017 förordnat interimistiskt att motparterna inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

## **YRKANDEN, INSTÄLLNING OCH VAD PARTERNA ANFÖR**

### *Sökandena*

Albagården yrkar att upphandlingen får avslutas först efter rättelse varigenom en ny utvärdering ska göras varvid bolagets anbud inte ska

förkastas. Under handläggningen i förvaltningsrätten har Albagården uppgett att den förda talan även avser Tuvelund som lämnat anbud i upphandlingen.

Företaget Tuvelund som lämnade anbud i upphandlingen har ombildats till Albagården AB. Hela Tuvelunds verksamhet har således övergått till att bedrivas i aktiebolagsform. Det är alltså fråga om en hel företagsöverlåtelse och inte en överlåtelse av ett specifikt avtal. Överlåtelsen har dessutom gjorts och meddelats före det att tilldelningsbeslut fattades.

Kommunförbundet har inte invänt mot informationen Tuvelund lämnat till förbundet om ändring av bolagsform, vilket gjort att Tuvelund utgått från att verksamheten kunnat startas upp i Albagården AB. Det får anses uppenbart att Tuvelund inte velat riskera förlora tilldelning genom att byta bolagsform. Kommunförbundets passivitet har inneburit att förbundet svikligt förlett bolaget att starta upp verksamheten i fel företag så att anbudet kan förkastas samt göra det vid en tidpunkt då Tuvelund omöjligen kan hinna starta upp verksamheten istället.

Det strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen att svikligt förleda en anbudsgivare i att vidta fel åtgärder. Dessutom åligger det en upphandlande myndighet enligt såväl LOU som förvaltningslagen att besvara inkomna frågor från enskild som rör myndighetens verksamhet, bl.a. frågor rörande pågående upphandling. Det har således enligt lag ankommit på Kommunförbundet att ge Tuvelund ett entydigt svar på bolagets önskemål om byte av bolagsform.

Om Albagården inte kan tilldelas avtal ska verksamheten fortsatt bedrivas i Tuvelund, vilket har varit avsikten för det fall Kommunförbundet inte skulle acceptera byte av bolagsform. Eftersom det ännu inte har gått ett år från det att tilldelningsbeslutet fattades har Tuvelund fortfarande möjlighet att starta

upp verksamheten inom föreskriven tid. Därmed har det sagnats grund för att utesluta Tuvelund på grund av såväl begäran om att ändrad bolagsform som att av att verksamheten ännu inte startats.

Genom tilldelningsbeslut från 2016 har Tuvelund kvalificerats och tilldelats kontrakt i upphandlingen. Genom e-postmeddelande den 13 april 2017 lämnades Tuvelund besked om att avtal inte kommer att tecknas då kraven i förfrågningsunderlaget inte är uppfyllda. Det besked som Kommunförbundet ger den 13 april 2017 innebär att Kommunförbundet inte kommer att ingå avtal med bolaget. Tuvelund anser att det besked som Kommunförbundet lämnar i e-postmeddelandet utgör en underrättelse enligt 9 kap. 9 § LOU. Att Kommunförbundet har skickat en annan underrättelse tidigare med annan innebörd föranleder ingen annan bedömning eftersom varje beslut som innehåller upplysningar av den innebörd som avses i 9 kap. 9 § LOU är att betrakta som ett nytt beslut som kan bli föremål för rättslig prövning. Bestämmelserna i 9 kap. 9 § LOU tar inte enbart sikte på det första beslutet. Senare beslut som avser frågan som regleras i 9 kap. 9 § LOU omfattas givetvis också. Någon annan tolkning går inte att göra av varken ordalydelsen eller förarbetena. En annan ordning skulle leda till att Tuvelund saknar möjlighet att få sin sak prövad i domstol. Det skulle också medföra att upphandlande myndigheter skulle kunna ändra redan meddelade tilldelningsbeslut på ett otillbörligt sätt och till nackdel för specifika leverantörer utan att det kan bli föremål för överprövning. Den aktuella upphandlingen är alltså pågående.

Det följer av EU-domstolens praxis att alla beslut eller viljeyttringar från en upphandlande myndighets sida ska kunna bli föremål för överprövning under förutsättning att de har någon faktisk verkan. Kommunförbundets beslut den 13 april 2017 måste således kunna bli föremål för överprövning.

Det torde vara ostridigt i målet att Kommunförbundets e-postmeddelande den 13 april 2017 inte innehåller någon upplysning under vilken tid avtals-spärr gäller. På grund av detta har Tuvelunds ansökan kommit in i rätt tid. Eftersom tilldelningsbeslutet inte utgör något bindande avtal och något avtal ännu inte har tecknats är det inte fråga om ett avtalsrättsligt förhållande.

Kommunförbundet har efter att tilldelningsbeslut fattats kommit fram till att Tuvelund inte uppfyller ett ska-krav i förfrågningsunderlaget varför förbundet har fattat ett nytt beslut genom e-postmeddelandet till bolaget. Med anledning av detta saknas det grund för Kommunförbundets inställning att det inte är ett nytt tilldelningsbeslut utan en civilrättslig fråga. Att Tuvelund frångått sin tilldelning har i allra högsta grad rättsverkningar. Att dra tillbaka ett beslut om att tilldela ett kontrakt kan inte definieras som information eller dialog angående tolkning av avtal.

#### *Kommunförbundet*

Albagården registrerades som bolag den 15 februari 2016. Sista anbuds-dagen i upphandlingen var den 29 januari 2016. Albagården har därmed aldrig kunnat lämna anbud i upphandlingen.

Enligt 16 kap. 4 § LOU är det endast en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada som kan begära överprövning av en upp-handling. Begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall haft för avsikt att lämna anbud i en specifik upphandling. Albagården kan omöjligen anses ha haft för avsikt att lämna anbud i upp-handlingen då bolaget inte fanns vid sista anbudsdagen. Albagården saknar därmed talerätt.

Kommunförbundet har inte godkänt att Albagården AB tagit över Tuvelunds anbud. Enbart den omständigheten att en anbudsgivare under upp-

handlingen anmäler att man avser ändra bolag innebär inte att ett sådant övertagande har godkänts eller ens är möjligt utifrån de upphandlingsrättsliga principerna.

Informationen som skickades till Tuvelund den 13 april 2017 utgör inte ett beslut som går att överpröva enligt LOU eller som har rättslig verkan. Informationen innebär inte någon ändring av det tilldelningsbeslut som meddelades 2016. Informationen är just endast information om ett avtalsvillkor. Informationen innebär inga rättsverkningar enligt LOU. Informationen innehåller endast uppgifter om ett specifikt avtalsvillkor och att det föreligger grund för omedelbar hävning av avtalet, vilket därför medför att det saknas anledning att ingå avtalet. Att informera, eller föra en dialog, med vinnande leverantör om tillämpning av avtalsvillkor utgör inte ett brott mot LOU. Den till Tuvelund ställda informationen utgör inte ett beslut inom ramen för LOU som kan prövas i en överprövningsprocess. Frågan rör avtalstillämpning och är därför en fråga som i sådant fall ska prövas inom ramen för en tvistemålsprocess vid allmän domstol.

Det aktuella villkoret 1.2.16 i förfrågningsunderlaget är ett avtalsvillkor som ska vara uppfyllt vid en viss tidpunkt (ett år efter sista anbudsdag). Det är således inte fråga om något krav som måste vara uppfyllt vid anbudsinlämnande eller som gått att kontrollera vid utvärderingen. Det aktuella avtalsvillkoret har därmed varken påverkat utvärderingen eller kvalificeringen och det kan inte användas för att utesluta någon anbudsgivare.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Bestämmelser m.m.*

I målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling tillämplig, se punkten 4 i övergångsbestämmelserna i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen, och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller få avslutas fört sedan en rättelse gjorts.

Enligt 9 kap. 9 § första stycket LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

I förarbetena anges att underrättelsen om tilldelningsbeslutet utlöser avtalsspärren enligt 16 kap. 1 § men om underrättelse inte uppfyller lagens krav börjar avtalsspärren inte att löpa (prop. 2009/10:180 s.338).

Enligt 16 kap. 11 § LOU ska en ansökan om överprövning av en upp-

handling ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 § samma kapitel.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Har Albagården talerätt?

Det är ostridigt i målet att Albagården har registrerats som aktiebolag först efter det att sista dagen för att lämna anbud i upphandlingen har passerat.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan begära överprövning av en upphandling. En förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 10 november 2017 i mål nr 4876-16).

Mot bakgrund av att Albagården över huvud taget inte existerade som juridisk person när tiden för att lämna anbud gick ut, anser förvaltningsrätten att Albagården inte kan anses ha haft sådant intresse som medför att bolaget är taleberättigat i aktuell upphandling. Det som Albagården anfört om förvärvet av Tuvelund och korrespondensen med Kommunförbundet föranleder inte annan bedömning. Albagårdens talan ska följaktligen avvisas.

Är e-postmeddelandet den 13 april 2017 ett överprövningsbart beslut och, om så är fallet, har ansökan om överprövning kommit in i rätt tid?

Tuvelund har under den nu pågående överprövningsprocessen anslutningsvis ansökt om överprövning vid sidan av Albagården. Tuvelund gör därvid gällande att det besked som mottagits via e-post den 13 april 2017 är ett nytt tilldelningsbeslut som kan överprövas inom ramen för LOU.



Av EU-domstolens rättspraxis framgår att varje beslut eller agerande från den upphandlande myndighetens sida, vilket har en rättslig verkan och som leverantören anser vara felaktigt och till skada för denne, kan bli föremål för överprövning (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle). En förutsättning för att beslutet ska kunna överprövas är dock att ansökan om överprövning kommer in till förvaltningsrätten före utgången av avtals-spärren.

Det är ostridigt att underrättelse om tilldelningsbeslut skickats till anbudsgivarna via TendSign den 22 september 2016. I underrättelsen anges att avtal tidigast kommer att tecknas den 4 oktober 2016. En ansökan om överprövning avseende detta tilldelningsbeslut skulle således ha kommit in till förvaltningsrätten senast den 3 oktober 2016.

Av e-postmeddelandet den 13 april 2017 framgår inte att detta besked utgör en ändring av det tidigare fattade tilldelningsbeslutet på sådant sätt att e-postmeddelandet ska anses innefatta ett ytterligare tilldelningsbeslut i den aktuella upphandlingen. Det framgår inte heller att det tidigare tilldelningsbeslutet är hävt. E-postmeddelandet av den 13 april 2017 är alltså inte ett nytt tilldelningsbeslut som utlöser en ny avtalsspärr och kan inte heller ses som ett annat beslut som kan överprövas av domstol i detta skede av upphandlingen.

Ansökan om överprövning har således kommit in för sent i förhållande till det tilldelningsbeslut som finns. Tuvelunds ansökan ska därför avvisas som för sent inkommen.

#### Rättens interimistiska beslut

Vid denna utgång ska det interimistiska beslutet inte längre gälla.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 2 (DV 3109/1B LOU)

  
Anders Mattsson

Ulrika Skogler har föredragit målen.

## Bilaga 1

**MOTPARTER**

1. Bjuvs kommun	mål nr 6657-17
2. Bromölla kommun	mål nr 6658-17
3. Burlövs kommun	mål nr 6659-17
4. Båstads kommun	mål nr 6660-17
5. Eslövs kommun	mål nr 6661-17
6. Helsingborgs stad	mål nr 6662-17
7. Hässleholms kommun	mål nr 6663-17
8. Höganäs kommun	mål nr 6664-17
9. Hörby kommun	mål nr 6665-17
10. Höörs kommun	mål nr 6666-17
11. Klippans kommun	mål nr 6667-17
12. Kristianstad kommun	mål nr 6668-17
13. Kävlinge kommun	mål nr 6669-17
14. Landskrona stad	mål nr 6670-17
15. Lomma kommun	mål nr 6671-17
16. Lunds kommun	mål nr 6672-17
17. Malmö stad	mål nr 6673-17
18. Osby kommun	mål nr 6674-17
19. Perstorps kommun	mål nr 6675-17
20. Simrishamns kommun	mål nr 6676-17
21. Skurups kommun	mål nr 6677-17
22. Staffanstorps kommun	mål nr 6678-17
23. Svalövs kommun	mål nr 6679-17
24. Svedala kommun	mål nr 6680-17
25. Tomelilla kommun	mål nr 6681-17
26. Trelleborgs kommun	mål nr 6682-17
27. Vellinge kommun	mål nr 6683-17
28. Ystads kommun	mål nr 6684-17
29. Åstorps kommun	mål nr 6685-17
30. Ängelholms kommun	mål nr 6686-17

31. Örskelljunga kommun	mål nr 6687-17
32. Östra Göinge kommun	mål nr 6688-17
33. Falkenbergs kommun	mål nr 6689-17
34. Halmstads kommun	mål nr 6690-17
35. Laholms kommun	mål nr 6691-17
36. Hylte kommun	mål nr 6692-17
37. Varbergs kommun	mål nr 6693-17
38. Markaryds kommun	mål nr 6694-17
39. Tingsryds kommun	mål nr 6695-17
40. Lessebo kommun	mål nr 6696-17
41. Uppvidinge kommun	mål nr 6697-17
42. Älmhults kommun	mål nr 6698-17
43. Växjö kommun	mål nr 6699-17
44. Alvesta kommun	mål nr 6700-17
45. Ljungby kommun	mål nr 6701-17



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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-postadress, 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.