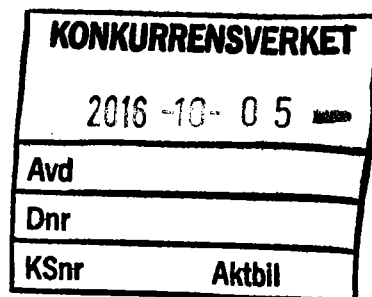




SÖKANDE

Vått & Torrt Inomhusmiljö i Örebro AB, 556256-9599
Dialoggatan 5
703 74 Örebro

Ombud:
Advokat David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Box 606
651 13 Karlstad



MOTPARTER

1. Örebrostäder AB, 556334-8449 (mål nr 1654-16)
2. Öbo Omsorgsfastigheter AB, 556800-5432 (mål nr 1655-16)
3. Öbo Husaren AB, 556652-0515 (mål nr 1656-16)
4. Västerporten Fastigheter i Örebro AB (mål nr 1657-16)

Ombud för 1-4:
Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 28
211 34 Malmö

Advokat Christoffer Löfquist
Adress som ovan

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Vått & Torrt Inomhusmiljö i Örebro AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

ÖrebroBostäder AB (Örebrobostäder) genomför för egen del samt för Öbo Omsorgsfastigheter AB, Öbo Husaren AB och Västerporten Fastigheter i Örebro AB en offentlig upphandling av leverantörer för ramavtal i tjugo kategorier varav, såvitt här är aktuellt, en kategori avser saneringsarbeten brand- och vattenskador. Upphandlingen har inletts genom öppet förfarande. I meddelande till leverantörer som kommit in med anbud har ÖrebroBostäder sedan angett att man övergått till förhandlat förfarande i den del som avser maskinpriser samt ombett anbudsgivarna att acceptera att anbudens giltighetstid förlängs till och med den 1 maj 2016. Därefter har ÖrebroBostäder meddelat att man avbrutit upphandlingen med hänvisning till att bolaget inte kan utföra en rättvis utvärdering beroende på att utvärdering av maskinpriser inte gått som planerat.

PARTERNAS TALAN

Vått & Torrt Inomhusmiljö i Örebro AB (Vått & Torrt) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska upphäva beslutet att avbryta upphandlingen och besluta om rättelse på sådant sätt att den ska fullföljas, då skäl för avbrytande inte föreligger. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Av rättspraxis framgår att en upphandlande myndighet får avbryta en upphandling om det finns sakligt godtagbara skäl för det. Se bland annat RÅ 2009 ref. 43. I nu aktuell upphandling har samtliga förutsättningar för anbudsgivande och utvärdering varit klara för samtliga anbudsgivare. Inom samtliga 19 andra områden, som grundar sig på samma förfrågningsunderlag, har också kontrakt tilldelats utifrån de utvärderingar som skett. Det finns således inga förhållanden i det nu aktuella upphandlingsunderlaget som skulle ge ÖrebroBostäder skäl till avbrytande av upphandlingen. Därtill har ÖrebroBostäder, i syfte att undanröja den enda möjliga bristen, övergått till förhandlat förfarande genom vilket anbudsgivarna

erhållit samma möjligheter att komma in med prisuppgifter på de fem maskiner som omfattats av utvärderingen inom nu aktuell kategori. Utifrån detta är det ytterst märkligt att ÖrebroBostäder avbrutit upphandlingen inom ramen för kategori 4, saneringsarbeten brand- och vattenskador, under åberopande av skälet att en rättvis utvärdering inte kan utföras beroende av att maskinpriserna inte gick som planerat.

ÖrebroBostäder bestrider bifall till Vått & Torrts ansökan och anför sammanfattningsvis följande. ÖrebroBostäder annonserade upphandlingen av ramavtalsleverantörer för ett tjugotal kategorier den 10 november 2015 genom upphandlingsverktyget Visma TendSign och ÖrebroBostäders hemsida. Upphandlingens syfte för de 20 kategorierna är att täcka behovet av underhållsåtgärder, reparationer, ombyggnader, nybyggnationer för myndigheternas hela fastighetsbestånd samt för upphandling av entreprenörer att utföra dessa entreprenadarbeten. En av de 20 kategorierna är benämnd "Saneringsarbeten brand- och vattenskador". Det noteras att anbudstiden löpte ut den 23 december 2015. Vad avser de administrativa föreskrifterna ("AF-delen") för den kategori som är aktuell för detta överprövningsmål, d.v.s. saneringsarbeten brand- och vattenskador, har dessa reviderats ett flertal gånger från tidpunkten för annonseringen av upphandlingen den 10 november 2015 till dess att anbudstiden löpte ut den 23 december 2015. Det ska noteras att ÖrebroBostäder inte har förlängt anbudstiden med anledning av dessa revideringar - inte heller har ÖrebroBostäder avbrutit upphandlingen och omannonserat densamma. Den "ursprungliga" AF-delen har reviderats vid fem olika tillfällen under anbudstiden. Samtliga revideringar har införts i en "slutlig" version av AF-delen. I framställningen nedan (inte redovisad i denna dom; förvaltningsrättens anm.) kommer de olika versionerna av AF-delen belysas utifrån vilka koder i AF-delen med tillhörande skall-krav som har ändrats och vilka konsekvenser som detta får upphandlingen. Det kommer även att redogöras för de otydligheter som föreligger i framförallt utvärderingsmodellen som framgår av AF-delen. Samtliga dessa omständig-

heter visar entydigt på att ÖrebroBostäder har haft sakligt godtagbara skäl när beslut fattades om att avbryta upphandlingen. ÖrebroBostäders avbrytandebeslut vinner stöd av rättspraxis från EU-domstolen och de svenska förvaltningsdomstolarna avseende överprövade avbrytandebeslut. ÖrebroBostäder stödjer vidare sitt avbrytandebeslut på de relevanta avgörandena från Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 93-12 och Kammarrätten i Jönköping mål nr 1427-10. Båda dessa rättsfall ger tydligt uttryck för att domstolarna ställer mycket höga krav på att skall-krav och utvärderingsmodeller i förfrågningsunderlag ska vara tydliga och förutsebara - annars uppfylls inte principerna om likabehandling och transparens varpå det finns sakliga skäl att avbryta en upphandling. Det har ingen betydelse för bedömningen av ett avbrytandebeslut om detta har fattats innan eller efter det att ett tilldelningsbeslut har meddelats. Detta framgår bl.a. av Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1103-10.

Vått & Torrt anför med anledning av ÖrebroBostäders yttrande bland annat följande. Det är påfallande många understrykningar i det yttrande som inkommit från ÖrebroBostäders ombud med koncentration på hur många överträdelser av de upphandlingsrättsliga principerna som skett, hur många väsentliga förändringar som skett i förfrågningsunderlaget, hur felaktigt ÖrebroBostäder agerat samt att detta leder till att upphandlingen måste avbrytas. Det är dock inte samma inställning såsom den inledningsvis redovisats i yttrande från upphandlingsansvarig K-G Forsberg, vilken även varit den tjänsteman som fattat avbrytandebeslutet. Det är uppseendeväckande att ÖrebroBostäder lägger ner så stora resurser på att hävda sin ståndpunkt i denna fråga när tilldelning skett avseende 19 av de 20 kategorierna som upphandlats inom ramen för samma förfrågningsunderlag och där även tilldelning skett avseende kategori 19, markarbeten, som haft samma förutsättningar som nu aktuell kategori. Detta innebär tveklöst att anbudsgivarna i nu aktuell upphandlingskategori har behandlats på ett ojämlikt sätt i förhållande till andra anbudsgivare inom ramen för samma upphandling. Istället för att

hantera frågan via ett avbrytande utan sakligt godtagbara skäl borde frågan ha hanterats inom ramen för en överprövningsprocess från den anbudsgivare som eventuellt anser sig vara förfördelad eller som anser att det föreligger brister i förfrågningsunderlaget alternativt upphandlingsförfarandet och alltså inte från ÖrebroBostäders sida. Det förhållande att ÖrebroBostäder, trots de brister som nu vill göras gällande, fortsatt upphandlingsförfarandet har ju även inneburit att man konsekvent accepterat det förhållningssätt som intagits och att då i efterhand anföra dessa omständigheter som grund för avbrytande när man inte anser att man uppnår önskat resultat är inte rätt.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är i första hand om ÖrebroBostäder haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen i den del som avser kategorin saneringsarbeten brand- och vattenskador. Om så inte är fallet strider beslutet att avbryta upphandlingen mot de upphandlingsrättsliga principer som framgår av praxis inom offentlig upphandling.

Såvitt framkommit i målet har ÖrebroBostäder visat att det förekommit ett antal brister i förfarandet genom att förfrågningsunderlaget har ändrats vid flera tillfällen på sätt som synes strida mot principen om transparens. Därtill kommer eventuellt att vissa uppställda krav är otydliga och att förfrågningsunderlaget även i detta avseende strider mot principen om transparens. Som Vått & Torrt anfört är det anmärkningsvärt att ett sådant förhållandevis stort antal brister tydliggörs först i ett andra yttrande från den upphandlande myndigheten inom ramen för en överprövningsprocess som inte syftar till att upphandlingen ska göras om utan att den ska fortsätta och avslutas genom tilldelning och kontraktskrivning. Emellertid ska bedömningen om det finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen, såsom ÖrebroBostäder anfört, göras oberoende av när bristerna uppmärksammas. Vidare skulle ÖrebroBostäder, om upphandlingen fullföljs, riskera ytterligare fördröjning ifall någon annan leverantör åberopar bristerna i förfrågningsunderlaget varvid upphandlingen sannolikt skulle behöva göras om.

Med hänvisning till vad som anförts finner förvaltningsrätten att det förekommit sådana brister i det konkurrensuppsökande skedet av aktuell upphandling att ÖrebroBostäder haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen på sätt som skett. Vått & Torrts ansökan om överprövning ska mot den bakgrunden avslås.

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



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman