



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Saramaria Johansson

DOM
2013-10-21
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3247-13

SÖKANDE

Ahlqvist Ingenjörbyrå HB, 916423-0352
Svanebergs Gård 1
392 43 Kalmar

Ombud: Advokat Ulf Setterud
Setterud Advokatbyrå Aktiebolag
Ågatan 39
582 22 Linköping

MOTPART

Landstinget i Kalmar län, Landstingets Serviceförvaltning, Upphandling
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Landstinget i Kalmar län (Landstinget) genomförde en upphandling av revisionsbesiktningar av elanläggningar som ett förenklat förfarande. Anbudsfristen för när anbud senast skulle ha kommit in löpte ut den 24 januari 2013. Av tilldelningsbeslut den 1 februari 2013 framgår att WSP Systems AB (WSP) tilldelats kontraktet.

Landstinget beslutade den 7 februari 2013 att avbryta upphandlingen med hänvisning till att förfrågningsunderlaget visat sig vara otydligt och motstridigt och att det därför är sannolikt att leverantörer kommer att lida skada eller i vart fall riskera att lida skada. Det kan inte heller uteslutas att potentiella leverantörer avstått från att lämna anbud. Förvaltningsrätten har genom dom den 3 juli 2013 mål nr. 567-13 beslutat att bifalla ansökan om överprövning och ogiltigförklarat Landstingets beslut att avbryta upphandlingen.

Landstinget har med anledning av förvaltningsrättens dom gjort en ny bedömning av anbudsgivarnas kravuppfyllnad. Landstinget beslutade den 23 augusti 2013 att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens då det endast inkommit ett kvalificerat anbud.

YRKANDEN M.M.

Ahlqvist Ingenjörbyrå HB (Ahlqvist) ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten slår fast att Landstinget inte har rätt att än en gång avbryta sin upphandling samt att Landstinget föreläggs att avsluta sin upphandling genom att det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras samt att Landstinget föreläggs att göra en ny anbudsutvärdering där Elektrisk Byrå

Arne Ahlqvist AB (Elektrisk Byrå) och KLT Konsult AB (KLT) ska anses kvalificerade för anbudsutvärdering. Till stöd för sina yrkanden anför Ahlqvist bl.a. följande. Frågan om avbrytande har redan prövats av domstol varför landstinget är förhindrade att igen fatta samma beslut om avbrytande. Landstinget har som stöd för sitt beslut anfört nya grunder men utan att några nya fakta eller omständigheter har tillkommit. Beslutet grundas på sakomständigheter som var kända under domstolens tidigare prövning. Landstinget har varit förhindrad att anföra dessa nya grunder under den tidigare överprövningen och är således förhindrade att göra det i nuvarande överprövning med hänsyn till res judicata. Vidare har Landstinget som grund för sitt beslut angett att det föreligger bristande konkurrens vilket är felaktigt eftersom tre av anbuderna är korrekta och ska utvärderas. När det gäller KLT:s anbud så har Landstinget i sitt tilldelningsbeslut angett att uppförande koden inte är undertecknad av VD/ansvarig firmatecknare. Uppförandekoden är undertecknad av Torbjörn Westerlund som är firmatecknare för bolaget. När det gäller anbudet från Elektrisk Byrå så ska bolaget anses vara kvalificerade eftersom de uppfyllde kravet på rating vid det tillfälle då samtliga anbudsgivare kontrollerades. Landstinget har förmodligen gjort en ny kontroll och funnit att bolaget har en lägre rating beroende på en försenad momsinsbetalning. Enligt de administrativa föreskrifterna punkten 2.3.2 ska samtliga anbudsgivare kontrolleras vid ett och samma tillfälle. Elektrisk Byrå har inte fått chans att lämna en förklaring om varför kravet på rating inte uppfylls.

Landstinget yrkar att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Beslutet att avbryta upphandlingen har vilat på saklig grund därmed varit förenligt med LOU och gemenskapsrätten. Det föreligger inte res judicata då de omständigheter och sakförhållanden som legat till grund för avbrytandebeslutet inte varit föremål för någon prövning i förvaltningsrättens dom den 3 juli 2013 i mål nr. 567-13. Det framgår uttryckligen att eventuella brister i anbuderna inte prövats i den tidigare domen. Landstinget

har inte vid något tidigare beslut anfört de nu aktuella grunderna. Upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling fram till dess att ett upphandlingskontrakt föreligger. Upphandlande myndighet har även rätt att under hela upphandlingsförfarandet beakta nya omständigheter såsom bristande kravuppfyllnad i anbud som inte uppmärksammats eller beaktats vid tidigare utvärderingar. Ursprungligen ställda krav måste upprätthållas under hela upphandlingsförfarandet. De kammarrättsavgöranden som Ahlqvist åberopar är inte tillämpliga i förevarande fall eftersom de tar sikte på invändningar om bristande ska-kravsuppfyllnad till klagande leverantörs nackdel som görs under pågående överprövningsprocess. Vid avbrytandebeslutet fanns det inte något överprövningsmål anhängiggjort mellan parterna överhuvudtaget och Landstinget har inte heller gjort gällande några ska-kravsbrister i Ahlqvists anbud. Det har endast kommit in ett kvalificerat anbud. När det gäller KLT:s anbud är uppförandekoden inte undertecknad av VD eller behörig firmatecknare vilket är ett obligatoriskt krav. Det framgår av de handlingar som Landstinget bifogat samt det utdrag från Bolagsverket som Ahlqvist bifogat angående KLT:s firmateckning att "Firman tecknas två i förening av ledamöterna". Uppförandekoden är undertecknad av styrelseledamot Torbjörn Westerlund ensam. Anbudet från Elektrisk Byrå brister vad gäller ett flertal obligatoriska krav. Bolaget har varken en stabil ekonomisk bas och har tillgång till resurser som svarar mot uppdraget omfattning och innehåll eller uppfyller kravet på minst rating 5 från Svea Ekonomi. Av de administrativa föreskrifterna punkt 2.3.1 framgår att anbudsgivare kan komma att uteslutas från deltagande i upphandlingen om kraven i 10 kap. 2 § LOU inte uppfylls. Kontroll sker genom prevision och kan komma att ske löpande under avtalstiden. Previsionsvaret från Skatteverket visar att Elektrisk Byrå hade ett underskott av förfallna skatter och avgifter på sitt skattekonto. Av de administrativa föreskrifterna punkt 2.3.2 framgår bl.a. att anbudsgivare ska ha en stabil ekonomisk bas och uppfylla minst rating 5 från Svea Ekonomi. Detta underlag kommer att tas fram vid samma tillfälle för samtliga anbudsgivare. Upp-

fyller inte anbudsgivaren ratingkravet kan en förklaring begäras in vid behov. Med anledning av att det förflutit lång tid sedan de första ratingutdragen och obligatoriska s.k. ska-krav måste upprätthållas genom hela upphandlingsförfarandet omkontrollerades alla anbudsgivare hos Svea Ekonomi den 22 augusti 2013. Vid Landstingets kontroll konstaterades att bolaget konsekvent misskött sina åliggande avseende förfallna skatter och sociala avgifter det senaste halvåret och det är således inte fråga om någon enstaka missad momsinsbetalning. Det har inte funnits något behov av att begära en förklaring till Elektrisk Byrås ratingpoäng. WSP:s anbud har visserligen varit undertecknat av behörig företrädare. Däremot har den uppförandekod som bifogats anbudet inte varit undertecknad av VD eller ansvarig firmatecknare vilket varit ett obligatoriskt krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att beslutet vilar på sakligt godtagbara skäl och de grundläggande principerna i gemenskapsrätten inte träds för när. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (jfr RÅ 2009 ref. 43).

EU-domstolen har uttalat att upphandlingskriterierna ska vara formulerade, i kontraktshandlingarna eller meddelandet om upphandling, på sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt (se bl.a. C-19/00 p. 42).

Förvaltningsrätten kan i ett mål om avbrytande av upphandling endast besluta att det överprövade beslutet ska upphävas/ogiltigförklaras eller inte. Vad förvaltningsrätten ska pröva i målet är således om landstinget har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta den aktuella upphandlingen.

Res judicata

Ahlqvist har i sin begäran om överprövning angett att Landstinget på grund av res judicata är förhindrad att än en gång fatta beslut om att avbryta upphandlingen. Av förvaltningsrättens dom den 3 juli 2013 i mål nr 567-13 framgår att prövningen avser huruvida Landstinget haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen, på grund av att förfrågningsunderlaget visat sig vara otydligt och motstridigt.

Enligt praxis har upphandlande myndighet rätt att avbryta sin upphandling fram till dess att upphandlingskontrakt föreligger, förutsatt att beslutet är sakligt grundat. Den upphandlande myndighet har, fram till dess att det föreligger ett upphandlingskontrakt, även rätt att vid en ny utvärdering göra en annan bedömning av i vilken mån inlämnade anbud uppfyller ställda ska-krav. Detta gäller även om anbud tidigare ansetts kvalificerade. (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 februari 2009 i mål nr 3226-08, Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 mars 2006 i mål nr 1093-06, Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 januari 2012 i mål nr 2585-11, RÅ 2008 ref. 35 och Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 7 december 2010 i mål nr 39619-10) - Som bolaget anfört får en upphandlande myndighet under en överprövning inte invända att det anbud som den leveran-

tör, som begärt överprövning, lämnat inte uppfyller uppställda ska-krav om anbudet tidigare bedömts kvalificerat. Ett tillåtande av en sådan invändning skulle innebära att överprövningsinstansen som första instans skulle pröva huruvida anbudet uppfyller ska-kraven eller inte. (Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10 och Kammarrätten i Stockholms dom den 19 november 2010 i mål nr 5929-10.) I förevarande fall har Landstinget varken i sitt avbrytandebeslut eller under överprövningen invänt att Ahlqvist anbud inte uppfyller alla ska-krav.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan finner förvaltningsrätten att de grunder som angetts som skäl för att avbryta upphandlingen inte tidigare har prövats. Det föreligger således inte res judicata.

Sakliga skäl att avbryta upphandlingen

Ahlqvist har i sin begäran om överprövning även angett tre av anbuderna är korrekta och att Landstinget därför felaktigt angett bristande konkurrens som grund för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Som tidigare angetts har en upphandlande myndighet rätt att vid en ny utvärdering göra en annan bedömning i vilken mån anbuderna uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget.

Landstinget har vid en ny utvärdering av samtliga anbud funnit att uppförandekoden i de anbud som KLT och WSP lämnat inte är undertecknade av VD/ansvarig firmatecknare. Vidare har de funnit att Elektrisk Byrå inte uppfyller kravet på minst rating 5 från Svea Ekonomi eller har en stabil ekonomisk bas och har tillgång till resurser som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning.

Förvaltningsrätten finner att det i målet är tillfredsställande utrett att det vid anbudsutvärderingen endast funnits ett kvalificerat anbud. Av praxis framgår att bristande konkurrens kan utgöra sakligt skäl för att avbryta en upphandling (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 ref. 35).

Mot denna bakgrund och då utredningen i övrigt inte ger anledning till annan bedömning finner Förvaltningsrätten vidare att Landstingets beslut om att avbryta upphandlingen vilat på sakligt godtagbara skäl och att det inte framkommit Landstinget brutit mot de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därför.

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


Carl-Gustaf Juhlin