

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING****DOM**
2015-02-09
Meddelad i
JönköpingMål nr
5104-14
4724-14
4753-14**SÖKANDE**

1. Simab Sport AB, 556546-7981 (mål nr 4724-14 och 5101-14)
Stora vägen 19
436 34 Askim

Ombud: Advokat Stefan Hallbäck
Compitum Advokatbyrå för upphandlingsjuridik AB
Dammsagervägen 22
239 42 Falsterbo

2. Rantzows Sport AB, 556184-1395 (mål nr 4753-14)
Fritiofs väg 1
266 75 Hjärnarp

MOTPARTER

1. Bollebygds kommun
517 83 Bollebygd

2. Borås Stad
501 80 Borås

3. Svenljunga kommun
512 80 Svenljunga

4. Tranemo kommun
514 80 Tranemo

5. Ulricehamns kommun
523 86 Ulricehamn

Ombud för 1-5: Stadsjuristen Torbjörn Alfredsson
Borås Stad
501 80 Borås

SAKEN

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

Dok.Id 152773

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping**Besöksadress**
Hamngatan 15**Telefon**
036-15 66 00**E-post:**
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se**Telefax**
036-15 66 55**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Simab Sport AB:s ansökan om ingripande mot Borås Stads beslut att avbryta upphandlingen (mål nr 5104-14).

Förvaltningsrätten avskriver mål nr 4724-14 och mål nr 4753-14 angående överprövning av upphandlingen.

BAKGRUND

Borås Stad har, för egen del och för kommunerna Bollebygd, Svenljunga, Tranemo och Ulricehamn, genomfört en upphandling av idrottsmateriel. Upphandlingen omfattar två stycken produktområden, idrottsmaterial och idrottsinventarier. Upphandlingen har genomförts med tillämpning av öppet förfarande enligt LOU och utvärdering har skett enligt lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 26 september 2014 har Sport & Fritidsgrossisten i Sverige AB (Sport & Fritidsgrossisten) tilldelats upphandlingen både avseende idrottsmaterial och idrottsinventarier.

Simab Sport AB (Simab) ansökte den 6 oktober 2014 om överprövning av upphandlingen (mål nr 4724-14). Samma dag ansökte Rantzows Sport AB (Rantzow) om överprövning av upphandlingen (mål nr 4753-14).

Den 21 oktober 2014 beslutade Borås Stad att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs att förfrågningsunderlaget varit otydligt i vissa avseenden vilket innebär att den upphandlande myndigheten inte når upp till kravet i lagen om offentlig upphandling på transparens.

YRKANDEN M.M.

Simab har ansökt om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen (mål nr 5104-14) och yrkat att beslutet ska undanröjas. Som skäl har Simab anfört bl.a. följande. Det föreligger inga sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Det är felaktigt att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Förfrågningsunderlaget innehåller inte till någon del en antydning eller uppgift om att de efterfrågade rabatterna endast skulle avse produkter som inte omfattas av den katalog av varor vilka avsågs att användas vid utvärderingen. Tvärtom är förfrågningsunderlaget tydligt i denna del. I Anbudsspecifikationen stipuleras att ”Avtalsrabatten som offereras ska vara enhetlig inom hela produktgruppen samt gälla för anbudsgivarens övriga produkter inom produktgruppen”. Det finns inte utrymme i lydelsen för den tolkning som de upphandlande enheterna säger sig ha avsett. Rabatten ska vara enhetlig och gälla i hela produktgruppen. Om de upphandlande enheternas nu redovisade syfte med rabattbestämmelsen skulle vara att rabatten endast skulle gälla de varor som inte omfattas av anbudsspecifikationen så ges utrymme för att dumpa sina priser för de varor som omfattas av anbudsspecifikationen och lämna en blygsam rabatt för övriga produkter. Något som just skett i det vinnande anbudet. Det skulle också innebära att de upphandlande enheterna skulle vara beredda att acceptera en 25 procents lägre rabatt för alla inköp av varor utanför de som upptagits i anbudsspecifikationen.

Rantzow har beretts tillfälle att yttra sig över beslutet att avbryta upphandlingen men har inte avhört.

Borås Stad och övriga i upphandlingen ingående kommuner (Kommunerna) anser att Simabs yrkande om undanröjande av beslutet att avbryta upphandlingen ska avslås och anför bl.a. följande. Avsikten med att efterfråga

rabattsatser var att de upphandlande myndigheterna skulle erhålla rabatt i förhållande till anbudsgivarens prislista. Rabatterna var tänkta att endast tillämpas på den del av anbudsgivarens sortiment som inte skulle nettoprissättas i anbudsspecifikationen, dvs. avseende anbudsgivarens övriga sortiment. Någon koppling mellan offererade rabatter och de nettopriser som skulle offereras eftersträvades alltså inte. Efter att tilldelningsbeslut meddelats visade det sig dock att minst två anbudsgivare uppfattat ifrågavarande anvisningar i anbudsspecifikationen på så sätt att den för respektive produktgrupp offererade rabatten skulle gälla även de artiklar där nettopriser efterfrågades. Det kan konstateras att en sådan alternativ tolkning av ifrågavarande instruktioner inte framstår som orimlig. De efterfrågade rabattsatserna var inte avsedda att vara en del av den valda utvärderingsmodellen. Anledningen till att de ändå efterfrågas är att erfarenheterna visar att avrop från tecknade ramavtal till en mindre del under avtalsperioden kommer att göras från leverantörens övriga sortiment. Genom rabattsatserna har vinnande anbudsgivare möjlighet att lämna attraktiva erbjudanden till de avropande kommunala verksamheterna avseende de delar av sitt sortiment som inte är nettoprissatt genom anbudsspecifikationen. Mot bakgrund av den tolkning av instruktionerna avseende avtalsrabatterna som Simab påstår sig ha gjort, kan en sådan tolkning inte anses helt sakna rimlighet, även om den inte ter sig helt naturlig. Även om Simabs tolkning av instruktionen för lämnande av priser och avtalsrabatter är orimlig i flera hänseenden kan förfrågningsunderlaget inte anses tillräckligt tydligt för att nå upp till kravet på transparens och öppenhet. Därmed föreligger det sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Simabs slutsatser utifrån de volymer som angivits i anbudsspecifikationen samt deras resonemang om att en 25 procentenheter lägre rabattsats skulle accepteras saknar relevans i målet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Av EU-domstolens praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 *Hospital Ingenieure (HI)*, punkt 40-41). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 *Fracasso och Leitschutz*, punkterna 23 och 25).

En upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad enligt vad som framgår av tidigare nämnd praxis. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43).

EU-domstolen har i avgörandet C-244/02 *Kauppatalo Hansel* uttalat att en upphandlande myndighet som har påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbuden, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja

det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta gäller under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling såsom principen om likabehandling.

Utredningen

Av det i förfrågningsunderlaget ingående dokumentet Anbudsspecifikation framgår under fliken Information bl.a. att ”Avtalsrabatten som offereras ska vara enhetlig inom hela produktgruppen samt gälla för anbudsgivarens övriga produkter inom produktgruppen”.

Förvaltningsrättens bedömning

Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är om det funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Upphandlingen har avbrutits på grund av att förfrågningsunderlaget inte ansågs transparent gällande efterfrågade rabatter. Kommunerna har gjort gällande att avsikten med att efterfråga rabattsatser var att de upphandlande myndigheterna skulle erhålla rabatt på den del av anbudsgivarens sortiment som inte skulle nettoprissättas i anbudsspecifikationen, d.v.s. avseende anbudsgivarens övriga sortiment.

Mot bakgrund av hur instruktionerna avseende avtalsrabatterna är utformade under fliken Information i dokumentet Anbudsspecifikation finner förvaltningsrätten att avsikten med efterfrågade rabattsatser inte har kommit till uttryck i förfrågningsunderlaget. Utformningen av förfrågningsunderlaget har lett till att anbudsgivare har svarat olika när det gäller avtalsrabatterna. Det finns därför en risk att det inte går att göra en objektiv och korrekt prisjämförelse vid utvärderingen, och att det därmed inte går att

säkerställa att anbudet med lägsta pris kan antas. Förvaltningsrätten finner således att de skäl som åberopats för beslutet att avbryta upphandlingen är sakligt godtagbara. Det har inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten har åsidosatts genom beslutet. Simabs ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen ska därför avslås.

Eftersom förvaltningsrätten finner att det funnits sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen föranleder Simabs och Rantzows ansökningar om överprövning av upphandlingen inte någon vidare åtgärd från förvaltningsrättens sida. Mål nr 4724-14 och mål nr 4753-14 angående överprövning av upphandlingen ska därför avskrivas.

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

Annette Spjuth

Föredragande har varit Elisabeth Olofsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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 nås 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.