



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2016-09-05
Meddelad i Umeå

Mål nr
1035-16

SÖKANDE

Rekal Svenska AB, 556290-3871
Box 2
646 21 Gnesta

Ombud: Advokat Ulf Norin
Heilborns Advokatbyrå HB
Box 353
611 27 Nyköping

KONKURRENSVERKET	
2016-10-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 62818

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se
www.forvaltningsratteniumea.domstol.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) genomför en upphandling av Maskindiskmedel (dnr UH-2015-220). Även Norsjö kommun ingår i upphandlingen. Efter att tilldelningsbeslut fattats och upphandlingen varit föremål för överprövning i förvaltningsrätten har Kommunen beslutat att avbryta upphandlingen, se bilaga 1 till domen.

Rekal Svenska AB (Rekal) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av Kommunens beslut att avbryta upphandlingen.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Rekal anför bl.a. följande.

Av Kommunen åberopat skäl för att avbryta upphandlingen utgör inte sådant skäl som ger rätt att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen har inneburit skada för Rekal.

Under anbudstiden ställdes ett antal frågor och lämnades ett antal svar. En fråga gällde just eventuell utvärdering av kostnaden för den bruksfärdiga lösningen. I fråga 69502 (2015-11-19 kl. 14:11:34) frågades om Kommunen inte skulle utvärdera den faktiska förbrukningskostnaden. Svaret på frågan löd: ”Det är avsiktligt att vi inte utvärderar pris/dosering utan enbart pris/enhet”.

Kommunen har således gjort ett medvetet val att inte utvärdera kostnaden för den bruksfärdiga lösningen utan pris per enhet efterfrågad produkt. Kommunen har vidhållit sitt val även efter att en av leverantörerna ställt fråga om detta.

Det är riktigt att det av domen i mål C-244/02 samt tidigare praxis från EU-domstolen följer att en upphandlande myndighet kan avbryta upphandlingen om det efter att anbuden gått igenom uppmärksammas att det mest fördelaktiga anbudet inte kan väljas.

Förutsättningen för EU-domstolens prövning i mål C-244/02 var att den upphandlande myndigheten först sedan anbuden getts in uppmärksammat att den totala inköpskostnaden även omfattade annat än priset för inköp av el (punkt 21). Den fråga som ställdes till domstolen var om upphandlingen får avbrytas när den upphandlande myndigheten först efter att inkomna anbud bedömts och jämförts inser att det på grund av fel i förfrågningsunderlaget inte går att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (punkt 23). Domstolens svar på den ställda frågan var att upphandlingen kan avbrytas om upphandlande myndighet efter att ha bedömt och jämfört anbuden inser att det på grund av fel som begåtts i förhandsbedömningen inte går att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (punkt 36).

Den praxis som EU-domstolen klargör i mål C-244/02 är således att det på grund av brister som uppmärksammas efter att anbuden granskats i vissa fall finns möjlighet att avbryta upphandlingen. Detta är emellertid inte fallet för nu aktuell upphandling.

Kommunens beslut att avbryta upphandlingen är godtyckligt. Trots att Kommunen under förfarandet uppmärksammas på att den valda utvärderingsmodellen inte tog hänsyn till den faktiska förbrukningskostnaden fullföljdes förfarandet och fattades ett tilldelningsbeslut. Kontraktet tilldelades en lokal leverantör med säte i Kommunen. Först efter att Rekal haft framgång med sin begäran om överprövning av detta beslut (förvaltningsrättens mål nr 151-16) valde Kommunen att avbryta upphandlingen.

Kommunen anför bl.a. följande.

Enligt praxis från EU-domstolen kan sakliga skäl för avbrytande föreligga om den upphandlande myndigheten under upphandlingen upptäcker att förfrågningsunderlagets utformning är felaktig på ett sätt som riskerar medföra att utfallet av t.ex. utvärderingen inte blir affärsmässig och där det är fråga om betydliga fel av affärsmässigt avgörande betydelse.

Kommunen har i upphandlingen inledningsvis gjort valet att genomföra utvärderingen utifrån pris/enhet för efterfrågade produkter med anledning av att upphandlingsunderlaget hade förberetts på ett bristfälligt sätt eftersom alla omständigheter som påverkar kostnaden inte hade beaktats.

Efter en ytterligare ingående marknadsundersökning och behovsanalys har det kunnat konstateras att mest korrekt och likabehandlande resultat utgörs av en utvärdering utifrån pris på bruksfärdig lösning, som utgör den faktiska förbrukningskostnaden för Kommunen.

Den ingående marknadsundersökning och behovsanalys som genomfördes inför beslutet att avbryta upphandlingen hänför sig till fördjupade diskussioner som vidtagits med referensgruppen samt en genomgång av andra upphandlingar på aktuellt område. De upphandlingar avseende maskindiskmedel som genomgången avser har nästan uteslutande utvärderats utifrån principen pris/dosering och på så sätt med beaktande av den faktiska förbrukningskostnaden. Det faktum att en anbudsgivare i upphandlingen ställde frågan om inte Kommunen borde utvärdera enligt faktiska förbrukningskostnaden torde ses som en slutsats kring att pris/dosering är det vedertagna sättet att utvärdera det som upphandlingen avser. Kommunens sena insikt angående effekten av vald utvärderingsmodell kan inte anses vara skäl för att tvingas ingå ett upphandlingskontrakt som inte säkerställer att vinnande anbud är ekonomiskt mest fördelaktigt samt riskerar att innebära en utgiftsökning.

TILLÄMPLIG BESTÄMMELSE

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 (1 kap. 9 § LOU).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av EU-domstolens praxis följer att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI punkterna 40 och 41). Rätten att avbryta en upphandling begränsas inte till undantagsfall eller när det föreligger allvarliga omständigheter (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, punkterna 23 och 25). Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl, det får inte vara godtyckligt och myndigheten måste när den fattar ett sådant beslut iakttå de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om bl.a. likabehandling, transparens och icke-diskriminering.

EU-domstolen har i mål C-244/02 Kauppatalo funnit att en upphandlande myndighet som påbörjat ett anbuds förfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbud, 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.

Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta att Kommunen, genom att i ett nytt förfrågningsunderlag förändra utvärderingsmodellen så att pris/dosering beaktas, ökar möjligheterna att kunna välja det för Kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot denna bakgrund, och med beaktande av ovan nämnt avgörande från EU-domstolen, måste sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen anses föreligga. Den omständigheten

att Kommunen, trots att man uppmärksammas på den aktuella frågan redan under anbudstiden, avbrutit upphandlingen först betydligt senare föranleder inte någon annan bedömning eller att någon av de gemenskapsrättsliga principerna skulle ha trätts för när. På grund av det anförda ska Rekals ansökan avslås.

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

Daniel Sandberg
Förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.