



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2017-11-20

Meddelad i Göteborg

Mål nr

11506-17

SÖKANDE

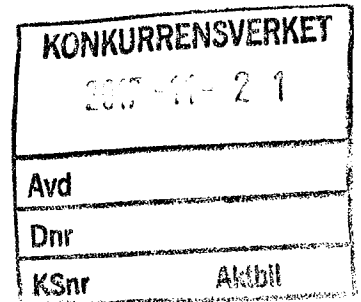
Canos VoB AB, 556991-8864
Mellbybägen 19
433 30 Partille

Ombud: Daniel Kristensen

P & K Juridik Ab

Järnvägsgatan 7

252 24 Helsingborg



MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborg

Box 1111

405 23 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU; fråga om avbrytande av upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Canos VoB AB:s ansökan om överprövning och upphäver Nämnden för inköp och upphandlings beslut den 19 september 2017 att avbryta upphandlingen av Konsulentstöd familjehemsvård, dnr 372/16.

Dok.Id 506424

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling (fortsättningsvis Inköp och upphandling) påbörjade en ramavtalsupphandling benämnd Konsulentstött familjehemsvård, dnr 372/16. Upphandlingen var indelad i tre delar och förenklat förfarande tillämpades. Tilldelningsbeslut meddelades den 19 september 2017.

Av tilldelningsbeslutet och underlaget för detta framgår att Inköp och upphandling i upphandlingens del 1 antagit 20 anbud, i del 2 17 anbud och i del 3 10 anbud. Vidare framgår att Canos VoB AB:s (Canos) anbud i respektive del rangordnats på femte, tredje och andra plats.

Fyra anbudsgivare vars anbud uteslutits från den fullständiga utvärderingen ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen. Deras ansökningar handläggs i mål nr 10915-17, 10940-17, 10993-17 och 10998-17.

Avbrytandebeslutet

Inköp och upphandling beslutade den 2 oktober 2017 att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades enligt följande.

Det har funnits brister och otydligheter i upphandlingsdokumenten som har inneburit att anbudsgivarna har uppfattat ett avgörande krav på olika sätt. Kravet på uppgivande av referensuppdrag i underlaget har av 34 av 98 anbudsgivare uppfattats som att båda referensuppdragen kan vara pågående, vilket har inneburit att en stor del av anbuden inte har varit kvalificerade och att den totala konkurrensen på marknaden därmed inte har kunnat tillvaratas. Bristen och otydligheterna har funnits i upphandlingsdokumenten, varför

upphandlingen ska avbrytas och annonseras på nytt med korrigerat underlag.

YRKANDEN M.M.

Vad Canos yrkar

Canos yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att avbrytandebeslutet ska upphävas och det tidigare meddelade tilldelningsbeslutet ska kvarstå och ligga till grund för vilka anbudsgivare som Inköp och upphandling ska teckna kontrakt med.

I andra hand yrkar Canos att bolaget ska beviljas skadestånd på grund av den skada som bolaget kommer att lida till följd av den avbrutna upphandlingen.

Inköp och upphandlings inställning i målet

Inköp och upphandling anser att Canos ansökan ska avslås samt att yrkandet om skadestånd ska avvisas.

Vad Canos anför

Den brist som Inköp och upphandling hänvisar till i avbrytandebeslutet rör kravet på referenser enligt punkt 3.5.2 i upphandlingsdokumentet. Canos inställning är att den beskrivning som finns i upphandlingsdokumentet är tydlig och att kravet omöjligt kan missförstås, då det framgår följande. ”För att styrka erfarenhet ska leverantören redovisa totalt två separata familjehemsuppdrag varav en kan vara en pågående placering.” Att hävda att upphandlingen avbryts till följd av oklarhet och missförstånd på grund av

denna punkt är felaktigt. I Frågor och svar, som bör anses som en del av upphandlingsdokumentet, har kravet förtydligats.

Canos anser även att det kan finnas andra skäl till att anbud förkastats enligt punkten 3.5.2, såsom att anbudsgivaren inte har möjlighet att uppfylla andra rimliga krav som ställs på leverantören enligt den punkten. Vidare har flera av de anbud som inte uppfyllt kravet i 3.5.2 även fallerat på andra punkter, vilket gör deras tolkning av 3.5.2 irrelevant i konkurrenshänseende.

Att avbryta upphandlingen och ge samtliga bolag som misslyckats med att kvalificera sig i upphandlingen ytterligare en chans att göra detta medför att Canos missgynnas och andra aktörer som kommit utanför nuvarande tilldelning gynnas på ett sätt som strider mot principen om likabehandling och konkurrens på lika villkor enligt LOU. Canos anser därför i första hand att beslutet att avbryta upphandlingen ska upphävas.

Om detta inte är möjligt anser Canos i andra hand att bolaget ska vara berättigat till skadestånd. Canos har i nuvarande tilldelning placerat sig högt på listan av tilldelade företag och hade därför sannolikt fått många uppdrag eftersom Canos också är en av de större aktörerna. Efter tilldelning kommer alla angivna priser att vara kända av samtliga aktörer som varit inblandade och andra bolag kommer att ha möjlighet att lägga sig under Canos erbjudna pris. Det innebär att en ny upphandling inte kan ske på lika villkor och att Canos lider skada till följd av den avbrutna upphandlingen.

Vad Inköp och upphandling anför

Inköp och upphandling har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen då ett av kraven inte varit tillräckligt tydligt och bevisligen kunnat uppfattas på två olika sätt. Resultatet av otydligheten är att ett stort antal anbudsgivare lämnat anbud i strid med kravets egentliga innebörd och till-

lämpning. Upphandlingen har därför inte kunnat utnyttja den egentliga konkurrensen på marknaden.

Frågan i målet är om Inköp och upphandling haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Det finns inte någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling och avbrytande kan ske ända fram till avtalstecknande. I enlighet med etablerad praxis gäller att rätten att avbryta en upphandling inte begränsas till undantagsfall eller när det föreligger allvarliga omständigheter. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl. Sakligt godtagbara skäl är exempelvis om det funnits transparenssbrister i ett upphandlingsdokument som medfört att ett visst krav kunnat uppfattas på olika sätt.

När krav på att ett referensuppdrag ska vara avslutat formulerar Inköp och upphandling det vanligtvis som att ”minst ett av referensuppdragen ska vara avslutat”. Det är en betydligt tydligare formulering än att ”ett av uppdragen kan vara pågående”. Den senare formuleringen innebär att anbudsgivarna motsatsvis måste sluta sig till att ett uppdrag måste vara avslutat och kravet är inte formulerat på ett tydligt sätt.

I det här fallet är det tydligt att effekten av det aktuella kravet varit att ett stort antal anbudsgivare inte kunnat lämna korrekta anbud, vilket i sin tur medfört att konkurrensen på marknaden inte kunnat tillvaratas. Krav som ställs i ett upphandlingsdokument ska inte kunna misstolkas. Av anbudssammanställningarna för de olika delområdena framgår för varje delområde att ett stort antal anbud (omkring hälften av de kontrollerade anbuden inom varje delområde) förkastats på grund av att kravet i punkt 3.5.2 inte var uppfyllt. I de ansökningar om överprövning som följde efter tilldelningen har framkommit att anbudsgivarna inte uppfattat att det krävts att ett av uppdragen skulle vara avslutat. Det har helt enkelt funnits möjlighet att tolka kravet på två olika sätt. Att kravet varit otydligt i denna del har dock inte påtalats

under ansökningstiden. Det har därmed funnits otydligheter som påverkat det konkurrensuppsökande skedet, varför sakliga skäl för avbrytande föreligger.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Frågorna i målet

Huvudfrågan i målet är om Inköp och upphandling haft sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Vid bedömningen får vägas in om Inköp och upphandling har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen genom beslutet. Vidare får bedömas om de skäl för avbrytandet som Inköp och upphandling har angett kan anses vara godtagbara. Eftersom LOU inte innehåller några bestämmelser som reglerar den senare frågan får bedömningen i huvudsak göras med utgångspunkt från vad som kan utläsas av domstolspraxis.

Canos har i andra hand yrkat att bolaget ska tillerkännas skadestånd med motiveringen att avbrytandet av upphandlingen medfört att bolaget riskerar att lida skada.

Frågan om skadestånd

Förvaltningsrätten konstaterar att talan om skadestånd inte kan väckas vid förvaltningsdomstol, vilket framgår av 20 kap. 21 § LOU. Oavsett utgången i övrigt i detta mål kan förvaltningsrätten följaktligen inte ta upp Canos yrkande om skadestånd för prövning i sak.

Fanns sakligt godtagbara skäl för avbrytandet?

Var referenskravet otydligt?

Inköp och upphandling har som grundläggande skäl för avbrytandebeslutet angett att kravet i upphandlingsdokumentets punkt 3.5.2 var otydligt och kunde tolkas på två olika sätt. Kravet är i sitt sammanhang formulerat på följande vis.

Leverantören ska ha erfarenhet av tidigare utförda uppdrag av liknande art, det vill säga rekrytering, utredning, utbildning och handledning av familjehem. För att styrka erfarenhet ska leverantören redovisa totalt två separata familjehemsuppdrag varav en kan vara en pågående placering. (...) Uppdragen får inte vara äldre än två år från att placeringen upphört.

Det är ostridigt i målet att avsikten var kravet skulle tolkas på så sätt att högst ett av de redovisade referensuppdragen fick vara ett pågående uppdrag. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är den innebörden också den naturliga tolkningen av själva kravet. Därtill kommer att kravet läst i sitt sammanhang framstår som än mer entydigt. Av den första meningen i citatet ovan framgår att huvudregeln är att referenskravet avser ”tidigare utförda

uppdrag”, vilket uttrycker att avslutade uppdrag avses i första hand. Vidare anges att ”uppdragen (dvs. i pluralis, förvaltningsrättens anm.) inte får vara äldre än två år från att placeringen upphört”, vilket också uttrycker att det är avslutade uppdrag som avses i första hand. I sitt sammanhang står det då klart att formuleringen ”varav en kan vara en pågående placering” utgör ett undantag från huvudregeln och inte är ett minimikrav för det antal pågående referensuppdrag som ska anges.

I Inköp och upphandlings svar på frågorna 18 och 28 i Frågor och svar, som ingår i det samlade upphandlingsdokumentet, preciseras också hur det aktuella kravet kan uppfyllas. Av svaren måste slutsatsen kunna dras att en redovisning av två pågående referensuppdrag inte efterfrågas i det aktuella kravet.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det aktuella obligatoriska kravet är tillräckligt tydligt angivet för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare ska förstå det och kunna utforma sitt anbud med hänsyn till kravets innehåll. Kravets utformning kan således inte anses utgöra någon beaktansvärd brist i upphandlingens genomförande. Att förhållandevis många anbudsgivare i sina anbud inte uppfyllt kravet föranleder inte någon annan bedömning.

Har konkurrensen kunnat tillvaratas?

Den omständigheten att ett förhållandevis stort antal anbud förkastats på grund av att de inte uppfyllde det ovan diskuterade kravet kan således inte anses bero på att kravet utformning stod i strid med den grundläggande principen om öppenhet och transparens. Frågan blir då om Inköp och upphandling ändå hade sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen med anledning av att konkurrensen på marknaden inte kunnat tillvaratas.

Enligt praxis kan en upphandlande myndighet ha rätt att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens. Om det varit brister i upphandlingsförfarandet som medfört att konkurrensen inte kunnat utnyttjas och detta lett till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kunnat tilldelas kontrakt, har det i allmänhet ansetts som ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. I andra fall har upphandlingar kunnat avbrytas om endast ett godtagbart anbud kvalificerats för slutlig utvärdering (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-27/98 Fracasso).

I förevarande mål har som framgått inte framkommit någon brist i förfarandet som medfört att leverantörer inte kunnat lämna godtagbara anbud. Av handlingarna framgår att sammanlagt 261 anbud lämnats i upphandlingens tre delområden. Av dessa har 111 anbud kontrollerats avseende de obligatoriska kraven. Enligt tilldelningsbeslutet för de tre delområdena avsåg Inköp och upphandling att teckna avtal med sammanlagt 47 anbud. Inköp och upphandling har således ansett att det antalet leverantörer skulle kunna tillgodose kommunens behov av konsultstött familjehemsvård. Av de 111 kontrollerade anbudena har Inköp och upphandling förkastat 64 stycken (111 – 47), varav 34 stycken på den grunden att det aktuella kravet i punkten 3.5.2 inte var uppfyllt, enligt vad Inköp och upphandling uppgett i målet. Som framgår av dessa uppgifter har utöver de anbud som Inköp och upphandling enligt tilldelningsbeslutet har förkastat (64 stycken) och antagit (47 stycken) sammanlagt 150 ytterligare lämnats. Det måste antas att det bland dessa 150 anbud finns ett stort antal som uppfyller de obligatoriska kraven.

Mot bakgrund av ovanstående kan inte konkurrensen anses ha begränsats på ett otillbörligt sätt i upphandlingen. En annan sak är att de uteslutna anbudena innehåller förhållandevis låga erbjudna priser med anledning av att Inköp och upphandling tillämpat s.k. omvänd anbudsutvärdering. En sådan ut-

värderingsmetod innebär att anbuden kontrolleras avseende de obligatoriska kraven i en turordning där kvarvarande anbud med lägst pris granskas först.

Sammanfattande bedömning

Mot bakgrund av ovanstående har Inköp och upphandling enligt förvaltningsrättens uppfattning inte visat att sakligt godtagbara skäl förelegat för att avbryta upphandlingen. Avbrytandet strider följaktligen mot den upphandlingsrättsliga regleringen.

Har Canos lidit skada?

För ett ingripande med stöd av 20 kap. 6 § LOU fordras också att den leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling lidit eller riskerar att lida, skada till följd av bristerna i den upphandlande myndighetens förfarande.

Canos var enligt tilldelningsbeslutet relativt högt placerad i samtliga tre delområden och kunde räkna med att få relativt många uppdrag. Inköp och upphandling har i avbrytandebeslutet angett att en ny upphandling av samma föremål ska genomföras. Vid en sådan upphandling kommer de tidigare lämnade anbudspriserna att vara kända för konkurrenterna, vilket innebär att nya anbud sannolikt måste erbjuda lägre priser för att vara konkurrensmässiga. Vidare riskerar Canos vid en ny upphandling att rangordnas lägre inom de tre delområdena eller inte alls tilldelas kontrakt. Canos riskerar följaktligen att lida skada till följd av Inköp och upphandlings beslut att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrättens slutliga bedömning

Som framgått har Inköp och upphandling inte haft sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen och har därmed brutit mot gällande

upphandlingsrättsliga bestämmelser. Det står också klart att Canos riskerar att lida skada till följd av Inköp och upphandlings beslut. Det finns därmed grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § första stycket LOU. Förvaltningsrätten anser att upphandlingen ska rättas på så sätt att Inköp och upphandlings avbrytandebeslut upphävs.

Vid denna utgång i målet saknas anledning att ta upp Canos andrahandsyrkande för formell prövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1 B LOU)

Karin Leidzén
Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.



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-post-adress, 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.

