



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2017-11-14
Meddelad i Karlstad

Mål nr
2857-17

SÖKANDE

Sotning & Ventilation i Karlstad AB, 556502-9120
Kulinggatan 3
652 21 Karlstad

Ombud:

Biträdande jurist Björn Härdig
Advokat Peter Rimo
Advokatfirman Peter Rimo AB
Östra Torggatan 2
671 31 Arvika

MOTPART

Säffle kommun
661 80 Säffle

KONKURRENSVERKET	
2018-06-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Sotning & Ventilation i Karlstad AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 194133

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Säffle kommun (kommunen) har genomfört en upphandling benämnd "Sotning och brandskyddskontroll" (dnr. UH-2017-21). Upphandlingen har genomförts enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Anbud ingavs av bland annat Sotning & Ventilation i Karlstad AB (Sotning & Ventilation). Kommunen beslutade emellertid att anta anbud från annan anbudsgivare.

PARTERNAS TALAN

Sotning & Ventilation ansöker om överprövning av upphandlingen. Sotning & Ventilation har inledningsvis yrkat rättelse på så sätt att Sotning & Ventilation tilldelas upphandlingen och i andra hand att den görs om.

Kommunen har därefter beslutat att avbryta upphandlingen. Sotning & Ventilation har därvid yrkat att avbrytandebeslutet ogiltigförklaras. Sotning & Ventilation anför bland annat följande. Två bolag gav in anbud, Säffle-Åmåls Sotningsdistrikt AB (Sotningsdistrikt) och Sotning & Ventilation. Kommunens antog anbudet från Sotningsdistrikt. Den 7 augusti 2017 meddelade kommunen att den har avbrutit upphandlingen på grund av "uppfattade oklarheter i upphandlingsunderlaget". För att avbryta en pågående upphandling måste den upphandlande myndigheten ange ett sakligt motiverat skäl härför och alltjämt rätta sig efter upphandlingsprinciperna. Enligt Sotning & Ventilations bedömning så saknas skäl för kommunen att avbryta upphandlingen på de grunder som angetts. Avbrytandet är inte heller proportionerligt i förhållande till hur upphandlingen och utvärderingen har gått till. Kommunens skäl kan bara uppfattas som ett försök att kringgå det utfall som Sotning & Ventilation vill uppnå med sitt ursprungliga yrkande. Kravet på ett sakligt motiverat skäl för att avbryta en upphandling är uppställt för att undvika en godtycklighet, upprätthålla upphandlingsprinciperna, och

framförallt för att undvika en konkurrensbegränsning. Någon möjlighet för en upphandlande myndighet att "göra om" en upphandling för att de inte fick den leverantör de helst ville ha är knappast ett sakligt motiverat skäl. Mot bakgrund av att det endast var två anbudsgivare i upphandlingen är det svårt att se ett annat syfte med kommunens beslut än att försvåra för Sotning & Ventilation. Den utvärderingsmodell som kommunen ställt upp i förfrågningsunderlaget bör innebära att Sotning & Ventilation rätteligen skulle ha vunnit upphandlingen. Sotning & Ventilation kommer därför att lida skada för det fall upphandlingen avbryts.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och anför följande. Efter genomförd kvalificering och utvärdering tilldelades Sotningsdistrikt kontraktet. Sotning & Ventilation valde att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. Som skäl angavs bl.a. följande:

Det förefaller finnas uppenbara kvalitetsskillnader mellan vinnande leverantörs anbud och Sotning & Ventilations anbud vilket borde föranleda skillnader i poängtilldelningen till Sotning & Ventilations fördel. Av förfrågningsunderlaget framgår inte tillräckligt tydligt vad som tillmäts betydelse vid tilldelning av poäng, vilket har försvårat för leverantörerna att ge ett konkurrensdugligt anbud, och det har getts ett utrymme för en godtycklig bedömning vid anbudsutvärderingen. Hur en leverantör ska utforma sin genomförandebeskrivning för att erhålla ett visst poäng framgår inte alls i förfrågningsunderlaget. Förutom kommunens brister i förfarandet med poängtilldelning och utformning av förfrågningsunderlaget förefaller konkurrerande anbudsgivare brista i ett skall-krav, 2.1 a, oaktat att det kanske inte är det mest betydelsefulla kravet i anbudsunderlaget Anbudsgivaren ska ange en person som är avtalsansvarig, med namn, telefonnummer och e-post. Konkurrerande anbudsgivaren har angett Säffle-Åmåls Sotningsdistrikt AB.

Den 7 augusti 2017 avbröt kommunen upphandlingen. I likhet med Sotning & Ventilation ansåg kommunen att det funnits en del oklarheter i upphandlingsdokumenten, bland annat hade det inte tillräckligt tydligt framgått vad som skulle tillmätas betydelse i samband med poängbedömningen. Det framkommer tyvärr också lite olika besked i skall-kravet 4.1. och i utvärderingsmodellen, punkt 3.0.1. Bristerna hade därmed påverkat anbudsgivarnas möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud och i sin tur försvårat kom-

munens möjlighet att faktiskt välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som Sotning & Ventilation även framfört har kommunen uppmärksammat att det funnits formella brister i vinnande leverantörs anbud. Anbudsgivarna skulle i enlighet med bilaga 8 ange en person som är avtalsansvarig, med namn, telefonnummer och e-post. Vinnande leverantör har dock endast angett "Säffle Åmåls Sotningsdistrikt AB". Efter kvalificeringsfasen borde det därmed bara ha varit kvar en anbudsgivare. Det finns inget i LOU som reglerar när en påbörjad upphandling får avbrytas. Sakliga skäl för att avbryta en upphandling har av domstol ansetts vara t.ex. att den upphandlande myndigheten, på grund av egna fel, inte kan välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller på grund av bristande konkurrens. Enligt EU-domstolens praxis har en upphandlande myndighet inte någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett beslut att avbryta en upphandling är inte heller förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl. Ett avbrytandebeslut måste dock vila på sakliga skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref, 43). EU-domstolen har uttalat att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten, på grund av fel som den själv begått, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I mål nr C-27/98 fann EU-domstolen bland annat att när det endast kvarstår ett anbud kan den upphandlande myndigheten inte jämföra priser eller andra kännetecken hos olika anbud och myndigheten är därför inte skyldig att tilldela kontraktet till den enda kvarvarande anbudsgivaren. Av till exempel RÅ 2008 ref, 35 följer också att när endast en lämplig anbudsgivare återstår efter kvalificering föreligger i regel sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling. Av ett flertal kammarrättsavgöranden (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings dom den 12 december 2013 i mål nr 2021-13, Kammarrätten i Göteborg i mål nr 4904-09 och 935-12) följer att om en skall-kravsbrist uppkommer först i efterhand, exempelvis vid en överprövningsprocess, måste den upphandlande myndigheten beakta bristen och i så fall förkasta anbud som inte uppfyller kraven. Både Sotning & Ventilation och kommu-

nen är av uppfattningen att utvärderingsmodellen varit behäftad med vissa fel som kommunen själv begått. Felen har påverkat anbudsgivarnas möjlighet att lämna sina bästa anbud och därmed gjort det omöjligt för kommunen att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Sakliga skäl för att avbryta upphandlingen finns därmed. Därutöver har vinnande leverantörs anbud haft vissa formella brister som uppmärksammats först i ett senare skede. Enligt vedertagen praxis ska s.k. "skall-kravsbrister" som uppkommer först i efterhand, beaktas av den upphandlande myndigheten. Mot bakgrund av att det därmed bara funnits en anbudsgivare som uppfyllt kvalificeringskraven har kommunen haft skäl att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens.

Sotning & Ventilation tillägger följande. Kommunen har vitsordat att den konkurrerande anbudsgivaren rätteligen inte borde ha varit med i anbudsutvärderingen och har även gjort gällande att det därmed inte finns tillräcklig konkurrens i upphandling och angett det som ett nytt skäl att avbryta upphandlingen. Det nya skälet finns inte med i beslutet att avbryta upphandlingen och är således ett efterkommande skäl som inte är hänförligt det beslut som överprövningen gäller varför detta inte bör prövas som skäl för att avbryta upphandlingen. Det nya skälet uppfyller inte heller kravet på saklighet och proportion och upphandlingsprinciperna i övrigt då det inom ramen för upphandlingen har funnits goda möjligheter för kommunen att jämföra både priser och andra kännetecken hos olika anbud. Oaktat det bara skulle finnas en anbudsgivare i en upphandling innebär det inte per automatik att den upphandlande myndigheten har en godtycklig rätt att avbryta upphandlingen. Det skäl kommunen angett för att avbryta upphandlingen är angivet såsom "uppfattade oklarheter i upphandlingsunderlaget". Det är det enda skäl och den enda motivering som återfinns i kommunens beslut. Påståendet att både kommunen och Sotning & Ventilation är av uppfattningen att utvärderingsmodellen varit behäftad med fel är felaktigt och bygger troligtvis på en missuppfattning från kommunens sida. Sotning & Ventilations talan

handlar i första hand om uppfattningen att kommunen har utfört sin utvärdering på ett bristfälligt sätt. Som det får uppfattas menar kommunen att det på grund av kommunens egna brister i förfrågningsunderlaget inte kan välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den praxis som hänvisar till det ovan sagda är sakligt uppbyggd av affärsmässiga skäl. De affärsmässiga motiveringarna har i vissa fall lett till att rättsordningen godtagit skälet för att avbryta en upphandling och då mot bakgrund av att utfallet av upphandlingen blivit något annat än vad den upphandlande myndigheten avsett. Ett sådant förhållande föreligger inte i detta fall och det finns överhuvudtaget ingen affärsmässig motivering. Oaktat att kommunen efter anbudsutvärderingen har diskvalificerat ett av endast två anbud, fanns det de facto vid anbudsutvärderingen två anbud som kunde ställas mot varandra enligt villkoren i förfrågningsunderlaget. Kommunen har därför möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Det är den upphandlande myndigheten, som väljer att avbryta en upphandling, som har bevisbördan för att den har ett sakligt motiverat skäl för beslutet angående avbrytandet, och i övrigt har följt upphandlingsprinciperna. Kommunen har inte visat på några brister i utvärderingsmodellen och inte heller visat att Sotning & Ventilations anbud inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Oavsett om ett beslut att avbryta upphandlingen skulle föreligga sakligt sett står beslutet i strid med upphandlingsprinciperna. I upphandlingen fanns två anbudsgivare. Angående kommunens möjlighet att, inom ramen för upphandlingen, jämföra både priser och andra kännetecken hos olika anbud har kommunen inte haft några synpunkter på den konkurrerande anbudsgivarens anbud, då denne blev tilldelad upphandlingen. Sett i förhållande till priserna och mervärden i övrigt i respektive anbud kan det inte rimligtvis finnas en proportionerlig möjlighet att påstå att Sotning & Ventilations anbud skiljer sig så mycket från den konkurrerande anbudsgivaren att det förelegat skäl att avbryta upphandlingen. Såsom Sotning & Ventilation har visat i sitt anbud uppfyller det samtliga villkor och är av uppfattningen att det gett ett högre mervärde än den konkurrerande anbudsgivaren, vilket innebär att de har lämnat det eko-

nomiskt mest fördelaktiga anbudet. Sotning & Ventilations anbud har därmed redan konkurrensutsatts och borde rätteligen ha varit det vinnande anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) 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 § LUK besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 4 kap. 1 § LUK 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

Kommunen har numera avbrutit upphandlingen. Förvaltningsrättens prövning i målet avser därmed avbrytandebeslutet. Fråga i målet är således om kommunens beslut att återkalla meddelat tilldelningsbeslut och avbryta upphandlingen är förenligt med bestämmelserna i LUK.

För att en upphandlande myndighet ska kunna avbryta en pågående upphandling krävs att den kan presentera sakliga skäl för beslutet. Kommunen har hänvisat till otydligheter i förfrågningsunderlaget (utvärderingsmodellen), en synpunkt som åtminstone inledningsvis synes ha delats av Sotning & Ventilation. Kommunen vidare hänvisat till bristande konkurrens och anfört att kommunen skulle ha endast ett anbud kvar att pröva genom att vinnande

anbudsgivare inte uppfyllt samtliga skall-krav. Att detta uppdragats av kommunen först under nu aktuell överprövningsprocess medför inte att det går att bortse från detta (jfr de av kommunen åberopade kammarrättsdomarna). Att kommunen först i domstolen utvecklat skälen för avbrytandet medför i sig inte att avbrytandebeslutet ska förklaras ogiltigt. I praxis har sakliga skäl för att avbryta en upphandling ansetts föreligga bland annat när endast ett anbud återstår att utvärdera. Det har i målet inte framkommit någon omständighet som motiverar att denna praxis frångås. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (DV 3109/1B, LOU).

Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



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-postadress, 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.