



SÖKANDE

SERNEKE Anläggning AB, 556782-0591

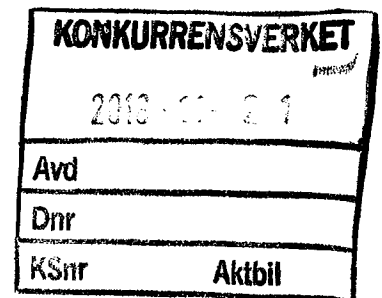
Ombud: Advokaterna Catrin Karlsson Westergren och Helena Royson
Advokatfirman Wåhlin AB
Östrahamngatan 5
411 10 Göteborg

MOTPART

Vatten & Miljö i Väst AB, 556764-7606
Box 110
311 22 Falkenberg

SAKEN

Upphandling inom försörjningssektorerna



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet.

YRKANDEN M.M.

Vatten & Miljö i Väst AB (VIVAB) genomför en upphandling avseende Varbergs nya vattentorn med partnering som samverkansform. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för öppet förfarande enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF. Tilldelningsbeslut fattades den 4 maj 2018 varvid Veidekke Entreprenad AB (Veidekke) antogs som leverantör. Sedan Serneke Anläggning AB (Serneke) ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 17 september 2018 att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsprövning ska göras där anbudet från Veidekke inte får ingå (mål nr 2212-18). VIVAB beslutade den 21 september 2018 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs i korthet följande. I upphandlingen inkom två anbud, från Veidekke respektive Serneke. Mot bakgrund av förvaltningsrättens dom har VIVAB konstaterat att Veidekkes anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. VIVAB har även konstaterat att inte heller Sernekes anbud uppfyller samtliga kvalificeringskrav beträffande referensprojekt. Eftersom det således inte inkommit något anbud som uppfyller samtliga krav föreligger sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Även om något av de två inkomna anbuden skulle bedömas uppfylla kraven föreligger sakliga skäl för avbrytande p.g.a. bristande konkurrens.

Serneke ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att beslutet ska ogiltigförklaras. Serneke anför bl.a. följande. Avbrytandebeslutet strider mot 4 kap. 1 § LUF. Beslutet är godtyckligt och diskriminerande och är inte motiverat av sakliga skäl. Serneke har i anbudsformuläret redovisat två referensprojekt som uppfyller de ställda kraven i upphandlingsdokumenten. Den omständigheten att endast ett av de två ursprungligen jämförbara anbuden kvarstår medför ingen ovillkorlig rätt för VIVAB att avbryta upphandlingen. VIVAB:s beslut att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens fattades efter den

tidpunkt VIVAB tagit del av förvaltningsrättens tidigare dom. VIVAB:s nu framförda påstående om att upphandlingen behöver göras om för att föregås av en mer effektiv konkurrensutsättning är rena efterhandskonstruktioner och det egentligen skälet till att avbrytandebeslutet fattades var att VIVAB inte hade möjlighet att tilldela kontraktet till den önskade entreprenören Veidekke. VIVAB har ursprungligen utvärderat och bedömt upphandlingen som tillräckligt konkurrensutsatt med två inkomna anbud. Av upphandlingsprotokollet framgår att anbudet från Serneke och Veidekke är jämförbara såvitt gäller de utvärderingsområden som framgår av utvärderingsmodellen (AFB.53). För de allra viktigaste rollerna i den kommande entreprenaden har Veidekke och Serneke samma utvärderingsbetyg och procentsats. Den omständigheten att viss övrig personal i Sernekes anbud fått ett lägre betyg än motsvarande personer hos Veidekke medför inte att Sernekes anbud som sådant inte är jämförbart med Veidekkes eller att det föreligger bristande konkurrens och sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Sernekes anbud är ett lämpligt, konkurrenskraftigt anbud som uppfyller de ställda kraven i upphandlingen.

VIVAB bestrider bifall till ansökan och framför bl.a. följande. Genom förvaltningsrättens dom om rättelse står det klart att Veidekkes anbud inte uppfyller de ställda kraven i upphandlingen och att VIVAB inte skulle ha kvalificerat det anbudet för vidare prövning. VIVAB har efter förvaltningsrättens dom konstaterat att inte heller Sernekes anbud uppfyller samtliga ställda kvalificeringskrav gällande referensprojekt. Enligt anbudsformuläret ska anbudsgivaren visa att man har teknisk kapacitet och kompetens för uppdraget genom att redovisa uppgifter från två stycken referensprojekt. För referensprojekten gäller i relevanta delar AFB.52. Serneke har endast redovisat ett referensprojekt som bolaget varit engagerat i, varför Serneke inte uppfyller kvalificeringskravet om två referensprojekt från olika beställare. Eftersom Serneke inte självt varit engagerad i det åberopade projektet VVK Södra Cell Värö, uppfyller bolaget inte heller

kravet på att redovisa dokument som styrker att bolaget utfört referensprojekt i samverkan. Beträffande referensprojektet Gunnarby vindkraftverk har Serneke i anbudet redovisat att föreslagen projektchef och projektledare kan åberopa denna referens. Vid ett förtydligande under intervjudelen av utvärderingen framkom emellertid att de båda redovisade nyckelpersonerna i projektet representerade beställarorganisationen som konsulter och inte Serneke, varför även denna referens borde ha förkastats. Mot bakgrund av att något lämpligt anbud därmed inte kvarstår, har VIVAB beslutat att avbryta upphandlingen på grund av bristande konkurrens. Oavsett om Sernekes anbud förkastas eller inte föreligger sakliga skäl att avbryta upphandlingen då det inte föreligger fler än ett lämpligt anbud. VIVAB hade förväntat sig att fler än två anbud skulle komma in. Upphandlingen är därför ett misslyckande ut konkurrenssynpunkt och det måste hållas för visst att yttre faktorer såsom annonsering vid fel tidpunkt relativt med andra för marknaden mer intressanta uppdragstillfällen har haft betydelse för antalet inkomna anbud. Marknaden och upphandlingen bör därför föregås av en mer effektiv konkurrensutsättning. Härtill kan konstateras att det enda anbud som i alla fall teoretiskt kan ställas mot anbudet från Serneke, dvs. anbudet från Veidekke, framstår som ett bättre anbud avseende nästan alla delar som ingår i utvärderingen. Det kan därför på goda grunder antas att upphandlingen kommer att få ett bättre resultat efter förnyad annonsering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Av EU-domstolens praxis framgår 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 det måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43). Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att det förelegat sakligt godtagbara skäl för avbrytandet.

Den omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens, har i praxis ansetts utgöra ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling (jfr mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz och RÅ 2008 ref. 35).

Förvaltningsrättens bedömning

Av utredningen i målet framgår att det inkommit två anbud i upphandlingen. Det är mellan parterna ostridigt att Veidekkes anbud brister i förhållande till vissa obligatoriska krav som ställts i upphandlingen. När endast ett anbud återstår i en upphandling finns det ingen möjlighet för den upphandlande myndigheten att jämföra olika anbud och utnyttja den konkurrens som finns på marknaden. Huvudregeln är därför att det i en sådan situation finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen eftersom konkurrensen är bristande. Enligt förvaltningsrätten har det i målet inte framkommit några skäl som ger anledning att frångå denna huvudregel. Av det sagda följer att VIVAB i detta fall har haft sakligt godtagbart skäl att avbryta sin upphandling, oavsett om Sernekes anbud skulle anses uppfylla samtliga ställda krav i upphandlingen. Vad som framkommit i målet indikerar enligt förvaltningsrättens mening inte heller att de grundläggande principerna i unionsrätten skulle ha åsidosatts genom beslutet. Sernekes ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Hanna Berglund
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.

