



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2013-11-15
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
10098-13 E
Avdelning 1 Enhet 12

SÖKANDE

AB Wikner&Co QM, 556714-0826
Anders Carlssons gata 1
417 55 Göteborg

MOTPARTER

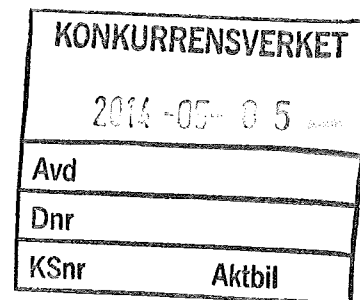
1. Förvaltnings AB Framtiden, 556012-6012
Box 111
401 21 Göteborg
2. Bostads AB Poseidon, 556120-3398
Box 1
424 21 Angered

Ombud för 1 och 2:

Advokaten Roland Adrell och jur. kand. David Schreiber
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avvisar AB Wikner&Co QM:s ansökan om överprövning av den upphandling Förvaltnings AB Framtiden startat och avbrutit.

Förvaltningsrätten avvisar AB Wikner&Co QM:s ansökan om överprövning av den upphandling Bostads AB Poseidon genomfört i form av förnyad konkurrensutsättning.

Förvaltningsrätten avslår AB Wikner&Co QM:s ansökan om att det avtal Bostads AB Poseidon slutit efter den förnyade konkurrensutsättningen ska ogiltigförklaras.

Dok.Id 231340

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

BAKGRUND*Upphandling 1*

Förvaltnings AB Framtiden (Framtiden) påbörjade en upphandling som avsåg mätning av kundnöjdhet hos de allmännyttiga dotterbolagens hyresgäster, dnr 2311/12. Avsikten var att genomföra upphandlingen i form av selektivt förfarande och en ansökningsinbjudan publicerades den 17 oktober 2012. AB Wikner&Co QM (QM) ansökte om att få lämna anbud i upphandlingen och meddelades den 18 december 2012 att bolaget kvalificerats och skulle få ta del av förfrågningsunderlaget och därefter få möjlighet att lämna anbud.

Framtiden beslutade den 2 april 2013 att avbryta upphandlingen, vilket samma dag meddelades de leverantörer som ansökt om att få lämna anbud. Som skäl för beslutet angavs följande. Efter genomförd kvalificering av leverantörer har koncernens krav avseende tjänsten förändrats i en sådan mån att det inte är möjligt att fortsätta det selektiva förfarandet. På grundval av att koncernen har förändrat sin kravbild bedömer Framtiden att upphandlingen behöver göras om som ett öppet förfarande för att rätteligen genomföras korrekt.

Upphandling 2

Bostads AB Poseidon (Poseidon), som är ett helägt dotterbolag till Framtiden, genomförde en upphandling av marknads-, opinions- och attitydundersökningar inom målgruppen hyresgäster, dnr UH 13-083. Upphandlingen gjordes i form av förnyad konkurrensutsättning och utfördes för samtliga Framtidens bostadsbolags räkning. De leverantörer som var parter i det tidigare ingångna ramavtalet Marknads-, opinions- och attitydundersökningar (MOA) inom målgruppen hyresgäster bjöds den 4 juli 2013 in att lämna anbud. Ramavtalets målgrupp omfattar två leverantörer, Evimetrix AB och Tyréns AB.

Poseidon meddelade tilldelningsbesked den 26 augusti 2013. Av meddelandet framgår att Poseidon hade för avsikt att upphandla tjänsten av Tyréns AB. Vidare anges att avtalsspärr gällde t.o.m. den 5 september 2013. Genom en skrivelse daterad den 9 september 2013 beställde Poseidon därefter den upphandlade tjänsten av Tyréns AB. Beställningen godkändes av Tyréns AB genom underskrift den 18 september 2013.

QM:s ansökan

QM:s ansökan inkom till förvaltningsrätten den 19 september 2013.

YRKANDEN M.M.

Vad QM yrkar och anför i upphandling 1

QM yrkar att upphandling 1 ska återupptas och slutföras. Till stöd för yrkandet anför QM följande. QM frågade Framtiden den 4 april 2013 på vilket sätt koncernens krav på tjänsten förändrats men fick samma dag bara ett diffust svar, utan några konkreta skäl. Genom att inget konkret svar gavs om vad eller vilka bestämmelser som hindrade den fortsatta upphandlingen gavs QM inte möjlighet att då begära överprövning av avbrytandet av upphandlingen inom de stipulerade tio dagarna. Bolaget fick anta att Framtiden senare skulle kunna presentera konkreta skäl. Det fanns skäl att tro att detta skulle förtydligas i den nya upphandlingen.

Enligt 9 kap. 9 § andra stycket LOU ska en skriftlig underrättelse snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges. Tidsfristen om tio dagar enligt 16 kap. 12 § första stycket LOU för att lämna en ansökan om överprövning till förvaltningsrätten räknas från den tidpunkt då myndigheten har angett skälen för avbrytandebeslutet. Eftersom Framtiden inte vid avbrytandet redovisade några konkreta skäl, dvs. hur kraven på upphandlingen ändrats, är det inte korrekt att räkna 10-dagarsfristen från beslutsdatumet. Rimligen bör fristen

enligt LOU räknas från det datum då Framtiden anger konkreta skäl, som kan verifieras, för beslutet. Så har fortfarande inte skett. Möjligen kan Framtiden i sitt yttrande till förvaltningsrätten den 3 oktober 2013 sägas ha antytt skäl till avbrytandet. QM:s ansökan om överprövning har således inte inkommit för sent.

Eftersom den nya upphandlingen, upphandling 2, inte genomfördes i form av öppet förfarande kan också konstateras att upphandling 1 avbröts på falsk grund. Detta har kunnat verifieras först långt senare. Även av denna anledning är beslutsdatumet för avbrytandet inte korrekt startdatum för 10-dagarsfristen för att ansöka om överprövning.

Motparten har även brutit mot LOU i upphandling 2, vilket framgår nedan. Även om upphandling 2 av någon orsak inte skulle kunna ogiltigförklaras, anser QM att motpartens brott mot LOU i den upphandlingen är ett ytterligare skäl för att återuppta och slutföra upphandling 1.

Att Framtiden är anslutet till ramavtal genom Göteborgs Stad hindrar inte enligt lag att Framtiden gör en egen upphandling i form av t.ex. öppet förfarande. Detta är uppenbart, då Framtiden gjorde upphandling 1 som en egen upphandling. Inte heller finns någon lag som kräver att Framtiden använder just Göteborgs stads ramavtal, som man nu använde i upphandling 2. Framtidens dotterbolag är för övrigt anslutna även till andra ramavtal för hyresgästenkäter, som hade kunnat användas.

Vad QM yrkar och anför i upphandling 2

QM yrkar att upphandling 2 och den beställning som upphandlingen resulterade i ska ogiltigförklaras, alternativt att upphandlingen ska göras om i form av öppet förfarande. QM yrkar också interimistiskt att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandling 2 inte får avslutas förrän detta mål avgjorts. QM anför i huvudsak följande. Upphandlingen genomfördes inte i form av öppet förfarande som Framtiden angett i avbrytandebeslutet i

upphandling 1. Den 17 september 2013 nåddes QM av en pressrelease, där det framgick att Tyréns AB, med en ny samarbetspartner vunnit en ny upphandling. Samarbetspartnern Aktivbo AB visar sig vara en tidigare leverantör till ett eller flera av Framtidens dotterbolag. Trots att QM kvalificerat sig som leverantör i upphandling 1 så har bolaget inte fått ta del av något förfrågningsunderlag (steg 2 i upphandling 1). Istället har en ny upphandling gjorts utan att QM meddelats om detta. Med denna beskrivning ligger det nära tillhands att anta, att det faktum att Aktivbo AB redan var leverantör till ett eller flera av Framtidens dotterbolag trots allt kan ha spelat in vid valet av leverantör. Myndigheter och kommunala bolag ska följa LOU. LOU kräver att upphandlande myndigheter ska vara sakliga och välja leverantörer med hänsyn till det som upphandlas. Annan hänsyn, som t.ex. lojalitet mot tidigare leverantörer, får inte förekomma. Valet av leverantör ska ske på affärsmässig grund och den leverantör som erbjuder den bästa varan/tjänsten för det bästa priset ska väljas.

Enligt 9 kap. 9 § andra stycket LOU skulle QM och de övriga kvalificerade leverantörerna i upphandling 1 ha meddelats vid beslutet göra om upphandlingen. Så skedde dock inte, vilket är motpartens ansvar. Om QM hade meddelats beslutet hade bolaget omgående begärt överprövning. Därmed är det en direkt följd av motpartens brott mot nyss nämnda paragraf att bolagets ansökan i upphandling 2 eventuellt inkommit för sent.

Vad Framtiden anför i upphandling 1

Framtiden anser att QM:s ansökan rörande upphandling 1 ska avvisas eftersom den kommit in för sent till förvaltningsrätten.

Vad Poseidon anför i upphandling 2

Poseidon anser att QM:s ansökan om överprövning i upphandling 2 ska avvisas eftersom den också kommit in för sent till förvaltningsrätten. Det förefaller också som om QM yrkar att ingånget avtal i upphandling 2 ska

ogiltigförklaras. Poseidon anser att yrkandet om ogiltighetsförklaring ska lämnas utan bifall. Poseidon anför i huvudsak följande.

Efter att upphandling 1 avbrutits och Framtiden utrett rådande situation kom man fram till att det inte längre fanns behov av en undersökning av sådan omfattning och komplexitet som den i upphandling 1. Det nya behovet kunde i stället uppfyllas genom en kundundersökning upphandlad på befintliga ramavtal. Förnyad konkurrensutsättning genomfördes därför enligt befintligt ramavtal och avtal slöts med en av dess leverantörer.

Tilldelningsbesked i upphandling 2 meddelades den 26 augusti 2013. Avtalsspärr löpte t.o.m. den 5 september 2013. QM:s ansökan inkom till förvaltningsrätten först den 19 september 2013 och således för sent.

Den förnyade konkurrensutsättningen genomfördes enligt befintligt ramavtal och på ett sätt som är förenligt med LOU. En avtalsspärr tillämpades och iakttogs enligt 16 kap. 15 § 1 LOU. Grund för ogiltigförklaring av avtalet föreligger således inte.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Vilken lydelse av LOU som är tillämplig i upphandling 2 är beroende av när den upphandling som resulterade i ramavtalet MOA kan anses ha påbörjats. Förvaltningsrätten har inhämtat uppgifter från Göteborgs Stads Upphandlings AB i frågan. Av de uppgifter som lämnats därifrån drar förvaltningsrätten slutsatsen att upphandlingen påbörjades efter den 14 juli 2010 men före den 1 november 2011. Det är således LOU i dess lydelse under tiden den 15 juli 2010 – 31 oktober 2011 som är tillämplig i upphandling 2. Någon materiell skillnad mellan LOU:s lydelse under denna period och nuvarande lydelse föreligger inte. Däremot redovisas vissa be-

stämmelser i 16 kap. i de båda versionerna i olika paragrafer. I sådana fall redovisas nedan endast nu gällande paragraf.

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 iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (16 kap. 6 § LOU).

En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr), (9 kap. 9 § första stycket LOU).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud

samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges (samma paragraf, andra stycket).

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 § (16 kap. 11 § LOU).

En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta (16 kap. 12 § LOU).

Enligt 16 kap. 13 § LOU ska rätten under vissa omständigheter besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt.

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 § (16 kap. 15 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandling 1

Frågan beträffande upphandling 1 är i första hand om QM:s ansökan om överprövning kan anses ha kommit in till förvaltningsrätten i rätt tid. Det är ostridigt mellan parterna och klarlagt att QM:s ansökan kom in mer än tio dagar från den tidpunkt då Framtiden meddelade beslutet att avbryta upphandlingen. Sätillvida står det således klart att QM:s ansökan har kommit in till förvaltningsrätten för sent.

QM har emellertid gjort gällande att Framtidens beslutsmeddelande inte uppfyller formkravet i 9 kap. 9 § andra stycket LOU på att skälen för beslutet ska anges och att tiodagarsfristen därmed inte börjat löpa. Enligt QM:s uppfattning har bolagets ansökan därmed inkommit till förvaltningsrätten i rätt tid.

Av förarbetena till LOU i nuvarande lydelse framgår att tidsfristen inte börjar löpa om den upphandlande myndighetens beslut att avbryta upphandlingen inte uppfyller de angivna kraven i bestämmelsen (prop. 2009/10:180, s. 338). I förarbetena anges däremot inte närmare vilka krav som kan ställas på redovisningen av skälen för beslutet för att kraven ska anses uppfyllda.

Enligt förvaltningsrättens mening kan förhållandevis stora krav ställas på redovisningen av skälen i tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § LOU. I den situationen har en leverantör för att kunna tillvarata sin rätt ett klart intresse av att få reda på varför en annan leverantörs anbud utvärderats förmånligare eller orsakerna till att det egna anbudet förkastats utan att utvärderas. Vid beslut att avbryta en upphandling torde kunna ställas större krav på hur skälen till beslutet anges när upphandlingen avbryts i ett sent skede, exempelvis sedan tilldelningsbeslut meddelats, än när avbrytandet sker i ett tidigare skede. När avbrytandet sker i upphandlingens inledningsskede får en mer allmän motivering till beslutet anses vara tillräcklig i de flesta fall.

Förvaltningsrätten anser i förevarande fall att de skäl som Framtiden angav i beslutsmeddelandet var tillräckliga. Det saknas också anledning anta att de skäl som angavs vid beslutstillfället inte överensstämde med Framtidens dåvarande avsikter. Förvaltningsrätten finner sålunda att QM:s ansökan om överprövning avseende upphandling 1 har inkommit till förvaltningsrätten för sent och därmed ska avvisas. Förvaltningsrättens prövning av upphandling 1 är därmed avslutad.

Upphandling 2

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att avtal får anses ha slutits i upphandlingen den 18 september 2013 när den vinnande leverantören skriftligen godkände Poseidons beställning. QM:s ansökan inkom till förvaltningsrätten den 19 september 2013. Upphandlingen var således avslutad redan innan QM:s ansökan inkom till förvaltningsrätten. Någon anledning för förvaltningsrätten att särskilt pröva det interimistiska yrkandet – att förvaltningsrätten skulle bestämma att upphandlingen inte fick avslutas förrän målet avgjorts – har därmed inte förelegat.

I upphandling 2 har QM dels ansökt om överprövning av upphandlingen, dels ansökt om att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara det avtal Poseidon har tecknat med Tyréns AB.

När det gäller QM:s ansökan om överprövning konstaterar förvaltningsrätten att den inkommit efter det att den i tilldelningsbeslutet angivna avtalsspärren t.o.m. den 5 september 2013 löpt ut. Enligt 16 kap. 11 § LOU har QM:s ansökan därmed inkommit för sent till förvaltningsrätten och kan därmed inte tas upp för prövning i sak. Därtill kommer att, som angetts ovan, Poseidon redan tecknat avtal vid den tidpunkt då QM:s ansökan kom in till förvaltningsrätten. Enligt 16 kap. 6 § LOU får överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Även av denna anledning saknar förvaltningsrätten möjlighet att pröva QM:s ansökan i sak. Bolagets ansökan om överprövning ska följaktligen avvisas i upphandling 2.

Återstår QM:s yrkande om att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara avtalet mellan Poseidon och Tyréns AB. I 16 kap. 13 § LOU anges att rätten under vissa angivna förutsättningar ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt. Som framgått har Poseidon i tilldelningsbeslutet angett en avtalsspärr som sedan iakttagits. Enligt 16 kap. 15 § LOU ska då 13 § samma kapitel inte tillämpas. Av det

sagda följer att QM:s ansökan om att ogiltigförklara det avtal som tecknats den 18 september 2013 av Poseidon och Tyréns AB inte kan bifallas.

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

Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Per Olofsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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.