



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2011-04-04
Meddelad i Linköping

Mål nr
9973-10
Enhet 2

SÖKANDE

Betongsprutnings Aktiebolaget Besab, 556229-1582
Tagenevägen 7
422 59 Hisings Backa

Ombud: Advokat Olof Hallberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Sjöfartsverket
Inköpsavdelningen
601 78 Norrköping

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-04-05 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten erinrar om att det interimistiska beslutet den 13 december 2010 i och med detta upphör att gälla.

YRKANDE M.M.

Sjöfartsverket genomför upphandlingen "Revision Trollhätte kanal 2011, dnr. 0307-10-02422". Upphandlingen genomförs som en urvalsupphandling. Enligt tilldelningsbeslut den 3 december 2010 avser Sjöfartsverket teckna avtal med Skanska Sverige AB (Skanska).

Betongsprutning Aktiebolaget Besab (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om och bolaget tilldelas kontrakt. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Förvaltningsrätten har den 13 december 2010 beslutat att Sjöfartsverket inte får avsluta upphandlingen innan något annat har beslutats.

Sjöfartsverket bestrider bifall till ansökan.

Sjöfartsverket har numera upplyst att verket avbrutit upphandlingen av den anledningen att anbudens giltighetstid har löpt ut.

Bolaget har beretts tillfälle till yttrande över Sjöfartsverkets beslut att avbryta upphandlingen. Bolaget har därvid yrkat att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras. Till stöd för sitt yrkande härom anför bolaget bl.a. följande. Anbudens giltighetstid gick ursprungligen ut den 15 januari 2011. Anbuden har dock förlängts vid två tillfällen med 30 dagar vardera, och var således gällande till och med den 15 mars 2011. Bolaget uppvaktade Sjöfartsverket den 4 mars 2011 per e-mail med förfrågan om att förlänga anbudets giltighetstid, men en sådan förfrågan skickades aldrig från Sjöfartsverket. Den 16 mars 2011 meddelade Sjöfartsverket att upphandlingen avbrutits då det inte längre fanns några giltiga anbud. Vid telefonsamtal med Sjöfartsverket den 18 mars 2011 framkom att Sjöfartsverket

den 16 mars 2011 hade tecknat avtal med Skanska. Sjöfartsverket har som skäl för att upphandlingen avbrutits angett att det saknas giltiga anbud i upphandlingen. Sjöfartsverket har dock muntligen meddelat bolaget att det bakomliggande skälet för Sjöfartsverket att avbryta upphandlingen är tidsbrist p.g.a. den utdragna överprövningsprocessen i förvaltningsrätten. Att så är fallet framgår också tydligt av att Sjöfartsverket samma dag som upphandlingen avbröts tecknade kontrakt med Skanska. Sjöfartsverket har således, genom att avstå från att begära in förlängning av anbuden, sett till att anbudens giltighetstid löpt ut för att därefter avbryta upphandlingen med detta som skäl. Bolaget kan inte tolka händelseförloppet på annat sätt än att Sjöfartsverket förfarit på ett medvetet sätt i syfte att frambringa ett skäl att avbryta upphandlingen. Omständigheter som typiskt sett ligger inom den upphandlande myndighetens kontroll kan inte utgöra sakliga skäl att avbryta en upphandling. Att begära förlängning av anbuden, särskilt med beaktande av bolagets e-mail av den 4 mars 2011, måste anses ha legat inom Sjöfartsverkets kontroll. Att anbudens giltighetstid löpt ut kan därför inte anses vara ett giltigt skäl att avbryta upphandlingen i förevarande fall. Att låta giltighetstiden löpa ut, för att därefter teckna kontrakt med Skanska, strider därutöver mot den unionsrättsliga principen om likabehandling. Sjöfartsverkets agerande som upphandlande myndighet har uppenbart och otillbörligt gynnat en anbudsgivare på bekostnad av bolaget. Avbrytandebeslutet har således skett i strid med 1 kap. 9 § LOU. Sjöfartsverkets beslut att avbryta upphandlingen står dessutom i strid med det interimistiska beslutet av den 13 december 2010, eftersom detta beslut innebär att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats. – Bolaget åberopar Konkurrensverkets yttrande den 30 juni 2010, dnr 336/2010, i Kammarrättens i Jönköping mål nr 942-10.

Bolaget ansöker även om överprövning av avtals giltighet avseende det mellan Sjöfartsverket och Skanska tecknade kontraktet. Bolaget ger uttryck för uppfattningen att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning bör avgöra

samtliga frågor inom ramen för förevarande överprövningsprocess, men överlämnar samtidigt till förvaltningsrätten att avgöra om beslut om gemensam handläggning av överprövningarna ska fattas.

Sjöfartsverket bestrider bifall till bolagets yrkande om att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras och anför bl.a. följande. Sjöfartsverket beslutade att avbryta upphandlingen mot bakgrund av att giltiga anbud saknas. För en anbudsgivare i ett entreprenaduppdrag som det förevarande innebär en anbudsfrörlängning att anbudsgivaren tvingas låsa upp den personal och den utrustning som offererats, dvs. anbudsgivaren kan inte räkna med att använda dessa resurser till andra uppdrag. Mot denna bakgrund signalerade en av anbudsgivarna i förevarande upphandling att ytterligare frörlängning inte kunde påräknas. Sjöfartsverket tog i det läget, och innan anbuderna hade löpt ut, kontakt med förvaltningsrätten för att efterhöra när en dom i den ursprungliga överprövningen var att vänta. Svaret från förvaltningsrätten var att en dom kunde förväntas tidigast nästföljande vecka. Sjöfartsverket ställdes därmed inför faktum att anbuderna inte längre kunde frörlängas, vilket Sjöfartsverket helt saknade kontroll över. Sjöfartsverket valde att i det läget avbryta upphandlingen eftersom det inte längre fanns några giltiga anbud. Bolagets påstående att Sjöfartsverket avbrutit upphandlingen på grund av tidsbrist är helt felaktigt. – Bolagets slutliga yrkande var att upphandlingen skulle göras om, dvs. bolaget har inte haft något som helst incitament att avsätta några personella eller maskinella resurser för ett kontrakt som bolaget inte ens yrkat att de ska tilldelas. – Sjöfartsverket har påbörjat den avbrutna upphandlingen i god tid och tagit med en eventuell överprövning i tidsplanen. Upphandlingen kunde inte ha påbörjats tidigare eftersom det inte är acceptabelt att begära att anbudsgivare ska vara bundna av sina anbud under ännu längre tid än som nu varit fallet. – Sjöfartsverket anser sig inte ha brutit mot det interimistiska beslutet eftersom beslutet att avbryta upphandlingen och sedan direktupphandla ett kontrakt med Skanska bygger på olika grund.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, framgår att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av praxis framgår att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger även om det meddelats ett interimistiskt beslut. Vidare framgår det att rätten i ett mål om överprövning av en upphandling i anledning av ett tilldelningsbeslut, kan bedöma om ett avbrytandebeslut är sakligt grundat, dvs. om det är lagligt och förenligt med gemenskapsrätten. (Jfr Kammarrättens i Jönköping dom den 11 oktober 2010, mål nr 1706-10).

En upphandlande myndighet har möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling under förutsättning att myndigheten, när den fattar ett sådant beslut, kan presentera sakliga skäl för beslutet och att myndigheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling (jfr EG-domstolens avgörande i mål C-244/02 Kauppatalo).

I målet C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553) anförde EG-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, Fracasso och Leitschultz (REG 1999, s. I-5697) att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte

medför att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från en upphandling föreligger endast i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl (punkt 40). I målet fann domstolen vidare att de upphandlande enheterna är skyldiga att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet när de beslutar att återkalla en upphandling (punkt 47). Vidare uttalade domstolen att den överprövning som ska göras inte får begränsas till att endast omfatta frågan om beslutet är av godtycklig art (punkt 64).

Regeringsrätten har i RÅ 2008 ref. 35 konstaterat att det saknas klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande av en upphandling.

I förevarande mål har Sjöfartsverket avbrutit upphandlingen av den anledningen att anbudens giltighetstid löpt ut. Fråga är om uppgiven anledning kan anses utgöra saklig grund för avbrytande.

Enligt 15 kap. 10 § LOU ska en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ange den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.

Av rättspraxis kan utläsas att anbudens giltighetstid kan förlängas under förutsättning att principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU iakttas samt att huruvida en förlängning ska ske eller inte främst är en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna (jfr RÅ 2008 not. 26).

Det är ostridigt i målet att anbudens giltighetstid har löpt ut. Såsom konstaterats av Regeringsrätten (nuvarande Högsta förvaltningsdomstolen) i sistnämnda rättsfall, är frågan huruvida en förlängning av anbudens giltighetstid ska ske eller inte en fråga mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna. I förevarande fall har någon förlängning av giltighetstiden

inte skett. Det föreligger därmed inte längre några giltiga anbud i upphandlingen, varför upphandlingen inte kan avslutas genom tecknande av kontrakt. Mot denna bakgrund måste Sjöfartsverket anses ha haft saklig grund för att avbryta upphandlingen och beslutet kan inte anses strida mot grundläggande gemenskapsrättsliga regler.

Då Sjöfartsverket haft saklig grund för att avbryta upphandlingen och även fattat ett avbrytandebeslut får upphandlingen anses ha förfallit. Därmed saknas grund för förvaltningsrätten att beträffande den aktuella upphandlingen meddela förordnande enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU. Bolagets talan kan därför inte bifallas.

Bolaget har även ansökt om överprövning av avtals giltighet vad avser nu föreliggande entreprenadkontrakt mellan Sjöfartsverket och Skanska. Förvaltningsrätten har för avsikt att pröva denna fråga i ett separat mål (mål nr 1959-11), varför denna fråga inte föranleder något förvaltningsrättens vidare yttrande i detta mål.

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



Sofia Blomkvist



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU