



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-07-13
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9472-12
 9485-12
 Enhet 12

SÖKANDE

1. Lib Luck och Inredningsbolaget i Borås AB, 556572-5909
 Box 80
 516 21 Dalsjöfors

2. Hagaköket AB, 556811-4416
 Harbovägen 33
 740 47 HARBO

Ombud: Elin Liljeblad Laine
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Husbyggnadsvaror HBV Förening AB, 702000-9226
 Box 42059
 126 13 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2012-08-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 248334

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Husbyggnadsvaror HBV Förening AB (HBV) har genomfört en upphandling av köksförnyelse med montage. Upphandlingen avser ramavtal gällande skåpsluckor, bänkskivor, lådhurtsar och skärbrädor m.fl. produkter inklusive montering för köksförnyelse. Upphandlingen består av tre delar som utvärderas var för sig. Del A Luckor; lackade MDF inklusive montage, Del B Luckor; laminat på spånskiva inklusive montage, Del C Projektuppdrag med leverans inklusive montage och samordning av hantverkare. Den 23 mars 2012 fattade HBV ett tilldelningsbeslut som innebar att HBV hade för avsikt att teckna kontrakt enligt nedanstående.

Del A (lackade luckor):

1. LIB (riks)
2. Hagaköket (riks)
3. Modexa (riks)
4. Västerorts (Stockholm och Uppsala)

Del B (laminat luckor):

1. LIB (riks)
2. Hagaköket (riks)
3. Västerorts (Stockholm och Uppsala)
4. Modexa (riks)

Del C (angivet i bokstavsordning):

- Hagaköket (riks)
LIB (riks)
Modexa (riks)
Västerorts (Stockholm och Uppsala)

Västerorts Lackcenter AB ansökte om överprövning av upphandlingen med yrkande om att upphandlingen skulle göras om. HBV beslutade därefter den 27 april 2012 att avbryta upphandlingen avseende delarna A och C. Som skäl för beslutet angavs att viktningen för vissa positioner i varukorgen var felaktiga samt att det i utvärderingsmodellen saknades spårfrästa luckor för att utvärderingen ska vara heltäckande och motsvara efterfrågat behov hos medlemmarna. Detta kan ha medfört att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kunnat utses.

Lib Luck och Inredningsbolaget i Borås AB (LIB) samt Hagaköket AB (Hagaköket) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar och upphäver HBV:s beslut att avbryta upphandlingen samt att HBV ska slutföra upphandlingen på sedvanligt sätt, d.v.s. genom att ingå kontrakt med de anbudsgivare som angivits i tilldelningsbeslutet som vinnare av upphandlingen. LIB samt Hagaköket har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. Genom rättspraxis är det klarlagt att en upphandling får avbrytas endast i undantagsfall, då det finns tungt vägande skäl för det. Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl. Beslutet får inte vara godtyckligt utan måste följa de grundläggande bestämmelserna i fördraget (jfr RÅ 2009 ref. 43) som också återfinns i 1 kap. 9 § LOU. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

HBV anför att felaktig viktning angivits för vissa positioner i varukorgen och att det utgör grund för deras beslut att avbryta upphandlingen. Några närmare skäl till vilka produkter som omfattas av den felaktiga viktningen och hur den har slagit fel anförs inte. Anbudsgivarna har inte haft några som helst problem att förstå kraven eller viktningen i förfrågningsunderlaget och att baserat på detta lämna anbud. Samtliga anbudsgivare har kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Fri konkurrens och fri

prissättning har rätt. Samtliga anbud har kunnat jämföras och en utvärdering har skett i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. HBV har ställt tydliga funktions-, garanti-, och kvalitetskrav i upphandlingen vilket säkerställer att beställaren får rätt kvalitet till rätt pris. Det finns ingen anmärkningsvärd prisskillnad mellan anbudsgivarna. De ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden har därför antagits. Att mot denna bakgrund avbryta på grund av att man i efterhand har konstaterat att viktningen för vissa positioner i varukorgen är felaktig ter sig som en efterhandskonstruktion för att kunna undvika att bli bunden av det faktiska utfallet av den aktuella upphandlingen.

HBV har mer än tio års erfarenhet av att upphandla köksförnyelse. Till denna upphandling tog man dessutom hjälp av sina medlemsorganisationer genom att arbeta med erfarenhetsgrupper där ett antal HBV-medlemmar var representerade och bidrog till förfrågningsunderlagets utformning. HBV har dessutom gjort marknadsundersökningar hos sina leverantörer i syfte att utforma ett så bra förfrågningsunderlag som möjligt. HBV måste mot bakgrund av detta rimligtvis ha arbetat igenom förfrågningsunderlaget och därmed gjort ett medvetet val av den aktuella viktningen. Att i efterhand konstatera att viktningen, på ett ej redovisat sätt, slagit fel är således inget sakligt och godtagbart skäl för att i efterhand avbryta upphandlingen.

En upphandlare har att göra en så noggrann marknadsundersökning och efterforskning av statistik och dylikt som möjligt innan upphandlingen annonseras. Därefter är det "lagt kort ligger" som gäller och enbart i undantagsfall, om särskilda skäl föreligger, exempelvis om ett skall-krav måste ändras, om en tydligt visad budget inte kan hållas på grund av för höga anbudspriser eller om enbart en anbudsgivare återstår och konkurrensen därmed brister, har den upphandlande myndigheten en rätt men inte skyldighet att avbryta upphandlingen. En upphandlande

myndigheten har således ingen "fri prövningsrätt" vad gäller grund för att avbryta en upphandling. Att HBV brister i sina egna efterforskningar avseende statistik på tidigare leveranser får inte ligga anbudsgivarna till last. Anbudsgivarna har lagt ner stora kostnader på att utforma konkurrenskraftiga anbud och därför får upphandlingen inte avbrytas utan att sakligt godtagbara skäl föreligger. Om så trots allt sker har anbudsgivare berättigade krav på ersättning för nedlagda kostnader.

HBV anför vidare att det i utvärderingsmodellen saknas spårfrästa luckor för att utvärderingen ska vara heltäckande och motsvara efterfrågat behov hos medlemmarna och att det utgör grund för deras beslut att avbryta upphandlingen. Några närmare skäl till varför man valt att inte ta med spårfrästa luckor i utvärderingsmodellen anføres inte.

LIB och Hagaköket har mångårig erfarenhet av att leverera kök på HBV:s avtal. De kan konstatera att HBV inte heller i den föregående upphandlingen (2010) av köksförnyelse hade valt att ta med spårfrästa luckor i utvärderingen. Det är inte svårt att förstå vad som är anledningen till detta. Det är ytterst svårt att utvärdera då det inte finns någon standard kring spårfrästa luckor eftersom varje tillverkare har sina egna typer och varianter av spårfrästa luckor. Detta är allmänt känt. HBV riskerar därför att gynna/utestänga någon anbudsgivare om de skulle utvärdera spårfrästa luckor. Det finns inget hinder för HBV att upphandla detta separat enligt reglerna i LOU och därmed få en separat leverantör för den delen.

LIB och Hagaköket kan också konstatera att deras erfarenhet är att de kommunala bostadsbolagen generellt efterfrågar prisvärda, neutrala köksförnyelser (släta luckor) och att spårfrästa luckor enbart utgör en liten del av alla beställningar de sökande får. Det finns således ingen anledning för HBV att kullkasta hela upphandlingen på grund av att man i efterhand upptäckt att man saknar ett utförande som inte utgör en avgörande del av

upphandlingen. HBV måste mot bakgrund av ovan angivna marknadsundersökning rimligtvis ha arbetat igenom förfrågningsunderlaget och implementerat relevanta och adekvata kriterier. Att i efterhand konstatera att ett visst utförande saknas i utvärderingsmodellen är inget sakligt och godtagbart skäl för att avbryta en upphandling i syfte att undvika att bli bunden av den faktiska upphandlingens utfall. HBV lägger i sitt yttrande till att profilerade luckor saknas i utvärderingsmodellen – detta påtalas inte i avbrytandebeslutet. LIB och Hagaköket anför samma argumentation kring avsaknades av profilerade luckor som avseende spårfrästa luckor.

HBV har anfört att förutsättningarna ändrats efter det att annonseringen av upphandlingen skett. För att ändrade förutsättningar ska anses utgöra sakliga skäl för avbrytande av en upphandling krävs 1. att den upphandlande myndigheten kan visa att förutsättningarna ändrats, 2. att de ändrade förutsättningarna inte hade kunnat förutses då upphandlingen påbörjades och 3. att avbrytandebeslutet fattas inom rimlig tid från det att de ändrade förutsättningarna blivit kända. HBV har inte visat att förutsättningarna har ändrats efter det att upphandlingen annonserades. Förutsättningarna har varit desamma hela tiden, men HBV har före och efter upphandlingen gjort olika bedömningar och analyser av samma beställningar och av detta dragit olika slutsatser av hur förfrågningsunderlaget ska utformas och produkter ska viktas (och vilka produkter som ska finnas med).

Eftersom förutsättningarna inte har ändrats finns det därmed inte heller någon anledning att analysera huruvida de hade kunnat förutses eller inte då upphandlingen påbörjades. HBV hade alla möjligheter att besluta sig för en annan utvärderingsmodell innan man skickade ut förfrågningsunderlaget. HBV har också mer än 10 års erfarenhet och statistik från att upphandla inom aktuellt avtalsområde. Ingen anbudsgivare har haft synpunkter på varukorgen före tilldelningsbeslutet. En utvärderingsmodell

kan aldrig till hundra procent motsvara efterfrågat behov då det aldrig går att förutse framtida beställningar. I denna upphandling angiven viktning motsvarar i tillräcklig grad efterfrågat behov. Fem veckor kan inte anses utgöra rimlig tid från det att ändrade förutsättningar (om sådana varit för handen) blivit kända.

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har kunnat antas och HBV:s antagande i avbrytandebeslutet att ”detta kan ha medfört att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ej kunnat utses” är enbart ett löst påstående som inte är underbyggt med fakta. Med begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” avses att den upphandlande myndigheten får värdesätta annat än bara priset. Med begreppet att ”den upphandlande myndigheten skall anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” menas att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som bäst motsvarar tilldelningskriterierna, inget annat. Det råder ingen tvekan om att LIB och Hagaköket i upphandlingen lämnade de två anbud som bäst motsvarande de av HBV valda tilldelningskriterierna pris och garantitid.

En av grundbultarna med LOU är att det ska råda fri konkurrens på marknaden. Det står således varje anbudsgivare fritt att förhålla sig strategisk till förfrågningsunderlag. Det är inte förbjudet att sätta låga priser eller nollpriser på en del produkter och högre priser på andra produkter i ett försök att vinna upphandlingen. HBV har inte före tilldelningsbeslutet reagerat på det låga priset och har inte kontaktat LIB eller Hagaköket i detta avseende.

Västerorts Lackcenter som ansökte om överprövning av upphandlingen var etta på det senaste ramavtalet för Köksförnyelse och hade därmed stor insikt i vad som efterfrågades av medlemmarna. Västerorts Lackcenter hade därmed samma frihet som övriga anbudsgivare, och utifrån sin kunskap som varande etta på ramavtalet, att förhålla sig strategiska till

förfrågningsunderlaget. Det kan ifrågasättas varför Västerorts Lackcenter inte under anbudstidens gång påtalade det som de i efterhand för fram som brister i förfrågningsunderlaget.

LIB och Hagaköket ställer sig frågande till varför HBV väljer att avbryta två av tre delar som upphandlingen avser. Ett kök är lika oberoende av om man använder lackade luckor (A) eller laminerade (B). HBV har i sin upphandling exakt samma viktning avseende antal luckor och mått mellan de två typerna vilket är adekvat. Det ter sig därför märkligt att HBV nu efter att ha utsett de vinnande anbudena, anser att viktningen är fel i del A men inte del B. De ställer sig frågande till varför HBV önskar dra tillbaka även del C då man för denna del som anbudsgivare enbart hade att redovisa om man klarade projektuppdrag/samordning eller ej. När HBV väljer att bibehålla utfallet av del B finns ingen anledning att förkasta del C. Att avbryta två av tre delar är en indikation på att avbrytandebeslutet inte är sakligt grundat utan enbart ett svepskäl för att HBV är missnöjda med det faktiska utfallet av upphandlingen.

Om en påstådd inkorrekt viktning hade varit att anse som ett giltigt skäl för att avbryta en upphandling öppnar det upp för upphandlande myndigheter att i förfrågningsunderlaget exempelvis sätta upp en viktning för att i ett senare skede, om den upphandlande myndigheten av någon anledning är missnöjd med utfallet, rent godtyckligt kunna åberopa viktningen som inkorrekt för att avbryta upphandlingen och utarbeta ett nytt förfrågningsunderlag med en annan viktning i hopp om att få ett bättre utfall. Vidare, om en produktgrupp som utgör en liten del av en upphandlings omfattning saknas och detta ligger inom den upphandlande myndighetens kontroll och hade kunnat åtgärdas tidigare, skulle ha varit att anse som ett giltigt skäl för att avbryta en upphandling, öppnar det upp för upphandlande myndigheter att godtyckligt i efterhand kunna åberopa avsaknaden av en viss

produkt för att kunna avbryta upphandlingen i hopp om att få ett bättre utfall avseende exempelvis pris eller leverantör.

Det är inte ett sakligt skäl att avbryta en upphandling på grund av felaktigheter som den upphandlande myndigheten har upptäckt i samband med en anbudsutvärdering och efter att en ansökan om överprövning har inkommit. Att HBV väljer att avbryta upphandlingen först efter tilldelningsbeslutet, när en ansökan om överprövning inkommit, indikerar att HBV själva inte ansett att viktningen varit felaktig eller att spårfrästa luckor saknades i utvärderingsmodellen i det avseende som de nu i efterhand gör gällande.

HBV:s agerande att särbehandla de sökande genom att på eget bevåg hitta på nya priser och utvärdera, utan någon som helst grund, är i direkt strid med LOU:s grundläggande princip om likabehandling. De tre av HBV skapade räkneexemplen (ej redovisade i domen, *förvaltningsrättens anmärkning*) överensstämmer inte med sanningen och ska därmed inte tillmätas någon betydelse av domstolen. Om sådana egenhändigt skapade scenarion hade kunnat utgöra grund för att avbryta en upphandling anser de sökande att de underminerar hela idén med offentlig upphandling d.v.s. att konkurrensutsätta marknaden på ett sunt sätt och att skydda leverantörerna från godtycke.

Det måste, till skillnad från vad som nu är fallet, vara fråga om så allvarliga brister att förfrågningsunderlaget är i strid med LOU eller att det skulle vara i strid med LOU att fullfölja den aktuella upphandlingen. I detta fall föreligger inte sådana allvarliga brister. Genom att avbryta pågående upphandling utan sakliga skäl bryter HBV mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som styr offentlig upphandling. HBV:s agerande medför betydande skada för LIB och Hagaköket och övriga anbudsgivare som blivit erbjudna att teckna kontrakt

eftersom anbuderna har blivit godkända och offentliga i samband med tilldelningsbeslutet. Om HBV hade fullföljt upphandlingen hade LIB och Hagaköket tilldelats kontrakt enligt utfallet.

LIB och Hagaköket har till stöd för sin talan hänvisat till avgöranden från förvaltningsrätten i Stockholm och Härnösand, kammarrätten i Stockholm samt EU-domstolen.

HBV bestrider bifall till LIB och Hagakökets ansökan och uppger sammanfattningsvis följande. Efter att HBV har gått till botten med de skäl som åberopats till stöd för överprövningen från Västerorts Lackcenter, förfrågningsunderlaget och därefter gjort ytterligare efterforskningar avseende bl.a. statistik på tidigare leveranser beslutade HBV den 27 april 2012 att avbryta upphandlingen gällande del A och del C. Skälen till detta var att viktningen för vissa positioner i varukorgen är felaktiga samt att det i utvärderingsmodellen, för att utvärderingen ska vara heltäckande och motsvara efterfrågat behov hos medlemmarna, saknas spårfrästa och profilerade luckor. Förenklat är utvärderingen baserad på fel antal köksluckor och för få typer av luckor. Förutom själva felaktigheterna har detta även skapat utrymme för tolkningar och strategisk prissättning.

HBV:s mål är att tillgodose sina medlemmars behov av bra produkter och, för att möjliggöra detta, anta de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna. Att HBV inför upphandlingen har haft referensgrupper och undersökningar om medlemmars avrop utesluter inte att upphandlingen innehåller felaktigheter som inte motsvarar de krav som måste kunna ställas på densamma för att den ska vara meningsfull för deras medlemmar. Efter att ha analyserat statistik från leveranser under tidigare avtalsperiod har de konstaterat felaktigheter i utvärderingens frekvens/viktning. Ett standardkök stämmer inte överens med upphandlingens prisbilaga. Denna felaktighet har

uppmuntrat anbudslämnare till strategisk prissättning och påverkat resultatet av utvärderingen.

HBV kan i efterhand konstatera en felaktighet i det att viktningen för vissa positioner i varukorgen, i bilaga 6 till förfrågningsunderlaget, är för högt satta. Exempelvis skulle viktningen/frekvensen för positionerna 6 och 7 vara 0,5 styck istället för 6 stycken. Positionerna 3 och 4 ska vara ca 16 istället för 8. Förutom ytterligare justeringar i frekvenserna, felaktigheter i själva positionerna saknas det 1 stycken lådinsats (motsvarar 10 % av köksvärdet), profilerade och spårfrästa luckor. Rangordningen skulle bli annorlunda om "nollpriserna" ersätts med priset från mindre luckan. Rangordningen skulle även bli annorlunda för övriga modeller/sortiment/varor.

Det som även saknas i modellen, för att den ska vara heltäckande, är profilerade och spårfrästa luckor. Spårfrästa luckor står för ca 40 % av det totala antalet beställningar/varumixen. Läger man till profilerade luckor så är en bra bit över hälften av beställningarna profilerade- och spårfrästa luckor. Utvärderingen har således grundats enbart på släta luckor som står för mindre än 50 % av beställningarna. Utöver detta kan omfattningen i modellen vara större när det gäller exempelvis kulörer eftersom många medlemmar har tillvalssystem. Detta finner alltså HBV vara en tillräcklig brist och del av motivationen för avbrytande. Det motsvarar alltså inte efterfrågat behov hos medlemmarna.

Det nuvarande upphandlingsunderlaget skulle innebära att en anbudsgivare skulle kunna ta hur högt pris som helst för profilerade och spårfrästa luckor och ändå vinna upphandlingen. Att ha en utvärderingsmodell som endast tar hänsyn till priset på mindre än hälften av volymen och där leverantörerna i övrigt kan ta vilket pris som helst kan inte vara förenligt med möjligheten att anta det bästa anbudet. Vid granskning av statistik från

nuvarande leverantörer och genomgång av fakturor har HBV i efterhand kunnat notera att profilerade och spårfrästa luckor har en mycket större andel än den bedömning som gjordes inför upphandlingen. Tidigare var beställningarna förvaltningsstyrda, dvs. förvaltarna beställde de enklaste luckorna (dvs. de som är med i utvärderingsmodellen). Aktuell utvärderingsmodell är delvis baserad på gammalt material och motsvarar inte vad medlemmarna beställer idag. Nu är det hyresgästen som gör valet och därmed är sortimentet och beställningarna större än vad som framgår av utvärderingsmodellen. Marknaden har ändrats och är idag mer konsumentstyrd med tillvalssystem och bredare sortiment.

HBV har haft funderingar att avbryta hela upphandlingen eftersom felet i viktningkorgen till viss del även omfattar del B (laminat). När det gäller del B har HBV tillsvidare bedömt att omfattningen i utvärderingen är tillräcklig för att medlemmen kan köpa laminerade luckor till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Spårfrästa luckor förekommer exempelvis inte inom del B. Del C hör ihop med både A och B. Avbryts någon av delarna måste även del C avbrytas och anpassas till det nya förfrågningsunderlaget (förfrågningsunderlaget punkt 1.4.4).

Det står var och en av anbudsgivarna fritt att förhålla sig strategiskt till underlaget. En anbudsgivare har frihet att prissätta lågt (gratis) på en del produkter och högre på andra. Detta i sig är inte i strid med LOU. Men HBV har konstaterat felaktigheter i underlaget som påverkar utfallet i utvärderingen. Utvärderingsmodellen måste vara konstruerad så att den leder till att anbudsgivarna rangordnas på ett sätt som återspeglar vem som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är endast då som utvärderingsmodellen kan anses ge ett rättvisande resultat i den mening som högsta förvaltningsdomstolen angett i RÅ 2002 ref. 50. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste få genomslag vid avrop från ramavtalet.

Detta är särskilt viktigt eftersom det är många medlemsföretag som avropar och går strikt på rangordningen. Det vill säga de tror att de köper från det mest ekonomiska anbudet/företaget men får i slutändan betala ett klart högre pris än övriga antagna anbud.

HBV har inte påstått att några förutsättningar har förändrats i tiden efter annonseringen. Vad HBV däremot har redogjort för är hur man efter att tilldelningsbeslut fattats blivit varse de brister som upphandlingen varit behäftad med. Anledningen till att HBV avbrutit upphandlingen är att det funnits så pass stora svagheter i HBV:s antaganden och den utvärderingsmodell upphandlingen förlitat sig på att denna inte lett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet varit möjligt att anta, varmed också de grundläggande principerna i LOU träts för när. LIB och Hagaköket menar att HBV haft möjlighet att ta reda på alla relevanta fakta innan upphandlingen och att man nu får stå sitt kast eller, som de uttrycker det, ”lagt kort ligger”. Om denna inställning skulle överensstämma med gällande rätt skulle ingen upphandling kunna avbrytas mot bakgrund av brister i utvärderingsmodeller, vilket HBV ger flera exempel på genom domstolsavgöranden som åberopas.

HBV kan inte se på vilket sätt det faktum att de avbrutit först fem veckor efter sitt tilldelningsbeslut skulle göra avbrytandebeslutet mindre sakligt grundat. Det som skedde var att det för HBV, i den process som följde att en konkurrerande anbudsgivares begäran om överprövning, blev uppenbart vilka brister upphandlingen var besvärad med och att man hade gjort fel. Att i det läget inte ta erforderligt ansvar och avbryta upphandlingen, utan att i någon mening av prestige argumentera för riktigheten av sitt tidigare fattade beslut, var givetvis inget alternativ. Det föreligger inget godtycke i detta fall, vilket HBV visat genom en transparent redogörelse över på vilket sätt avbrytandebeslutet vilar på sakligt godtagbar grund.

HBV anser att det av förklarliga skäl aldrig kan vara möjligt att konstruera en utvärderingsmodell med en viktning som exakt motsvarar faktiskt utfall. I detta fall har HBV övertygats om att modellen dock ger så pass missvisande resultat att det inte är försvarbart att gentemot medlemmarna hävda att det skulle generera en upphandling av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

HBV har i efterhand konstaterat felaktigheter i frekvenser och omfattning och att modellen för utvärderingen ska vara annorlunda för att motsvara medlemmars verkliga och vanliga avrop/beställning av kök. Detta finner HBV vara en tillräckligt omfattande brist för att de ska vara motiverat att avbryta upphandlingen. LIB har inte lidit skada utan kommer att ha möjlighet att på lika villkor med övriga anbudsgivare lämna ett nytt anbud i en ny upphandling. Den utvärderingsmodell HBV valt att använda har haft för avsikt att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. HBV har dock kommit fram till att utvärderingsmodellen varit behäftad med sådana svagheter att den inte lyckats göra det möjligt att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att den inte kan anses vara förenlig med LOU. I en rättvisande utvärderingsmodell där spårfrästa luckor givits utrymme motsvarande den stora mängd beställningar som faktiskt görs av denna typ hade utfallet blivit ett annat. HBV har av ovanstående anledning haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen.

HBV har till stöd för sin talan bifogat räkneexempel samt hänvisat till avgöranden från EU-domstolen, kammarrätten i Stockholm samt kammarrätten i Göteborg.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

I 16 kap. 6 § LOU anges 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

HBV har beslutat att avbryta upphandlingens del A och C. Frågan i målet är huruvida det funnits förutsättningar för HBV att avbryta upphandlingens del A och C på de av HBV angivna grunderna.

Det saknas bestämmelser i LOU som reglerar under vilka omständigheter en upphandling får avbrytas varför vägledning härför får hämtas från rättspraxis.

En upphandlande myndighet är visserligen skyldig att underrätta anbudsgivare om skälen för sitt beslut att avbryta en upphandling men av EU-domstolens praxis framgår att det inte finns någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att fullfölja en påbörjad upphandling (mål C-92/00 HI, REG 2002 s. I- 5553, punkten 41).

Enligt EU-domstolens praxis har vidare den upphandlande myndighet stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller avbrytande av upphandling och beslut att avbryta en upphandling är inte förbehållna

undantagsituationer eller då det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, REG 1999 s. I-05697, punkterna 23 och 25).

Dock är möjligheten till att avbryta en upphandling begränsad på sådant sätt att ett beslut om avbrytande av en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och det måste följa de grundläggande principerna i unionsrätten. Det är vidare den upphandlande myndigheten som har att visa att det har förelegat sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling (RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande har ännu inte utbildats. Det finns dock i EU-domstolens praxis exempel på att även när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att det med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, p.g.a. fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet så har enheten ansetts haft rätt att avbryta upphandlingen (mål C 244/02 Kauppatalo Hansel, REG 2003 s. I-12139, punkt 36). Det finns i praxis inte något stöd för att en upphandling inte får avbrytas sedan tilldelningsbeslut meddelats.

HBV har som skäl för avbrytandet angett att den utvärderingsmodell upphandlingen förlitat sig på inte lett till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet varit möjligt att anta. Detta på grund av stora svagheter i HBV:s antaganden om deras medlemmars verkliga och vanliga avrop, dvs. beställningar av kök, vilket medfört en felaktigt utformad utvärderingsmodell vad gäller frekvens och omfattning.

Av ovan angivna praxis från EU-domstolen framgår att en upphandlande myndighet får anses ha stort utrymme för skönsmässiga bedömningar när det gäller avbrytande av upphandling så länge som de grundläggande

principerna i unionsrätten inte träds för när. Detta gäller även i de situationer när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande myndigheten inser att det med hänsyn till innehållet i anbudsinfördran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

De skäl som HBV har anfört som grund för att avbryta upphandlingens del A är enligt förvaltningsrättens bedömning sakligt godtagbara. Detsamma gäller för upphandlingens del C som är kopplad till utfallet i del A. Vid sådant förhållande och då det enligt förvaltningsrätten inte framkommit att de grundläggande principerna i unionsrätten träts för när ska ansökan avslås.

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

Jonatan Wahlberg
rådman

Föredragande har varit Karin Ekström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 uppgive 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 3109/1A LOU