



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2016-09-14
Meddelad i Umeå

Mål nr
1041-16

SÖKANDE

Grolls AB, 556084-1784
Box 4154
422 04 Hisings Backa

Ombud: Erik Backlund
Erik Backlund Juridik AB
Västerled 33
245 64 Hjärup

MOTPART

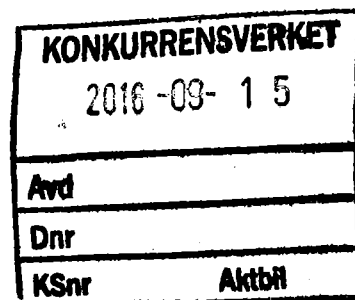
Skellefteå kommun
931 85 Skellefteå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND OCH YRKANDEN

Skellefteå kommun (Kommunen) genomför en upphandling av Skydds- och arbetskläder (dnr UH-2015-261) för den egna kommunen, Norsjö kommun, Malå kommun, Västerbottensteatern, Skellefteå museum, Fastighets Polaris och Skelleftebuss. I förfrågningsunderlagets bilaga Upphandlingens föreskifter anges att Norsjö kommun och Malå kommun tecknar egna avtal med leverantör. Upphandlingen är indelad i sju olika prisgrupper. Efter att tilldelningsbeslut tagits har Kommunen den 26 maj 2016 beslutat att avbryta upphandlingen avseende prisgrupp 1, Arbetskläder.

Grolls AB (Grolls) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av Kommunens beslut att avbryta upphandlingen. Grolls yrkar att Kommunens beslut ogiltigförklaras och att utvärdering sker i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget samt att Grolls, så som högst rankad anbudsgivare med rent anbud, tilldelas upphandlingens kontrakt.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och bestrider Grolls yrkanden.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Grolls anför bl.a. följande.

Grolls har avgett ett rent anbud i Upphandlingen. Procurator AB:s anbud innehåller brister vilka i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens innebär en ovillkorlig skyldighet för Kommunen att diskvalificera anbudet. Grolls skulle då rätteligen ha tilldelats Upphandlingens kontrakt.

Av det första tilldelningsbeslutet i Upphandlingen framgick att Procurator AB kommit på första plats och tilldelats kontraktet i Upphandlingen samt att Grolls kommit på andra plats. Vid genomgång av Procurator AB:s anbud upptäcktes brister i 47 av de offererade artiklarna. Grolls påpekade bristerna

för Kommunen som därpå beslutade att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det uppgivna skälet för beslutet var såvitt Grolls förstår att Kommunen ansåg att anbuderna var olämpliga jämlikt 4 kap. 5 § 1 LOU. Grolls har inte "accepterat" detta beslut. Kommunen meddelade därefter att Upphandlingen avbrutits.

Gemensamt för rättspraxis från såväl EU-domstolen som svenska domstolar är att legitima skäl för att avbryta en upphandling föreligger då så är påkallat av affärsmässiga skäl och vidare att fullföljandet av upphandlingen skulle leda till ett resultat som inte är förenligt med LOU. I förhållande till sakliga skäl för avbrytande ligger att avbrytande inte kan ske efter den upphandlande myndighetens godtycke.

I nuvarande fall har Kommunens beslut att avbryta Upphandlingen inte motiverats utöver skrivningen att det beror "*På grund av uppdagade fel i förfrågningsunderlaget och upphandlingsförfarandet*". Kommunen gör således, som Grolls förstår det, gällande två grunder för avbrytandebeslutet: a) fel i förfrågningsunderlaget och b) fel i upphandlingsförfarandet. Vilka fel i förfrågningsunderlaget respektive upphandlingsförfarandet som görs gällande framgår således inte. Genom Kommunens felaktiga agerande har Grolls lidit skada.

Fel i förfrågningsunderlaget

Det krävs för avbrytande på den grund att det varit fel i förfrågningsunderlaget att det handlar om betydande fel av affärsmässig avgörande betydelse som resulterar i ett för myndigheten mycket otillfredsställande kontrakt.

Felet i förfrågningsunderlaget består enligt Kommunen av följande text.
"*Offererade artiklar som inte uppfyller kraven och referensgruppen inte*

godkänner kommer att strykas. Innan ett eventuellt avtalstecknande ska annan motsvarande artikel offereras och accepteras av kommunen”.

Grolls ställer sig frågande till relevansen av detta innehåll så som utgörandes skäl för avbrytande i nuvarande Upphandling. Grolls anser förvisso att den aktuella texten är olämplig i ett förfrågningsunderlag i en offentlig upphandling eftersom den skulle kunna utgöra en risk för ett agerande som kan bryta mot upphandlingslagstiftningen. I Upphandlingen har den aktuella skrivningen dock inte fått någon betydelse då den inte tillämpats eller ens varit aktuell att tillämpa. Felet har således inte haft någon betydelse i Upphandlingen.

Fel i upphandlingsförfarandet

Kommunen har förvisso agerat felaktigt då Kommunen övergick till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Kommunens felaktiga agerande kan emellertid inte anses utgöra sakligt skäl för avbrytande, då det skulle innebära att Kommunen genom att agera felaktigt undgår skyldighet att agera korrekt genom att hänvisa till sitt eget felaktiga agerande. Kommunen saknar lagligt stöd att utifrån den olämpliga texten bedöma samtliga anbud som olämpliga. Ett anbud kan aldrig vara olämpligt på grund av ett fel i förfrågningsunderlaget, i synnerhet inte om felet inte tillämpats eller fått någon effekt i nuvarande Upphandling.

Kommunen anför bl.a. följande.

En upphandlande myndighets möjlighet att avbryta en påbörjad upphandling har fastslagits i både svensk och europeisk rättspraxis. En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra både när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en upphandling behöver avbrytas. Kommunen har inte brutit mot någon av LOU:s grundläggande principer i avbrytandet av Upphandlingen.

Fel i förfrågningsunderlaget

I Upphandlingen anges att en prisgrupp måste vara fullständigt ifylld för att anbudet ska vara giltigt, vilket innebär att samtliga positioner ska vara offererade. I fliken "Information" i bilaga Anbudsspecifikation anges en förtydligande information till anbudsgivare om hur underlaget ska tolkas samt vilka ytterligare förutsättningar som gäller för anbud och utgör på så sätt en del av Upphandlingen. I informationen anges att "*Offererade artiklar som inte uppfyller kraven och referensgruppen inte godkänner kommer att strykas. Innan ett eventuellt avtalstecknande ska annan motsvarande artikel offereras och accepteras av kommunen*".

Med anledning av instruktionen för att lämna anbud förefaller samtliga inkomna anbud vara giltiga enbart om prisgruppen är fullständigt ifylld och inte på grundval av det faktiska innehållet i anbudet. Vidare utgör informationen till anbudsgivare ett hinder för att utvärdera anbuden på ett korrekt och rättvisande sätt eftersom skrivningen medger till att anbudsgivare kompletterar sitt anbud. Informationen till anbudsgivare har den effekten att anbuden inte kan utvärderas på ett affärsmässigt sätt som säkerställer att Kommunen får ett vinnande anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Därtill resulterar informationen i att det i samband med utvärderingen inte kan säkerställas att anbuden utvärderas på ett korrekt, förutsägbart, likabehandlande och transparent sätt. Informationen skulle riskera att bryta mot grundläggande upphandlingsprinciper, vilket bör utgöra ett fel i förfrågningsunderlaget som i sig föranleder avbrytande av Upphandlingen. Formuleringen utgör ett sakligt skäl för att avbryta förhandlingen.

Fel i upphandlingsförfarandet

Kommunen genomförde i Upphandlingen en övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5 § LOU med anledning av att anbuden inte kunde utvärderas på ett korrekt och likabehandlande sätt. Samtliga anbud bedömdes av Kommunen som olämpliga då formuleringen i

information till anbudsgivare inte möjliggör förkastande av anbud med anledning av att kraven i varukorgsspecifikationen inte uppfylls, utan att anbuden innehåller ett olämpligt alternativt utförande. Övergången till förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomfördes dock på ett felaktigt sätt, då Kommunen inte avbröt Upphandlingen i öppet förfarande i upphandlingsstödet E-avrop och Tenders Electronic Daily (TED-databasen). Förhandling har på så sätt skett i öppet förfarande, vilket föranleder avbrytande av Upphandlingen.

TILLÄMPLIG BESTÄMMELSE

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).

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Av EU-domstolens praxis följer 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 myndigheten måste när den fattar ett sådant beslut iaktta de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om bl.a. likabehandling, transparens och icke-diskriminering.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Kommunen har iakttagit grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling, när beslutet om avbrytande tagits den 26 maj 2016. Kommunen måste ha presenterat sakliga skäl för beslutet om avbrytande. Bevisbördan för att sakliga skäl har förelegat ligger på Kommunen. Kommunen har i sitt beslut framfört att

grunden för avbrytande varit att det uppdagats fel i förfrågningsunderlaget och upphandlingsförfarandet.

Kommunen har anfört att i det till förfrågningsunderlaget kopplade *Information till anbudsgivare* funnits en skrivelse (se ovan under Parternas anföranden) som innebär att samtliga anbudsgivare som lämnat en fullständigt ifylld prisgrupp lämnat ett giltigt anbud, oavsett innehåll. Skrivningen medför, enligt Kommunen, att anbudsgivaren ges möjlighet att komplettera sitt anbud vilket inte säkerställer att Kommunen kan välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen anser även att utvärderingen inte kan säkerställa att anbuden utvärderas på ett korrekt, förutsägbart, likabehandlande och transparent sätt. Grolls ifrågasätter inte att skrivningen är olämplig, men menar att den inte fått någon reell innebörd, och att sakligt skäl för avbrytande saknas.

EU-domstolen har i mål C-244/02 Kauppatalo funnit att en upphandlande myndighet som påbörjat ett anbudsförfarande på grundval av kriteriet lägsta pris kan avbryta detta förfarande utan att tilldela något kontrakt när myndigheten, efter att ha bedömt och jämfört anbuden, inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen har även anfört att Kommunen inte uppfyllt de formella förutsättningarna för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Grolls har inte motsatt sig detta, men menar att Kommunens felaktiga agerande inte utgör sakligt skäl för avbrytande.

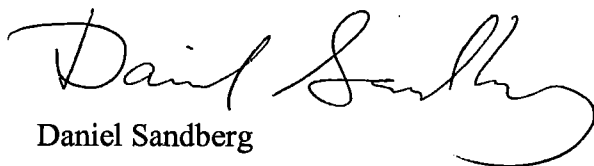
Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta vad Kommunen anfört om att den aktuella skrivningen i *Information till anbudsgivare* inte sä-

kerställer för Kommunen att kunna välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därtill instämmer förvaltningsrätten i Kommunens bedömning att det vid en utvärdering inte kan säkerställas att anbuden utvärderas på ett korrekt, förutsägbart, likabehandlande och transparent sätt. Förfrågningsunderlaget är behäftat med sådana brister i bl.a. transparens att det inte uppfyllt de krav som ställs upp i LOU (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 september 2010 i mål nr 1427-10). På grund av dessa brister beslutade Kommunen att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Redan vid denna tidpunkt måste Kommunens uppfattning därmed varit att anbuden som redan varit inkomna inte kunnat utvärderas på sådant sätt som krävs enligt LOU. Kommunen har dock inte uppfyllt de formella förutsättningarna att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering, vilket framstår som ostridigt. Trots att det i detta senare skede varit Kommunen som agerat felaktigt, är omständigheterna fortfarande sådana att det varit fel i förfrågningsunderlaget och i upphandlingsförfarandet.

Mot bakgrund av ovanstående är förvaltningsrättens sammantagna bedömning att sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen får anses föreliggande. Vid sådant förhållande och då det inte heller framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när ska Grolls ansökan avslås.

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



Daniel Sandberg

Förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.

