



KLAGANDE

Fast Entreprenad Bygg AB, 556690-2028

Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1214
251 12 Helsingborg

MOTPART

Halmstads Fastighets AB, 556041-1786
Box 147
301 04 Halmstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 30 juli 2015 i mål nr 4912-15, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015 -12- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Fast Entreprenad Bygg AB yrkar att kammarrätten upphäver beslutet att avbryta upphandlingen och anför följande. Förvaltningsrätten har prövat en invändning som inte framställts av Halmstads Fastighets AB, nedan HFAB, ifråga om förekomsten och tolkning av AFB.17 som innehåller en

standardiserad skrivning om att upphandlingen inte kommer att genomföras om inte de ekonomiska ramarna hålls. Förvaltningsrätten har även tolkat skrivningen som ett skallkrav, vilket är felaktigt. Skrivningen återfinns i princip i varje förfrågningsunderlag och syftar till att en upphandlare ska beredas en möjlighet att avbryta en upphandling om samtliga anbud är för höga. Däremot syftar den inte till att en upphandlare ska kunna diskvalificera enskilda anbud. Att tillåta en upphandlare att plocka bort oönskade anbud och därmed skapa en eftersträvansvärd situation inför utvärderingen strider mot principen om likabehandling och förutsebarhet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad målet gäller

Frågan i målet är om det finns sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen med hänsyn till bristande konkurrens efter att endast två anbud har lämnats.

Rättslig reglering

I lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, nedan direktivet, saknas specifika bestämmelser om återkallelse av anbudsfordringar och avbrytande av upphandling.

En upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad efter vad som följer av EU-domstolens praxis.

I målet C-92/00, HI (REG 2002 s. I-5553) anförde EU-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, Fracasso och Leitschutz (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).

I Fracasso och Leitschutz hade den upphandlande enheten vid prövningen av ställda krav ansett att endast en anbudsgivare var lämpad att delta i anbudsförfarandet och därför avbrutit upphandlingen. Frågan som ställdes till domstolen var om myndigheten är skyldig att tilldela kontraktet till den enda anbudsgivare som har ansetts lämpad att delta i förfarandet.

EU-domstolen erinrade om syftet med direktivet (93/37/EEC) att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling (punkt 26). Vissa bestämmelser i direktivet har även uttryckligen detta syfte. Vid selektivt förfarande ska under alla omständigheter antalet kandidater som tillåts lämna ett anbud vara tillräckligt för att garantera en verklig konkurrens och vid ett förhandlat förfarande får antalet kandidater som tillåts delta i förhandlingen inte understiga tre (punkt 27–28).

EU-domstolen anförde vidare att för att uppfylla syftet att utveckla en effektiv konkurrens inom området för offentlig upphandling avser direktivet att organisera tilldelningen av kontrakt på sådant sätt att den upphandlande myndigheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier (punkt 31). Domstolen drog slutsatsen att när det endast kvarstår ett anbud kan den upphandlande myndigheten inte jämföra priser eller andra kännetecken hos olika anbud och är därför inte skyldig att tilldela kontraktet den ende anbudsgivare som har ansetts lämpad att delta i förfarandet (punkt 32–33).

I målet C-138/08, Hochtief–Linde, upprepade EU-domstolen direktivets syfte att utveckla en effektiv konkurrens. Tvisten vid den nationella domstolen rörde ett förhandlat förfarande inom ramen för en offentlig upphandling av byggtreprenader. Det upphandlade beloppet översteg gemenskapströskelvärdet. Entreprenörer ombads att komma in med intresseanmälningar och mellan tre och fem anbudssökande skulle kunna komma att uppmanas till anbudslämnande. Fem anbudssökande anmälde sig och den upphandlade enheten beslutade att fortsätta handläggningen av förfarandet med de två anbudssökande som bedömts vara lämpliga.

EU-domstolen uttalade att även om kravet som återfinns för selektivt förfarande angående att antalet uppmanade sökande måste vara tillräckligt för att garantera en verklig konkurrens inte återfinns beträffande förhandlade förfaranden, så är den upphandlade myndigheten likväl förpliktad att garantera verklig konkurrens (punkt 50). Frågan om ett tillräckligt antal anbudssökande har bjudits in för att garantera verklig konkurrens ska avgöras utifrån vad som kännetecknar upphandlingen och vad det är som upphandlas (punkt 52).

Direktivets bestämmelser om minsta antal anbudssökande vid selektivt och förhandlat förfarande för att uppnå effektiv konkurrens motsvaras av 11 kap. 4 § LOU.

Kammarrättens bedömning

Det finns inte någon entydlig eller klar praxis i frågan om vad som kan anses utgöra sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. Av praxis följer att när endast en lämplig anbudsgivare återstår efter kvalificeringsfasen föreligger som regel godtagbara skäl att avbryta upphandlingen, jfr RÅ 2008 ref. 35. I det aktuella målet har två anbudsgivare kvalificerat sig till utvärderingsfasen.

Som ovan nämnts har EU-domstolen vid ett flertal tillfällen klargjort att ett av syftena med direktivet om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling är att utveckla och garantera verklig konkurrens. Vissa bestämmelser innehåller även uttryckligen detta syfte, se 11 kap. 4 § LOU. I bestämmelsen anges att antalet anbudssökande ska vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska kunna uppnås, minst fem vid selektivt förfarande och minst tre vid förhandlat förfarande med föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog.

Även om det inte i förevarande mål är fråga om vare sig selektivt eller förhandlat förfarande kan en jämförelse göras mellan vad som anses vara tillräcklig konkurrens i dessa förfaranden och när det föreligger sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling på grund av bristande konkurrens. Vid bedömningen bör även beaktas vad som kännetecknar upphandlingen och vad det är som upphandlas.

HFAB har uppgett att två tidigare upphandlingar av liknande slag har renderat i fyra inlämnade anbud. HFAB anser därmed att det är ett misslyckande ur konkurrenssynpunkt att upphandlingen endast attraherat två anbud och att det inte kan uteslutas att yttre faktorer, såsom annonsering vid fel tidpunkt relativt med andra för marknaden mer intressanta uppdragstillfällen, har haft betydelse för antalet inkomna anbud. Upphandlingen har, enligt HFAB, inte lyckats tillvarata befintlig konkurrens och anskaffningen bör föregås av en mer effektiv konkurrensutsättning.

Att en upphandlande enhet vid utvärderingen upptäcker att man inte lyckats uppnå en effektiv konkurrens och därför vill göra om upphandlingen är ett syfte som får anses vara väl överensstämmande med direktivets.


Med hänsyn till objektet som upphandlas saknas skäl att ifrågasätta HFAB:s bedömning att antalet inlämnade anbud inte representerar konkurrensen på marknaden och att man hade kunnat förvänta sig fler än två anbud.

Mot bakgrund av det anförda och vad HFAB anført om marknaden som råder för den aktuella upphandlingen anser kammarrätten att HFAB har visat sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen när endast två anbud kommit in.


Det har inte heller i övrigt kommit fram att beslutet att avbryta upphandlingen fattats i strid med någon av de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

Beslutet att meddela prövningstillstånd får inte överklagas.


HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt, se bilaga B (formulär 1).



Petter Classon



Birgitta Henriksson
referent



Shahrzad Kahimi



Alicia Westman
/Alicia Westman



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2015-07-30
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4912-15

Abt
Sida 1 (8)

Bilaga A

SÖKANDE

Fast Entreprenad Bygg AB, 556690-2028
Hallandsvägen 38
269 36 Båstad

Ombud: Advokat Henrik Willquist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1214
251 12 Helsingborg

MOTPART

Halmstads Fastighetsaktiebolag, 556041-1786
Box 147
301 04 Halmstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 350508

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

BAKGRUND

Halmstads Fastighetsaktiebolag (HFAB) har genomfört upphandlingen Kv. Sten 8:28, Halmstad, Takunderhåll, dnr HFAB 2015/0063.

Den 7 maj 2015 har HFAB meddelat att upphandlingen avbryts och framfört bl.a. följande. Vid anbudstidens utgång har det kommit in två anbud, varav det ena från Fast Entreprenad Bygg AB (Fast). Den andra leverantörens anbud håller sig inte inom HFABs budgeterade ramar, vilket innebär att anbudet förkastas. Då det således vid utvärderingen enbart återstår ett anbud väljer HFAB att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens.

YRKANDEN M.M.

Fast yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara beslutet att avbryta upphandlingen och bestämma att Fast ska tilldelas kontraktet. Fast anför i huvudsak följande. HFAB har i strid med LOU uteslutit den andra anbudsgivarens anbud med hänvisning till att anbudspriset är för högt. I förfrågningsunderlaget anges inte att anbud inte får överstiga en viss summa. Det finns varken i LOU, praxis eller doktrinen någon grund för att utesluta en enskild anbudsgivare på grund av för högt anbudspris. Tvärtom blir konsekvensen av ett för högt anbudspris att det blir svårt att vinna en upphandling. För att avbryta en upphandling på den aktuella grunden krävs att samtliga anbud överstiger den aktuella budgeten, men det har Fasts anbud inte gjort. HFAB har således blandat samman å ena sidan grunderna för uteslutning av leverantör och å andra sidan avbrytande av upphandling. HFAB har påstått att det finns sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling trots att det finns flera anbud att utvärdera. Om det vid en upphandling endast återstår ett anbud kan det finnas saklig grund för avbrytande, men inte när det återstår två anbud. Skälet för att det krävs sak-

ligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling är att skydda anbudsgivarna mot godtycke. Anbudsgivare lägger ned omfattande resurser på att lägga anbud och har rätt att åtminstone få sitt anbud prövat.

Vidare är den aktuella upphandlingen en i raden där anbudsgivarna har blivit allt färre. Fast och den andra leverantören har under många år lämnat anbud i samma upphandlingar. Det kan ha varit så att HFAB har tagit ovidkommande hänsyn, som har samband med ett annat avtal, i beslutet att avbryta upphandlingen.

Fasts anbud har utvärderats som det vinnande anbudet. Om upphandlingen inte avbrutits skulle Fast ha tilldelats kontraktet. Fast lider eller riskerar att lida skada av beslutet att avbryta upphandlingen.

HFAB anser att Fasts ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Det förhållandet att endast två anbud kommit in innebär att det funnits godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristfälligt konkurrensutnyttjande. Av praxis framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en inledd upphandling och att rätten att välja att avbryta en upphandling inte är förbehållen undantagssituationer (se bl.a. EU-domstolens avgörande C-27/98, *Fracasso och Leitschutz*). En upphandlande myndighet har ett stort bedömningsutrymme när det gäller att avbryta en upphandling. Den omständigheten att en upphandling inte förmått utnyttja marknadens konkurrens på ett effektivt sätt utgör godtagbart skäl för valet att inte fullfölja en upphandling.

HFAB bedömer att en upphandling med det nu aktuella kontraktsföremålet under normala förhållanden ska locka fler än två anbudsgivare. Vid två tidigare upphandlingar av liknande karaktär som HFAB genomfört 2014-2015 kom fyra anbud in, vilket framgår av bilagda anbudsprotokoll (dnr HFAB 2014/0040 och HFAB 2015/0041).

Huruvida två inkomna anbud är tillräckligt för att konkurrensutnyttjandet ska anses tillräckligt effektivt måste prövas i varje fall för sig. Upphandlingsregelverket föreskriver i andra sammanhang att antalet anbud, för att uppnå effektiv konkurrens ska vara minst tre till fem (se 11 kap. 4 § LOU, jfr även EU-domstolens hänvisning till detta i C-27/98, Fracasso och Leitschutz, p. 26-28). Det måste betraktas som ett misslyckande ur konkurrenssynpunkt att en upphandling endast attraherar två anbud, då den nu aktuella marknaden kännetecknas av ett förhållandevis stort och mångfacetterat konkurrenstryck med många aktörer av varierande storlek. Det kan bero på förfrågningsunderlagets utformning, eller yttre faktorer såsom tidpunkten för annonseringen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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).

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 (9 kap. 9 § andra stycket LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande enhet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling. Ett sådant beslut måste dock följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (C-92/00, HI, REG 2002 a. I-05553 punkt 41 och 47). EU-domstolen har vidare uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschultz punkt 23 och 25).

Utgångspunkten är därmed att en upphandlande enhet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas, även om möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad enligt ovan. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref. 43).

Bland skäl som i praxis har ansetts vara sakligt godtagbara kan bl.a. nämnas omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (jfr C-27/98, Fracasso och Leitschutz samt RÅ 2008 ref. 35), att en upphandlande enhet efter att ha bedömt anbuden inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget inte har möjlighet att välja det bästa anbudet (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel) och för dyra anbud (jfr RÅ 2009 ref. 43).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör be-

gränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen

Av Förfrågningsunderlag, Administrativa föreskrifter den 6 mars 2015 framgår bl.a. följande.

AFB.11 Upphandlingsförfarande
Förenklad upphandling.

AFB.17 Förutsättningar för upphandlingens genomförande
Entreprenaden kommer att upphandlas under följande förutsättningar:
- Att beställarens ekonomiska ramar hålles.

Innan avtal tecknas med entreprenören ska denna kunna visa att företaget uppfyller sina skyldigheter gentemot samhället och bl.a. inbetalar skatter och avgifter m.m. Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta samtliga anbud samt inte avropa option.

AFB.5 Anbudsprövning
Beställaren förbehåller sig rätten att förkasta anbud.

AFB.53 Prövning av anbud

Det anbud som uppfyller samtliga ska-krav samt har lägst pris kommer att antas.

Förvaltningsrättens avgörande

Frågan i målet är om det funnits sakligt godtagbara skäl för HFAB att avbryta upphandlingen och om det beslutet i övrigt står i överensstämmelse med de grundläggande unionsrättsliga bestämmelser och principer som råder inom området för offentlig upphandling.

Av praxis (RÅ 2005 ref. 62) och lag (16 kap. 12 § LOU) följer att allmän förvaltningsdomstol kan överpröva beslut om att avbryta en upphandling.

En upphandlande myndighet kan avbryta en upphandling fram till dess att ett kontrakt föreligger. En förutsättning för ett sådant beslut är att det är sakligt

grundat. Anbudsgivaren ska skriftligen underrättas om beslutet och om skälen för detta. En sådan underrättelse har lämnats av HFAB.

HFAB har avbrutit upphandlingen med hänvisning till att det varit fråga om bristande konkurrens, eftersom endast två anbud lämnats och endast Fasts anbud återstod efter att det andra anbudet uteslutits då det bedömts överskrida HFABs budget för upphandlingen. HFAB har därefter även anfört att redan det förhållandet att endast två anbud kommit in i sig innebär att det varit fråga om bristande konkurrens och att det därför funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Fast har bland annat anfört att det inte finns något krav i förfrågningsunderlaget på att anbud inte får överstiga en viss summa. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att det i de administrativa föreskrifterna, AFB.17 Förutsättningarna för upphandlingens genomförande, anges bl.a. att entreprenaden kommer att upphandlas under förutsättningen att beställarens ekonomiska ramar hålls. Fast inte har bestridit HFABs uppgift om att den andra anbudsgivarens anbud överskridit HFABs budget och det har inte heller kommit fram skäl för att ifrågasätta HFABs bedömning i denna del (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 mars 2014 i mål nr 7224-13). Därmed bedömer förvaltningsrätten att HFAB haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen på grund av dels att det anbud som en annan leverantör än Fast lämnat överskridit budget (jfr bl.a. RÅ 2009 ref. 43), dels att endast ett, nämligen Fasts, anbud därmed återstod (jfr bl.a. RÅ 2008 ref. 35). Det har inte heller kommit fram att de grundläggande principerna i unionsrätten trätts för när.

HFAB har således haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Fasts ansökan ska därför avslås.

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



Silja Klint

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Åsa Wallin.