



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-07-09
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 10431--10433-17

SÖKANDE

Folkets Bygg HB, 969745-2739
 Sallerupsvägen 92
 212 28 Malmö

Ombud: advokaten Kristoffer Ståhl
 Advokatfirman Kristoffer Ståhl AB
 Malmöhusvägen 1
 211 18 Malmö

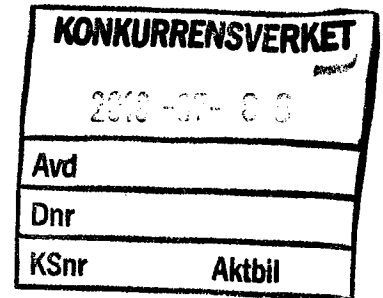
MOTPART

MKB Fastighets AB, 556049-1432
 Box 50405
 202 14 Malmö

Ombud: advokaten Annika Andersson och jur. kand. Hanna Wackå
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten, som lämnar Folkets Bygg HB:s yrkande om editionsföreläggande utan bifall, avslår Folkets Bygg HB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 430060

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

MKB Fastighets AB (MKB) genomför upphandlingarna Totalentreprenad takbyte, installation av F-fläktar samt byte av stigarledningar inom Lange-land 3 i Malmö (mål nr 10431-17), Totalentreprenad Persborg takomläggning etapp 5 inom Persborg 12 och 13 i Malmö (mål nr 10432-17) samt Totalentreprenad fönsterbyte och omfogning av fasad inom Värjan 7 i Malmö (mål nr 10433-17). Upphandlingarna genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

MKB har den 19 september 2017 beslutat att avbryta samtliga upphandlingar och har som skäl härför angivit att samtliga inkomna anbud överstiger budgeten för respektive projekt.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Folkets Bygg HB (Folkets Bygg) ansöker om överprövning av upphandlingarna och yrkar att avbrytandebesluten ska ogiltigförklaras. Vidare yrkar bolaget med stöd av 38 kap. 8 § rättegångsbalken att förvaltningsrätten ska förelägga MKB att till domstolen ge in de budgetbeslut som avser upphandlingarna (edition), eller i vart fall hämta in besluten inom ramen för sin utredningsskyldighet.

Som grund för sin talan anför Folkets Bygg bl.a. följande. För att en upphandlande myndighet ska ha rätt att avbryta en upphandling krävs att beslutet om avbrytande grundas på sakligt godtagbara skäl och inte är godtyckligt. Vidare får inte de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna åsidosättas. Ett sakligt godtagbart skäl kan vara att de anbud som kommit in överstiger myndighetens budget för upphandlingsföremålet. För att ett budgetöverskridande ska utgöra ett sådant sakligt godtagbart skäl för avbrytande krävs dock att det faktiskt rör sig om att budgeten skulle överskridas

om det mest fördelaktiga anbudet antogs. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande är för handen.

I de nu aktuella upphandlingarna saknas *sakligt godtagbara skäl för avbrytande* eftersom inte samtliga anbud överstiger budget för respektive upphandling. Även om det skulle vara så har besluten att avbryta upphandlingarna varit godtyckliga. Folkets Bygg har lämnat konkurrenskraftiga anbud och det är troligt att de vid utvärdering skulle visa sig vara de ekonomiskt mest fördelaktiga. Folkets Bygg riskerar därför att lida skada eftersom bolaget inte längre har möjlighet att tilldelas kontrakten.

Folkets Bygg har tagit del av en annan leverantörs begäran om att få del av det budgetbeslut som tagits inför respektive upphandling men som MKB avslagit med hänvisning till att det råder sekretess för uppgifterna. Högsta förvaltningsdomstolen har i en dom fäst avgörande vikt vid att det var utrett i det målet att de anbud som återstod i upphandlingen var högre än vad upphandlande myndighets budget tillät och att tjänsten visade sig vara dyrare än vad myndigheten haft anledning att räkna med (RÅ 2009 ref. 43). I de nu aktuella upphandlingarna har MKB inte visat vilken budget man haft att förhålla sig till och det har inte heller varit möjligt för anbudsgivarna att få del av budgeten inför upphandlingarna. MKB har inte visat att inkomna anbud strider mot budgeten för projekten. Folkets Bygg ifrågasätter om det över huvud taget finns någon beslutad budget för projekten.

Utifrån MKB:s agerande ligger det nära till hands att misstänka att avbrytandebesluten egentligen grundas på att ”fel” anbudsgivare har lämnat de mest fördelaktiga anbuden i upphandlingarna. Det finns starka indikationer på att MKB inte önskar att Folkets Bygg ska vinna någon upphandling eftersom MKB gett Folkets Bygg tillfälle att yttra sig över omständigheter som utgör skäl för uteslutning. Folkets Bygg skulle vidare vunnit upphand-

lingarna med sådana marginaler till övriga anbudsgivare att även det starkt talar för att Folkets Bygg inte har överskridit någon budget. Principen om genomsyn ska tillämpas i mål om upphandling vilket i nu aktuellt fall innebär att domstolen ska se förbi MKB:s allmänna påstående om överskridande av budget. Avbrytandebesluten ska därför upphävas.

Enligt 20 § förvaltningsprocesslagen ska skriftlig handling som åberopas som bevis tillställas rätten utan dröjsmål. I 38 kap. 8 § rättegångsbalken anges att rätten får förordna att en allmän handling, som kan antas äga betydelse som bevis, ska tillhandahållas. Budgetbesluten är av avgörande betydelse som bevis för att MKB saknat sakligt godtagbara skäl för avbrytandebesluten.

Det intyg som MKB har givit in och som undertecknats av administrativ chef och juridisk samordnare visar varken prisnivån på inkomna anbud eller vilken budget MKB haft för de tre upphandlingarna. Intyget kan inte heller tillmätas något större bevisvärde eftersom det utfärdats av personer som är anställda av MKB.

Om rätten inte bifaller editionsyrkandet ska i vart fall rättens utrednings- skyldighet anses omfatta att begära in budgetbesluten av MKB i enlighet med 8 § förvaltningsprocesslagen.

Det saknas i vart fall sakligt godtagbara skäl för *avbrytande av Persborgsupphandlingen*. MKB har vid två tidigare tillfällen, i mars respektive april 2017, genomfört förnyade konkurrensutsättningar avseende detta projekt inom ramen för tidigare upphandlat ramavtal och avbrutit båda förfarandena. Skälet för avbrytandet vid det första tillfället var överskridande av budget. Efter att ett identiskt underlag skickats ut på nytt avbröts den förnyade konkurrensutsättningen av oklar anledning.

MKB:s agerande är inte förenligt med syftena bakom LOU. Redan vid det första tillfället borde MKB ha tagit ställning till rimligheten i den uppsatta budgeten. I vart fall borde det efter den andra konkurrensutsättningen ha stått klart för MKB att man hade anledning att förvänta sig anbud på den prisnivå som kom in i Persborgsupphandlingen. När en myndighet för tredje gången fattar beslut om att avbryta en upphandling med hänvisning till överskriden budget kan detta skäl inte längre anses vara sakligt godtagbart. Det är också svårt att förstå att MKB avser att annonsera ut projektet på nytt, vilket anges i avbrytandebesluten. Det vore rättsosäkert och dessutom skadligt för konkurrensen på marknaden om en upphandlande myndighet medgavs rätt att gång på gång avbryta en upphandling trots att föremålet för upphandlingen i stort kvarstår oförändrat och flera konkurrenskraftiga anbud inkommit.

MKB bestrider bifall till ansökan och till yrkandet om edition eller inhämtande av budgetbesluten inom ramen för domstolens utredningsskyldighet samt anför i huvudsak följande.

MKB har avbrutit upphandlingarna i enlighet med LOU och förfrågningsunderlagen eftersom inkomna anbud överstiger budgeten för projekten. Av praxis framgår att ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling är om budget för projektet kommer att överskridas om anbud antas. Detta särskilt om upphandlande myndighet uttryckligen i förfrågningsunderlag angett att upphandlingen kan komma att avbrytas om inkomna anbud överstiger beställarens budget. Förfrågningsunderlagen för upphandlingarna innehåller sådan upplysning. Folkets Bygg har inte lidit och kan inte komma att lida någon skada av avbrytandebesluten. En eventuell brist i avbrytandet av upphandlingarna är i var fall inte av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 20 kap. LOU är motiverad.

Det har inte varit möjligt för Folkets Bygg att få del av budgeten inför projekten då sekretess gäller för sådan information. Dock framgår det av ett intyg utfärdat av administrativ chef och juridisk samordnare vid MKB att offererade anbudssummor i upphandlingarna medför att budgeten för projekten inte kan hållas. Budgetbesluten har inte betydelse som bevis. Enligt 38 kap. 8 § rättegångsbalken krävs synnerlig anledning för editionsföreläggande om företeende av handlingen skulle innebära att yrkeshemlighet uppenbaras. Med hänsyn till att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål och budgetbesluten inte behövs för en effektiv överprövning är förvaltningsrätten inte heller skyldig att inhämta besluten inom ramen för sitt utredningsansvar.

I vart fall ska inte Folkets Bygg få ta del av budgetbesluten eftersom det skulle vara hämnade för konkurrensen och även styrande för nivån på anbuderna i kommande upphandlingar. Vidare kan MKB lida skada om potentiella anbudsgivare får uppgifter om hur MKB beräknar budget inför kommande projekt.

Det framgår av praxis att alltför höga prisnivåer och ekonomiska skäl måste kunna utgöra sakliga skäl för att avbryta en upphandling. Det är inte heller rimligt att kräva att upphandlande myndighet uttryckligen i förfrågningsunderlag eller därefter i avbrytandebeslut anger budgetramen för upphandlingen eftersom detta inte kan anses förenligt med syftet med upphandlingsförfarandet då upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt. Det syftet skulle omintetgöras om budget och högsta möjliga prisram var kända för anbudsgivarna. Det framgår inte av praxis att upphandlande myndighet måste presentera budget vid avbrytande av upphandling, utan vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalar är att det i det aktuella målet fanns tillfredsställande utredning (RÅ 2009 ref. 43). Upphandlingarna har visat sig vara dyrare än

vad MKB haft anledning att räkna med och avbrytandet av upphandlingarna har därför vilat på sakligt godtagbara skäl.

MKB har, avseende de arbeten som omfattas av *Persborgsupphandlingen*, tidigare genomfört förnyad konkurrensutsättning inom ramen för ett upphandlat ramavtal för tätskikt. Inkomna anbud översteg budgeten och när MKB ringde runt till dem som lämnat anbud för att informera om att upphandlingen avbrutits kom det fram att anledningen till de höga anbudspriserna bl.a. var att entreprenadtiden var för kort. När MKB genomförde en förnyad konkurrensutsättning inom ramen för det upphandlande ramavtalet justerades därför entreprenadtiden. Inkomna anbud översteg emellertid fortfarande MKB:s budget för projektet och upphandlingen avbröts. MKB beslutade därför att genomföra nu aktuell upphandling och att rikta sig till hela markanden och inte enbart till de upphandlade ramavtalsleverantörerna i poolen. Underlaget reviderades för att öka konkurrensen och därmed få in anbud med lägre anbudspriser.

Upphandlingen avser den sista etappen av arbeten på Persborg. MKB har tidigare genomfört upphandlingar av fyra etapper som avsett motsvarande arbeten. MKB har därför haft mycket god kännedom om vad den här typen av arbeten ska kosta och budgeterat därefter. De förnyade konkurrensutsättningarna och upphandlingen har därför, vid alla tre tillfällena, visat sig vara dyrare än vad MKB haft anledning att räkna med. Avbrytandet har därför vilat på sakligt godtagbara skäl.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller

någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som har lidit eller kunnat komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap.1 § 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten tar först ställning till om MKB haft rätt att avbryta de aktuella upphandlingarna. I samtliga fall har det skäl som MKB angivit varit att lämnade anbud har överstigit budgeten för respektive projekt.

Officialprincipen, dvs. rättens skyldighet enligt 8 § förvaltningsprocesslagen att se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver, ska tillämpas med försiktighet i mål om offentlig upphandling eftersom de rör ekonomiska förhållanden mellan näringsidkare. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan. Om part utan framgång har begärt hos den upphandlande myndigheten att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten (se HFD 2015 ref. 55 och EU-domstolen i mål C-450/06, Varac).

Folkets Bygg hävdar att de skäl för avbrytande som MKB anger inte är korrekta utan godtyckliga och synes grunda den uppfattningen främst på att MKB övervägt att utesluta Folkets Bygg från upphandlingarna och att Perstorpsupphandlingen även tidigare avbrutits med hänvisning till att lämnade anbud överskrider budget.

Av praxis framgår att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling om det finns sakligt godtagbara skäl för det och den upphandlande myndigheten har iakttagit de grundläggande principerna som bär upp LOU. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling. Den omständigheten att samtliga anbud överskrider den upphandlande myndighetens budget anses utgöra godtagbara skäl att avbryta en upphandling.

I de administrativa föreskrifterna för de aktuella upphandlingarna anges att beställaren har rätt att avbryta upphandlingarna om det föreligger sakliga skäl för avbrytande, t.ex. att inkomna anbud inte ryms inom projektens budget (ABF.17). Folkets Bygg yrkar att förvaltningsrätten inom ramen för sin utredningsskyldighet ska begära in budgetbesluten. MKB har sekretessbelagt besluten med hänvisning till att upphandlingarna ska göras om och att de nya förfarandena bör genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. MKB gör gällande att det syftet skulle omintetgöras om uppgifterna om högsta möjliga pris var kända för tänkbara anbudsgivare. När annan anbudsgivare har begärt ut uppgifterna har Kammarrätten i Göteborg avslagit begäran. Folkets Bygg får därmed anses ha försökt få del av uppgifterna.

MBK har som bevisning i målen åberopat handlingar, utfärdade av administrativ chef och juridisk samordnare vid MKB, där dessa intygar att offererade anbudssummor i upphandlingarna medför att bolagets budget för projekten inte kan hållas, dvs. att samtliga anbud överstiger MKB:s budget

för respektive projekt. Det har inte kommit fram några omständigheter som ger anledning att ifrågasätta intygen som bevis eller uppgifterna i dem. Förvaltningsrätten finner därför, med beaktande av vad som sagts ovan om tillämpningen av officialprincipen i upphandlingsmål, att budgetbesluten inte behövs för att rätten ska kunna göra en effektiv överprövning av upphandlingarna.

Folkets Bygg yrkar även att MKB med stöd av reglerna om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken ska åläggas att lämna in budgetbesluten. Enligt nämnda lagrum får rätten besluta att allmän handling som kan antas ha betydelse som bevis ska tillhandahållas. Enligt andra stycket i paragrafen gäller undantag bl.a. för handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, om det inte finns synnerlig anledning. Med yrkeshemlighet avses information som en näringsidkare håller hemlig och vars röjande skulle vara ägnat att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende. Kammarrätten i Göteborg har i det ovan nämnda beslutet den 24 november 2017 avslagit överklagandet av MKB:s beslut att inte lämna ut budgetbesluten med motiveringen att MKB kunde antas lida skada om uppgifterna lämnades ut eftersom bolaget har för avsikt att annonsera ut upphandlingarna på nytt och att använda de efterfrågade uppgifterna i framtida upphandlingar. Mot bakgrund av vad som nu sagts är det förvaltningsrättens uppfattning att de aktuella uppgifterna utgör yrkeshemligheter som är undantagna från editionsplikt enligt 38 kap. 8 § andra stycket rättegångsbalken.

Förvaltningsrätten finner att MKB genom de åberopade intygen gjort sannolikt att samtliga anbud som lämnats i de aktuella upphandlingarna överstiger MKB:s budget för respektive projekt. Det har inte heller framkommit att de grundläggande principerna enligt LOU åsidosatts. MKB har därför haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna, i vart fall avseende projekten Langeland och Värjan.

Vad gäller projektet Persborg har MKB tidigare genomfört två förnyade konkurrensutsättningar. Bolaget har redogjort för förutsättningarna och resultatet av dessa och för de åtgärder som vidtagits för att på nytt kunna konkurrensutsätta projekten på marknaden. MKB har även uppgivit att bolaget budgeterat utifrån den kännedom bolaget har av motsvarande upphandlingar. Med hänsyn till vad som har kommit fram i den delen anser förvaltningsrätten att MKB även gjort sannolikt att bolaget haft sakligt godtagbara skäl att avbryta Persborgsupphandlingen.

Då sakligt godtagbara skäl föreligger för att avbryta samtliga upphandlingar ska Folkets Byggs ansökan om överprövning avslås.

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

Kerstin Hardgren

Maria Persson har föredragit målen.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

