



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2015-09-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14184-15

SÖKANDE

Becthel Entreprenad AB, 556931-6259

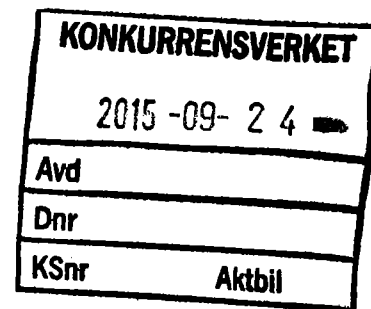
Ombud: Jur.kand. Viktor Isero
Advokatfirman Per Liljekvist & Partner
Holländargatan 20
111 60 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 639419

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför en upphandling med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) benämnd "Fisksätra holme – rekreation 2015" (NTN 2015/170-052). Kommunen meddelade den 21 maj 2015 tilldelningsbeslut av vilket framgår att kommunen avser att teckna avtal med Bechtel Entreprenad AB (Bechtel). Därefter meddelade kommunen Bechtel att kommunen återtagit tilldelningsbeslutet och beslutat att avbryta upphandlingen på grund av att anbudet ej ligger inom beslutad investeringsbudget.

Bechtel ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras samt att förvaltningsrätten ska förordna att kommunen slutför upphandlingen enligt tilldelningsbeslutet av den 21 maj 2015.

Kommunen anser att begäran om överprövning ska avslås och anför att kommunens avbrytande av upphandlingen grundas på sakliga skäl.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av dessa principer eller mot någon annan bestämmelse i LOU 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 § LOU).

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) uttalade i RÅ 2009 ref. 43 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. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid begränsad. Ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. HFD fann att det i det aktuella målet var tillfredsställande utrett att samtliga återstående anbud som den upphandlande kommunen hade att ta ställning till var högre än vad kommunens budget tillät. Tjänsten visade sig vara dyrare än vad kommunen hade haft anledning att räkna med.

HFD fann vidare i RÅ 2008 ref. 35, med hänvisning till EU-domstolens avgörande i mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz, att den omständigheten att endast en lämplig anbudsgivare återstår som regel får anses utgöra ett sakligt godtagbart skäl att avbryta upphandlingen.

Frågan i målet är om kommunen i den aktuella situationen kan anses ha haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen.

Kommunen anger som skäl för beslutet att avbryta upphandlingen att det tillägg som Bechtel har velat lägga till på offererat anbudspris vid kontraktgenomgången efter anbudstidens utgång innebär att anbudspriset överstiger den investeringsbudget som beslutats av tekniska nämnden. Kommunen anger vidare att ett andra skäl för att avbryta är bristande konkurrens då Bechtels anbud var det enda som kom in.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet är ostridigt att det pris för entreprenaden som var aktuellt inför avtalstecknandet var ett annat än det som Bechtel angav i sitt anbud i upphandlingen.

Becthel anför i huvudsak följande avseende det förändrade anbudspriset. Efter att tilldelningsbeslut meddelats den 21 maj 2015 hölls startmöte i projektet den 16 juni 2015 med representanter från kommunen och Becthel. Vid mötet nämndes ingenting om ekonomiska förutsättningar för entreprenaden. Den 22 juni 2015 meddelade kommunen Becthel att upphandlingen avbrutits. Becthel lämnade en anbudssumma om 4 535 501 kr i upphandlingen varav 4 455 501 kr av detta belopp utgjorde kostnad för utförande av arbete enligt förfrågningsunderlaget och 80 000 kr avsåg fiktiva kostnader i enlighet med á-prislista tillhörande förfrågningsunderlaget. Kostnaden om 80 000 kr avser således inte arbeten som ingick i åtagandet utan denna kostnad ingick enbart i syfte att konkurrensutsätta kostnad för eventuellt tillkommande arbeten som ersätts på löpande räkning. Becthel kompletterade sedan anbudet med ett pris för tillkommande mängder om 115 624 kr. Kommunens beslutade investeringsbudget i projektet var 4 500 000 kr. I och med detta överskreds kommunens budget för projektet med 71 125 kr.

Förvaltningsrätten bedömer att den omständigheten att priset för entreprenaden efter komplettering från Becthel kom att överskrida kommunens budget får anses utgöra ett sakligt skäl att avbryta upphandlingen. Att budgeten har överskridits med en summa som framstår som liten i förhållande till den totala budgetens storlek förändrar inte denna bedömning. Becthel har pekat på att kommunen inte har angett något i förfrågningsunderlaget om vid vilka förhållanden upphandlingen skulle kunna komma att avbrytas och inte heller informerat om vilken budget projektet hade. Becthel anser att upphandlingen därmed strider mot transparensprincipen. Förvaltningsrätten anser dock att det inte kan krävas att sådan information ska ges i förfrågningsunderlaget för att kommunen ska ha rätt att avbryta upphandlingen.

Becthel anför vidare att kommunen, i stället för att avbryta upphandlingen, med enkelhet under processens gång hade kunnat kalla till möte för att diskutera möjligheter att göra projektet billigare. Förvaltningsrätten anser dock att LOU och de grundläggande principerna för offentlig upphandling inte kan anses innefatta en skyldighet för kommunen att först försöka förhandla ned priset innan man avbryter upphandlingen.

Becthel anför även att kommunens agerande inte är affärsmässigt och har åsamkat Becthel omfattande ekonomiska skador. Becthel anför att bolaget sedan tilldelningsbeslutet meddelades har varit i ett förberedande stadium då entreprenaden var planerad att starta den 1 september 2015. Förvaltningsrätten anser att den omständigheten att Becthel har drabbats ekonomiskt till följd av att avtal inte har tecknats som förväntat inte kan anses innebära att kommunens agerande strider mot LOU och de grundläggande principer som gäller för offentlig upphandling.

Becthel anför vidare att kommunens agerande strider mot den grundläggande unionsrättsliga principen om skydd för berättigade förväntningar, enligt vilken förvaltningsbeslut som är gynnande för enskild endast under vissa förutsättningar får återkallas (se t.ex. EU-domstolens avgörande i C-90/95 P, Henri de Compte mot Europaparlamentet). Principen har ansetts vara tillämplig på beslut om upphandling (Tribunalens avgörande i mål T-376/05 m.fl., TEA-CEGOS m.fl. mot kommissionen). Kammarrätten i Stockholm tog i dom den 28 april 2011 i mål nr 4614-10 ställning till en situation där en upphandlande enhet beslutat att avbryta upphandlingen efter att tilldelningsbeslut meddelats. Kammarrätten bedömde, mot bakgrund bl.a. av att det i tilldelningsbeslutet angetts att enheten inte är bunden av avtal förrän enheten skriftligen undertecknat upphandlingskontrakt, att tilldelningsbeslutet inte hade varit ovillkorligt och att beslutet därmed inte skapat sådana berättigade förväntningar för den sökande leverantören

som skulle medföra att den upphandlande enheten varit förhindrad att avbryta upphandlingen efter det att tilldelningsbeslut meddelades.


Förvaltningsrätten bedömer att tilldelningsbeslutet i den nu aktuella upphandlingen inte heller kan anses ha varit ovillkorligt. I tilldelningsbeslutet har angetts att tilldelningsbeslutet ej är en civilrättsligt bindande handling och att kontrakt kommer att tecknas under förutsättning bl.a. av att överenskommelse om kontrakt kan träffas och att detta signerats av båda parter. Varken tilldelningsbeslutet eller de kontakter som kommunen och Becthel har haft inför det planerade avtalstecknandet har enligt förvaltningsrättens mening skapat sådana berättigade förväntningar för Becthel som skulle medföra att kommunen varit förhindrad att avbryta upphandlingen på det sätt som nu har gjorts.

Det har vidare saknats andra anbudsgivare utöver Becthel. Avbrytandet av upphandlingen kan därför anses sakligt motiverat även med hänsyn till bristande konkurrens, vilket kommunen också anfört i förvaltningsrätten. Att kommunen inte angett denna omständighet som grund tidigare under processens gång eller när man meddelat Becthel att upphandlingen avbrutits innebär inte att omständigheten inte kan beaktas vid prövningen av om kommunen haft sakliga skäl för att avbryta upphandlingen. Förvaltningsrätten finner således att kommunen haft sakligt skäl att avbryta upphandlingen även på grund av bristande konkurrens.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det i målet inte har kommit fram något som innebär att kommunens beslut att avbryta den aktuella upphandlingen strider mot LOU eller de grundläggande principer som gäller för offentlig upphandling. Becthels ansökan om ingripande med stöd av LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Daniel Wanhatalo

Rådman

Elisabeth Kornfeldt har föredragit målet.



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. 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.